ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

30 mei 2013 *

„Richtlijn 2004/39/EG — Markten voor financiële instrumenten — Artikel 19 — Bij het verrichten van beleggingsdiensten voor cliënten in acht te nemen gedragsregels — Beleggingsadvies — Andere beleggingsdiensten — Verplichting om geschiktheid of passendheid van te verrichten dienst te beoordelen — Contractuele gevolgen van niet-nakoming van deze verplichting — Als onderdeel van financieel product aangeboden beleggingsdienst — Swapovereenkomsten (‚swaps') ter bescherming tegen schommelingen van rentevoeten van financiële producten"

In zaak C-604/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid (Spanje) bij beslissing van 14 november 2011, ingekomen bij het Hof op 28 november 2011, in de procedure

Genil 48 SL,

Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL

tegen

Bankinter SA,

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA,

wijst HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, J. Malenovský, U. Lõhmus (rapporteur), M. Safjan en A. Prechal, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 januari 2013,

gelet op de opmerkingen van:

— Genil 48 SL, vertegenwoordigd door P. Rico Cadenas, procuradora,

— Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL, vertegenwoordigd door B. Grande Pesquero, procuradora, E. Zato Tajada en C. Navarro García, abogados,

* Procestaal: Spaans.

— Bankinter SA en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, vertegenwoordigd door J. Massaguer Fuentes en J. Iglesias Rodríguez, abogados,

— de Spaanse regering, vertegenwoordigd door S. Centeno Huerta als gemachtigde,

— de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en T. Müller als gemachtigden,

— de Estse regering, vertegenwoordigd door M. Linntam als gemachtigde,

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Szpunar en B. Majczyna als gemachtigden,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Baquero Cruz, E. Traversa en R. Vasileva als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 4, lid 1, punt 4, en 19, leden 4, 5 en 9, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (PB L 145, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van twee gedingen, enerzijds tussen Genil 48 SL (hierna: „Genil 48") en Bankinter SA en anderzijds tussen Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL (hierna: „CHGV") en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, betreffende swapovereenkomsten (zogenoemde „swaps"), ter bescherming van Genil 48 en CHGV tegen schommelingen van de herzienbare rentevoeten van de financiële producten waarop zij bij deze twee banken hebben ingetekend.

Toepasselijke bepalingen

Wettelijke regeling van de Unie

Richtlijn 2004/39

3 De punten 2 en 31 van de considerans van richtlijn 2004/39 luiden als volgt:

„(2) [...] [er] moet een zodanige harmonisatie worden bewerkstelligd dat beleggers een hoog niveau van bescherming wordt geboden [...]

[...]

(31) Deze richtlijn strekt onder meer tot bescherming van de beleggers. [...]"

4 Artikel 4, lid 1, punten 2, 4 en 17, van deze richtlijn bevat de volgende definities:

„2) ‚beleggingsdiensten en -activiteiten': iedere in deel A van bijlage I genoemde dienst of activiteit die betrekking heeft op één van de in deel C van bijlage I genoemde instrumenten;

[...]

4) ‚beleggingsadvies': het doen van gepersonaliseerde aanbevelingen aan een cliënt, hetzij op diens verzoek hetzij op initiatief van de beleggingsonderneming, met betrekking tot één of meer transacties die met financiële instrumenten verband houden;

[...]

17) ‚financieel instrument': alle instrumenten die zijn genoemd in deel C van bijlage I".

5 Beleggingsadvies is een van de in het voormelde deel A genoemde beleggingsdiensten en -activititeiten. Punt 4 van voornoemd deel C vermeldt voorts „[o]pties, futures, swaps, rentetermijncontracten en andere derivatencontracten die betrekking hebben op effecten, valuta, rentevoeten of rendementen, of andere afgeleide instrumenten [...]".

6 Artikel 19, met als opschrift „Bij het verrichten van beleggingsdiensten voor cliënten in acht te nemen gedragsregels", maakt deel uit van titel II, hoofdstuk II, afdeling 2, „Bepalingen ter bescherming van de belegger", van die richtlijn. Artikel 19, leden 4 tot en met 6 en 9, bepaalt:

„4. Bij het verstrekken van beleggingsadvies of het verrichten van vermogensbeheer, wint de beleggingsonderneming de nodige informatie in, betreffende de kennis en ervaring van de cliënt of potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen, teneinde de cliënt of potentiële cliënt de voor hem geschikte beleggingsdiensten en financiële instrumenten te kunnen aanbevelen.

5. De lidstaten dragen er zorg voor dat een beleggingsonderneming, wanneer zij andere dan de in lid 4 bedoelde beleggingsdiensten verricht, bij de cliënt of de potentiële cliënt informatie inwint over zijn ervaring en kennis op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort van product of dienst die men voornemens is aan te bieden of die wordt verlangd, zodat de onderneming kan beoordelen of het aangeboden product of de te verrichten dienst passend is voor de cliënt.

Indien de beleggingsonderneming op grond van de uit hoofde van de voorgaande alinea ontvangen informatie oordeelt dat het product of de dienst voor de cliënt of de potentiële cliënt ongeschikt is, waarschuwt zij de cliënt of de potentiële cliënt. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

Wanneer de cliënt of de potentiële cliënt ervoor kiest de in de eerste alinea bedoelde informatie over zijn ervaring en kennis niet te verstrekken of wanneer hij onvoldoende informatie verstrekt, waarschuwt de beleggingsonderneming de cliënt of de potentiële cliënt dat zij door diens beslissing niet kan vaststellen of de aangeboden beleggingsdienst of het aangeboden product voor hem geschikt is. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

6. De lidstaten staan beleggingsondernemingen wanneer zij beleggingsdiensten verrichten welke slechts bestaan in het uitvoeren van orders van cliënten en/of het ontvangen en doorgeven van deze orders, met of zonder nevendiensten, toe die beleggingsdiensten voor hun cliënten te verrichten zonder de in lid 5 bedoelde informatie te hoeven inwinnen of de aldaar bedoelde vaststelling te hoeven doen wanneer aan de hieronder vermelde voorwaarden wordt voldaan:

— bovenbedoelde diensten houden verband met tot de handel op een gereglementeerde markt of op een gelijkwaardige markt van een derde land toegelaten aandelen, geldmarktinstrumenten, obligaties of andere schuldinstrumenten (met uitzondering van obligaties of andere schuldinstrumenten die een afgeleid instrument behelzen), icbe's en andere niet-complexe financiële instrumenten. [...]

[...]

9. Wanneer een beleggingsdienst wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product dat reeds ressorteert onder andere bepalingen van de communautaire wetgeving of onder gemeenschappelijke Europese normen betreffende kredietinstellingen en consumentenkredieten ter zake van risicobeoordeling van cliënten en/of informatievereisten, zijn de verplichtingen van dit artikel niet eveneens van toepassing op deze dienst."

7 Volgens artikel 51, lid 1, van richtlijn 2004/39 dragen de lidstaten er zorg voor dat overeenkomstig hun nationale wetgeving passende administratieve maatregelen of administratieve sancties kunnen worden opgelegd aan de verantwoordelijke personen indien de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen niet worden nageleefd. Deze maatregelen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

Richtlijn 2006/73/EG

8 De artikelen 35 tot en met 37 van richtlijn 2006/73/EG van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van richtlijn 2004/39 wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn (PB L 241, blz. 26), bevatten nadere gegevens over de respectievelijk in artikel 19, lid 4, en artikel 19, lid 5, van richtlijn 2004/39 vastgestelde beoordelingen van geschiktheid en passendheid.

9 Volgens artikel 38 van richtlijn 2006/73 wordt een financieel instrument dat niet genoemd wordt in artikel 19, lid 6, eerste streepje, van richtlijn 2004/39 onder meer als niet-complex aangemerkt indien het niet onder artikel 4, lid 1, punt 18, sub c, van deze richtlijn of onder de punten 4 tot en met 10 van bijlage I, deel C, bij deze richtlijn valt.

10 Artikel 52 van richtlijn 2006/73 luidt als volgt:

„Voor de toepassing van de in artikel 4, lid 1, punt 4, van richtlijn 2004/39/EG opgenomen definitie van beleggingsadvies is een gepersonaliseerde aanbeveling een aanbeveling die gedaan wordt aan een persoon in diens hoedanigheid van belegger of potentiële belegger of in diens hoedanigheid van agent voor een belegger of potentiële belegger.

Deze aanbeveling moet worden voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor de betrokken persoon, of moet berusten op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden en moet als oogmerk hebben dat een van de volgende reeks stappen wordt gezet:

a) een bepaald financieel instrument wordt gekocht, verkocht, geruild, te gelde gemaakt, gehouden, overgenomen of er wordt daarop ingetekend;

b) een aan een bepaald financieel instrument verbonden recht wordt uitgeoefend of juist niet uitgeoefend om een financieel instrument te kopen, te verkopen, te ruilen, te gelde te maken of daarop in te tekenen.

Een aanbeveling is geen gepersonaliseerde aanbeveling als deze uitsluitend via distributiekanalen of aan het publiek wordt gedaan."

Spaanse wettelijke regeling

11 Richtlijn 2004/39 is omgezet in Spaans recht bij Ley 24/1988 del Mercado de Valores van 28 juli 1988 (wet 24/1988 op de effectenmarkt, BOE nr. 181 van 29 juli 1988, blz. 23405), zoals gewijzigd bij wet 47/2007 van 19 december 2007 (BOE nr. 304 van 20 december 2007, blz. 52335; hierna: „wet 24/1988"). Artikel 19, leden 4, 5 en 9, van genoemde richtlijn is ten uitvoer gelegd bij de artikelen 79 bis, leden 6 en 7, en 79 quater van deze wet.

12 De in de leden 4 en 5 van artikel 19 bedoelde beoordelingsverplichtingen zijn nader geregeld in respectievelijk de artikelen 72 en 73 van Real Decreto 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión van 15 februari 2008 (koninklijk wetsbesluit 217/2008 betreffende het juridisch kader van beleggingsondernemingen en andere instellingen die beleggingsdiensten verrichten, BOE nr. 41 van 16 februari 2008, blz. 8706).

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

13 Blijkens de verwijzingsbeslissing dienden de swaps tussen Genil 48 en CHGV enerzijds en de verwerende banken in het hoofdgeding anderzijds, verzoeksters te beschermen tegen de schommelingen van de herzienbare rentevoeten, in casu de Euribor-rente („Euro interbank offered rate"), van de financiële producten waarop zij bij die banken hebben ingetekend.

14 Bij deze overeenkomsten verbinden partijen zich wederzijds ertoe om de andere partij het verschil te betalen tussen de bedragen voortvloeiend uit de toepassing van de voor verschillende situaties overeengekomen rentevoeten. Volgens die overeenkomsten moet de cliënt aan de bank het verschil betalen dat ontstaat indien de maandelijkse Euribor-rente lager is dan de aldus overeengekomen vaste rente, en indien de Euribor-rente daarentegen de overeengekomen vaste rente overschrijdt, moet de bank het verschil aan de cliënt betalen.

15 Volgens de verwijzende rechter heeft Genil 48 zijn swapovereenkomst gesloten op 16 september 2008, terwijl CHGV een dergelijke overeenkomst heeft gesloten per telefoon. Het is echter de vraag of de overeenkomst van CHGV daadwerkelijk op dat ogenblik is gesloten, dan wel op een later tijdstip.

16 De verwijzende rechter benadrukt dat Genil 48 niet is onderworpen aan een van de beoordelingen volgens artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39, zoals omgezet bij artikel 79 bis, leden 6 en 7, van wet 24/1988, en uit het dossier blijkt evenmin dat voor CHGV een van die beoordelingen is verricht.

17 Omdat deze beoordelingen niet zijn verricht, hebben verzoeksters beroep ingesteld bij de verwijzende rechter teneinde die overeenkomsten nietig te laten verklaren.

18 Om de hoofdgedingen te kunnen afdoen dient volgens de verwijzende rechter eerst te worden vastgesteld welke verplichtingen op de banken rusten wanneer zij een financieel instrument zoals een swap met betrekking tot renteschommelingen aanbieden, vervolgens moet volgens hem worden vastgesteld of verweersters in het hoofdgeding deze verplichtingen in casu zijn nagekomen, en ten slotte welke gevolgen aan een eventuele niet-nakoming van die verplichtingen moeten worden verbonden.

19 De verwijzende rechter stelt vast dat een dergelijk financieel instrument krachtens artikel 4, lid 1, punt 17, en bijlage I, deel C, punt 4, van richtlijn 2004/39 binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Hij is van oordeel dat, om uit te maken of de dienst die verweersters in het hoofdgeding hebben

verricht waar zij de litigieuze swaps aan Genil 48 en CHGV hebben aangeboden, onder artikel 19, lid 4, van die richtlijn valt, moet worden onderzocht of deze dienst een „beleggingsadvies" als bedoeld in deze bepaling en omschreven in artikel 4, lid 1, punt 4, van die richtlijn vormt.

20 Indien dat niet het geval is, dienden verweersters in het hoofdgeding de in artikel 19, lid 5, van richtlijn 2004/39 bedoelde beoordeling te verrichten, gelet op het feit dat swaps complexe financiële instrumenten zijn. De verwijzende rechter merkt op dat zowel in het ene als in het andere geval uit deze richtlijn niet duidelijk blijkt of de niet-nakoming van de verplichtingen van lid 4 of lid 5 van dat artikel 19 tot absolute nietigheid van de betrokken overeenkomsten leidt, dan wel of het een regulariseerbaar wilsgebrek door de cliënt betreft.

21 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter zich af of verweersters in het hoofdgeding krachtens artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 waren vrijgesteld van de verplichting om de in artikel 19, leden 4 en 5, vastgestelde beoordelingen te verrichten.

22 In die omstandigheden heeft de Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet het aanbieden van een ‚renteswap' aan een cliënt ter dekking van het risico van de variabiliteit van de rentevoet van andere financiële producten worden beschouwd als een dienst van beleggingsadvies, als omschreven in artikel 4, lid 1, punt [4], van richtlijn [2004/39]?

2) Is de overeenkomst tussen een kleine belegger en een beleggingsonderneming absoluut nietig indien geen toetsing van de geschiktheid voor de belegger is verricht overeenkomstig artikel 19, lid 4, van deze richtlijn?

3) Indien de op de hierboven beschreven wijze verrichte dienst niet als beleggingsadvies wordt beschouwd, is de overeenkomst dan absoluut nietig door het loutere feit dat een complex financieel instrument, zoals een ‚renteswap', door toedoen van de beleggingsonderneming wordt gekocht zonder de in artikel 19, lid 5, van richtlijn [2004/39] bedoelde passendheidstoets te verrichten?

4) Vormt de omstandigheid dat een kredietinstelling een complex financieel product aanbiedt dat aan andere financiële producten is gekoppeld, een voldoende reden om de bij artikel 19 van richtlijn [2004/39] opgelegde geschiktheids- en passendheidstoets niet te verrichten, waartoe de beleggingsonderneming verplicht is voor een kleine belegger?

5) Kan de toepassing van de in artikel 19 [...] van richtlijn [2004/39] vastgestelde verplichtingen slechts worden uitgesloten indien voor het financiële product waaraan het aangeboden financieel instrument is gekoppeld, soortgelijke normen ter bescherming van de belegger gelden als de bij deze richtlijn vastgestelde normen?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

23 Genil 48 stelt allereerst dat de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van richtlijn 2004/39 niet noodzakelijk is voor het wijzen van zijn vonnis in de zin van artikel 267, tweede alinea, VWEU, daar deze richtlijn niet rechtstreeks van toepassing is in Spanje en de hoofdgedingen betrekking hebben op de gevolgen van het feit dat de bij de artikelen 79 bis van de wet 24/1988 en 72 van het koninklijk wetsbesluit 217/2008 opgelegde verplichtingen niet zijn nagekomen.

24 Voorts betoogt Genil 48 dat het Hof niet bevoegd is om uitspraak te doen over de absolute nietigheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde swaps, aangezien het, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke regeling dienaangaande in richtlijn 2004/39, aan de nationale rechterlijke instanties staat om de contractuele gevolgen van een dergelijke niet-nakoming te bepalen.

25 Daarenboven hebben verweersters in het hoofdgeding ter terechtzitting twijfels geuit over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen, aangezien zij volgens hen aanleiding geven tot antwoorden van feitelijke aard.

26 Wat de eerste grief van Genil 48 betreft, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een vermoeden van relevantie rust op de vragen betreffende de uitlegging van Unierecht die de nationale rechter stelt binnen het juridische en feitelijke kader dat hij onder zijn verantwoordelijkheid bepaalt en waarvan het niet aan het Hof staat de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arrest van 12 oktober 2010, Rosenbladt, C-45/09, Jurispr. blz. I-9391, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39 is omgezet in Spaans recht bij artikel 79 bis van de wet 24/1988 en dat de in dat lid 4 bedoelde geschiktheidstoets uitvoerig is geregeld in artikel 72 van het koninklijk wetsbesluit 217/2008. Bijgevolg houden de prejudiciële vragen, die de uitlegging van onder meer deze bepalingen van die richtlijn betreffen, verband met een reëel geschil of met het voorwerp van de hoofdgedingen.

28 De tweede grief van Genil 48 betreft met name de tweede en de derde prejudiciële vraag. Deze vragen, gelezen in samenhang met de motivering in de verwijzingsbeslissing, beogen te verduidelijken welke gevolgen richtlijn 2004/39 mogelijkerwijs kan hebben voor overeenkomsten die zijn gesloten zonder dat de verplichtingen van artikel 19, leden 4 en 5, van deze richtlijn zijn nagekomen. De desbetreffende opmerking van betrokken verzoekster in het hoofdgeding strekt er veeleer toe een antwoord te bieden op die vragen en heeft dus betrekking op de inhoud en niet op de ontvankelijkheid ervan.

29 Wat de door verweersters in het hoofdgeding opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, kan worden volstaan met de vaststelling dat het verzoek om uitlegging van bepaalde bepalingen van richtlijn 2004/39 uit de bewoordingen zelf van de prejudiciële vragen blijkt.

30 Bijgevolg zijn de prejudiciële vragen ontvankelijk.

Ten gronde

Inleidende opmerkingen

31 Uit de opzet van artikel 19 van richtlijn 2004/39 volgt dat de beleggingsonderneming die een beleggingsdienst, als omschreven in artikel 4, lid 1, punt 2, van deze richtlijn, verricht voor een cliënt of een potentiële cliënt, in beginsel verplicht is om de in lid 4 of lid 5 van dat artikel 19 vastgestelde beoordeling te doen, naargelang het beleggingsadviezen, vermogensbeheer of andere in bijlage I, deel A, van die richtlijn vermelde beleggingsdiensten betreft. Deze beoordelingen worden in de artikelen 35 tot en met 37 van richtlijn 2006/73 respectievelijk beoordeling van de geschiktheid en beoordeling van de passendheid genoemd.

32 Artikel 19 van richtlijn 2004/39 voorziet evenwel in twee uitzonderingen.

33 De eerste uitzondering is opgenomen in artikel 19, lid 6, van richtlijn 2004/39. Volgens deze bepaling is geen enkele beoordeling vereist voor het verrichten, in bepaalde omstandigheden, van bepaalde beleggingsdiensten van niet-complexe financiële instrumenten.

34 Renteswaps als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn staan evenwel vermeld in bijlage I, deel C, punt 4 van genoemde richtlijn, zodat het overeenkomstig artikel 38 van richtlijn 2006/73 uitgesloten is dat zij als niet-complex worden aangemerkt. Artikel 19, lid 6, van richtlijn 2004/39 is dan ook niet van toepassing op de feiten van de hoofdgedingen.

35 Artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 bevat de tweede uitzondering. Met de vierde en vijfde prejudiciële vraag wordt beoogd te vernemen of deze bepaling eventueel toepassing kan vinden op de hoofdgedingen. Deze vragen moeten dus eerst worden onderzocht.

Vierde en vijfde vraag

36 Met zijn vierde en vijfde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 aldus moet worden uitgelegd dat een beleggingsdienst wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product indien hij met dit product verband houdt enerzijds, en of de bepalingen van de wetgeving van de Unie en de gemeenschappelijke Europese normen waarnaar deze bepaling verwijst, vereisten moeten bevatten die vergelijkbaar zijn met de verplichtingen van artikel 19, leden 4 en 5.

37 Wat in de eerste plaats de voorwaarde voor toepassing van artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 betreft, volgens welke bepaling „een beleggingsdienst wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product", moet erop worden gewezen dat van de taalversies van deze richtlijn die bij de vaststelling ervan bestonden, alleen de Franse en Portugese taalversies de uitdrukking „in het kader van" in die bepaling gebruiken, terwijl de Spaanse, Deense, Duitse, Griekse, Engelse, Italiaanse, Nederlandse, Finse en Zweedse taalversies gebruikmaken van bewoordingen die overeenkomen met de uitdrukking „als onderdeel van", die een nauwere en meer specifieke band aangeeft dan die welke het begrip „in het kader van" oproept.

38 Volgens vaste rechtspraak moeten de verschillende taalversies van een tekst van Unierecht eenvormig worden uitgelegd en moet de betrokken bepaling, indien er verschillen tussen die versies bestaan, dus worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (zie arrest van 28 juni 2012, Geltl, C-19/11, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 vormt in dat opzicht een uitzondering op het beoordelingssysteem waarin dit artikel voor het verrichten van beleggingsdiensten door beleggingsondernemingen voorziet, zodat het strikt moet worden uitgelegd. Dit geldt des te meer daar die beoordelingen volgens het opschrift van deel 2, dat tot titel II, hoofdstuk II, van deze richtlijn behoort en waarvan artikel 19 deel uitmaakt, maatregelen ter bescherming van de beleggers zijn, hetgeen een van de doelstellingen van deze richtlijn is, zoals in de punten 2 en 31 van de considerans van die richtlijn is vermeld (zie in die zin arrest van 22 maart 2012, Nilaş e.a., C-248/11, punt 48).

40 Bovendien bepaalt artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 dat de beleggingsdienst „wordt aangeboden" als onderdeel van een financieel product.

41 Die bepaling preciseert tevens dat wanneer een beleggingsdienst wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product dat reeds ressorteert onder wettelijke bepalingen of onder normen als die welke in diezelfde bepaling zijn vermeld, „de verplichtingen van artikel 19 van richtlijn 2004/39 niet eveneens van toepassing zijn op deze dienst". Het gebruik van de bewoordingen „niet eveneens" laat doorschemeren dat die dienst reeds aan andere wettelijke bepalingen of normen ter zake van de

risicobeoordeling van cliënten en/of informatievereisten is onderworpen. Dat zal enkel het geval zijn indien hij een integrerend onderdeel van een financieel product was op het ogenblik waarop die beoordeling werd verricht en/of aan die vereisten ten aanzien van dat product is voldaan.

42 In die omstandigheden moet worden aangenomen dat een beleggingsdienst slechts wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product in de zin van artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 indien hij een integrerend onderdeel van dat financieel product is op het ogenblik waarop dat aan de cliënt wordt aangeboden.

43 De vraag of in de hoofdgedingen sprake is van een als onderdeel van een financieel product aangeboden beleggingsdienst in de zin van die bepaling, zoals door het Hof uitgelegd in de vorige punten, behoort tot de beoordeling van de feiten die, gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen de rechterlijke instanties van de Unie en de nationale rechterlijke instanties, de verwijzende rechter dient te verrichten. Het Hof kan evenwel in zijn uitspraak op een verzoek om een prejudiciële beslissing in voorkomend geval preciseringen geven teneinde deze rechterlijke instantie te leiden bij haar uitlegging (zie in die zin arrest van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Het feit dat de looptijd van het financieel instrument waarmee die dienst verband houdt, die van het financieel product overschrijdt, dat één financieel instrument wordt gebruikt voor verschillende financiële producten die aan dezelfde cliënt worden aangeboden of dat het instrument en het product in verschillende contracten worden aangeboden, vormen in dit verband aanwijzingen dat deze dienst geen integrerend onderdeel van het betrokken financieel product is. Het staat echter aan de verwijzende rechter om in het kader van zijn beoordeling van de band tussen de dienst en het financieel product alle omstandigheden van het concrete geval in aanmerking te nemen.

45 Wat ten tweede de vraag betreft of de in artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 vermelde bepalingen of normen inzake beoordeling of informatie waaronder het betrokken financieel product reeds ressorteert, vergelijkbaar moeten zijn met de verplichtingen van artikel 19, leden 4 en 5, moet worden vastgesteld dat lid 9 niet bepaalt dat dit het geval dient te zijn.

46 Dienaangaande moet erop worden gewezen dat de aard van het financieel instrument waarmee de betrokken beleggingsdienst verband houdt, aanzienlijk kan verschillen van die van het aangeboden financieel product. De beoordelingen die de instelling die dat product aanbiedt dient te verrichten en de informatie die zij ter bescherming van haar cliënt dient in te winnen of te verstrekken, kunnen dan ook verschillen van die bedoeld in artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39.

47 Ook al verlangt artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 niet dat de in deze bepaling vermelde bepalingen of normen identieke vereisten bevatten als de in dat artikel vastgestelde verplichtingen, moeten deze bepalingen of normen niettemin betrekking hebben op de risicobeoordeling van cliënten en/of informatievereisten, zoals uit de bewoordingen van artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 blijkt. Gelet op het doel van artikel 19 van richtlijn 2004/39, dat, zoals uit punt 39 van dit arrest blijkt, met name erin bestaat de beleggers te beschermen, moeten die bepalingen of normen een risicobeoordeling van de cliënten mogelijk maken en/of informatievereisten bevatten die tevens zien op de beleggingsdienst die een integrerend onderdeel van het betrokken financieel product uitmaakt, opdat de verplichtingen van artikel 19 van richtlijn 2004/39 niet meer voor deze dienst gelden.

48 Uit het voorgaande volgt dat artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39 aldus moet worden uitgelegd dat, enerzijds, een beleggingsdienst slechts dan wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product indien hij een integrerend onderdeel ervan is op het ogenblik waarop dat financieel product aan de cliënt wordt aangeboden, en, anderzijds, de bepalingen van de wetgeving van de Unie en de gemeenschappelijke Europese normen waarnaar deze bepaling verwijst, een risicobeoordeling van de cliënten mogelijk moeten maken en/of informatievereisten moeten bevatten die tevens zien op de beleggingsdienst die een integrerend onderdeel van het betrokken financieel product uitmaakt, opdat de verplichtingen van dat artikel 19 niet meer voor deze dienst gelden.

Eerste vraag

49 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 4, lid 1, punt 4, van richtlijn 2004/39 aldus moet worden uitgelegd dat het aanbieden van een swap aan een cliënt ter dekking van het risico van wijziging van de rentevoet van een financieel product waarop deze cliënt heeft ingetekend, een beleggingsadvies als omschreven in deze bepaling vormt.

50 Dienaangaande zij om te beginnen eraan herinnerd dat een beleggingsonderneming die een beleggingsadvies aan een cliënt verstrekt, de in artikel 19, lid 4, van die richtlijn vastgestelde beoordeling dient te verrichten.

51 Volgens artikel 4, lid 1, punt 4, van richtlijn 2004/39 bestaat een beleggingsadvies in het geven van gepersonaliseerde aanbevelingen aan een cliënt, hetzij op diens verzoek hetzij op initiatief van de beleggingsonderneming, met betrekking tot één of meer transacties die verband houden met financiële instrumenten.

52 Het begrip „gepersonaliseerde aanbevelingen" in deze bepaling wordt nader uitgelegd in artikel 52 van richtlijn 2006/73, dat met name bepaalt dat een gepersonaliseerde aanbeveling een aanbeveling is die gedaan wordt aan een persoon in diens hoedanigheid van belegger of potentiële belegger en die moet worden voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor de betrokken persoon, of moet berusten op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden. Aanbevelingen die uitsluitend via distributiekanalen of aan het publiek worden gedaan vallen niet onder dat begrip.

53 Uit de in de twee voorgaande punten vermelde bepalingen volgt dat de beantwoording van de vraag of een beleggingsdienst een beleggingsadvies is, niet afhangt van de aard van het financieel instrument waarop de beleggingsadvies betrekking heeft, maar van de wijze waarop het financieel instrument wordt aangeboden aan de cliënt of de potentiële cliënt.

54 Aangezien de verwijzingsbeslissing geen nadere gegevens bevat over de wijze waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde swaps aan Genil 48 en CHGV werden aangeboden, staat het aan de verwijzende rechter om aan de hand van de criteria van artikel 52 van richtlijn 2006/73 te beoordelen of de met betrekking tot deze overeenkomsten gedane aanbevelingen mogelijkerwijs gepersonaliseerde aanbevelingen zijn en of de betrokken beleggingsonderneming bijgevolg al dan niet de in artikel 19, lid 4, van richtlijn 2004/39 vastgestelde beoordeling diende te verrichten.

55 Derhalve moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 4, lid 1, punt 4, van richtlijn 2004/39 aldus moet worden uitgelegd dat het aanbieden van een swap aan een cliënt ter dekking van het risico van wijziging van de rentevoet van een financieel product waarop deze cliënt heeft ingetekend, een beleggingsdienst vormt als omschreven in deze bepaling, voor zover de aanbeveling betreffende de intekening op een dergelijke swap aan deze cliënt wordt gedaan in diens hoedanigheid van belegger, zij wordt voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor die cliënt of op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden berust en zij niet uitsluitend wordt gedaan via distributiekanalen of bestemd is voor het publiek.

Tweede en derde vraag

56 Met zijn tweede en derde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke contractuele gevolgen moeten worden verbonden aan de niet-nakoming van de beoordelingsvereisten van artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39 door een beleggingsonderneming die een beleggingsdienst aanbiedt.

57 In dit verband moet erop worden gewezen dat artikel 51 van richtlijn 2004/39 weliswaar bepaalt dat administratieve maatregelen of administratieve sancties worden opgelegd aan de verantwoordelijke personen indien de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen niet worden nageleefd, maar dat deze bepaling noch preciseert dat de lidstaten contractuele gevolgen moeten vaststellen voor gevallen waarin overeenkomsten worden gesloten waarbij de verplichtingen van de bepalingen van nationaal recht ter omzetting van artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39 niet worden nagekomen, noch duidelijk aangeeft welke gevolgen daaraan kunnen worden verbonden. Bij ontstentenis van een Unieregeling is het een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat om de contractuele gevolgen van de niet-nakoming van deze verplichtingen vast te stellen, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 19 juli 2012, Littlewoods Retail e.a., C-591/10, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 Op de tweede en derde vraag moet dus worden geantwoord dat het een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat is om – met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel – de contractuele gevolgen vast te stellen die moeten worden verbonden aan de niet-nakoming van de beoordelingsvereisten van artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39 door een beleggingsonderneming die een beleggingsdienst aanbiedt.

Kosten

59 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 19, lid 9, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad, moet aldus worden uitgelegd dat, enerzijds, een beleggingsdienst slechts dan wordt aangeboden als onderdeel van een financieel product indien hij een integrerend onderdeel ervan is op het ogenblik waarop dat financieel product aan de cliënt wordt aangeboden, en, anderzijds, de bepalingen van de wetgeving van de Unie en de gemeenschappelijke Europese normen waarnaar deze bepaling verwijst, een risicobeoordeling van de cliënten mogelijk moeten maken en/of informatievereisten moeten bevatten die tevens zien op de beleggingsdienst die een integrerend onderdeel van het betrokken financieel product uitmaakt, opdat de verplichtingen van dat artikel 19 niet meer voor deze dienst gelden.**

2) **Artikel 4, lid 1, punt 4, van richtlijn 2004/39 moet aldus worden uitgelegd dat het aanbieden van een swap aan een cliënt ter dekking van het risico van wijziging van de rentevoet van een financieel product waarop deze cliënt heeft ingetekend, een beleggingsdienst vormt als omschreven in deze bepaling, voor zover de aanbeveling betreffende de intekening op een dergelijke swap aan deze cliënt wordt gedaan in diens hoedanigheid van belegger, zij wordt voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor die cliënt of op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden berust en zij niet uitsluitend wordt gedaan via distributiekanalen of bestemd is voor het publiek.**

3) Het is een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat om – met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel – de contractuele gevolgen vast te stellen die moeten worden verbonden aan de niet-nakoming van de beoordelingsvereisten van artikel 19, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/39 door een beleggingsonderneming die een beleggingsdienst aanbiedt.

ondertekeningen