



Rentederivaten ter dekking van aan kmo's verleende kredieten met variabele rentevoet

Inhoudsopgave

| | |
|--|----|
| 1. Inleiding | 5 |
| 2. Perimeter van de uitgevoerde werkzaamheden en definities..... | 8 |
| 2.1. Complexe <i>bermudan swaps</i> | 8 |
| 2.2. Niet-professionele cliënten..... | 9 |
| 3. Organisatie van de inspecties door de FSMA..... | 10 |
| 4. Vaststellingen van de FSMA..... | 12 |
| 4.1. Algemene vaststellingen..... | 12 |
| 4.2. Specifieke vaststellingen en beoordeling | 12 |
| 4.3. Conclusie..... | 13 |
| 5. Algemene conclusies en remediëring..... | 14 |
| 6. Bijlage: begrip zorgplicht | 16 |

1. Inleiding

Dit document bevat de conclusies die de FSMA heeft getrokken uit de inspecties die haar diensten hebben uitgevoerd met betrekking tot de naleving van de gedragsregels door de kredietinstellingen naar Belgisch recht bij de afsluiting van *bermudan swaps* met kleine en middelgrote ondernemingen. De werking van die swaps komt aan bod in punt 2.1. van dit document.

Die conclusies zijn gebaseerd op de voor intern gebruik bestemde onderzoeksverslagen van de FSMA, waarvan de belangrijkste vaststellingen in synthetische en samengevoegde vorm worden voorgesteld. De samenvoeging van de gegevens wordt voorgeschreven door de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

Het directiecomité van de FSMA heeft beslist om die conclusies te publiceren, om op die manier verslag uit te brengen over zijn toezichtsoptreden en zo de voorspelbaarheid van dat optreden te vergroten.

*
* *

Net zoals de lopende inspecties door de toezichthouders van Nederland en het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot de verkoop, door de banken, van aan kredietdossiers gekoppelde rentederivaten, heeft de FSMA het initiatief genomen om de problematiek in België te beoordelen.

Voor zover nodig wordt eraan herinnerd dat rentederivaten cliënten de mogelijkheid bieden om hun leningen met variabele rentevoet om te zetten in leningen met vaste rentevoet om zich tegen een stijging van de rentevoeten te beschermen in een marktomgeving waarin de rentevoeten een stijgende tendens vertonen. Die overeenkomsten zijn, zoals alle financiële instrumenten, onderworpen aan de bepalingen over de beoordeling van de geschiktheid en passendheid van de te verstrekken dienst. Dit impliceert dat, als beleggingsadvies wordt verstrekt in verband met dergelijke producten, alle bepalingen over de beoordeling van de geschiktheid van de transactie moeten worden nageleefd.

De FSMA heeft daarbij geopteerd voor een analyse in verschillende fasen, om de op de markt beschikbare soorten overeenkomsten, hun complexiteit en de naleving van de gedragsregels in de fase voorafgaand aan de afsluiting van die overeenkomsten te identificeren.

Die analyse had meer bepaald betrekking op de overeenkomsten die werden gesloten na 1 november 2007, de datum van inwerkingtreding van de MiFID, die de thans voor de banksector geldende gedragsregels heeft ingevoerd.

De analyse verliep in drie fasen, die gedetailleerd aan bod komen in punt 4 van dit document.

In een eerste fase heeft de FSMA alle banken aangesproken die actief zijn op het vlak van de kredietverlening aan kmo's, en heeft zij hun gevraagd haar in kennis te stellen van het aantal betrokken overeenkomsten en ondernemingen en van de aard van de overeenkomsten.

Op vraag van de FSMA hebben de CEO's van de betrokken instellingen de juistheid en de volledigheid van de meegedeelde gegevens bevestigd aan de hand van "*Representation Letters*".

Op basis van de meegedeelde gegevens heeft de FSMA de kredietinstellingen en overeenkomsten geïdentificeerd die nader dienden te worden onderzocht. Het ging daarbij meer specifiek om vier kredietinstellingen en om complexe swaps met een optionele component, die ook *bermudan swaps* worden genoemd. In dat segment blijken effectief maar vier kredietinstellingen actief te zijn. De swaps die als gevolg van hun optionele component complex zijn, vereisen – in tegenstelling tot eenvoudige swaps (die ook *plain vanilla swaps* worden genoemd) – een verscherpte waakzaamheid bij de naleving van de gedragsregels die moeten garanderen dat zij door de medecontractant worden begrepen en dat de voorgestelde overeenkomst geschikt is in het licht van de behoeften van de cliënt.

In een tweede fase heeft de FSMA van de vier betrokken kredietinstellingen geëist dat zij, uitgaande van de gegevensinzameling, de ingewikkelde (*bermudan*) swapovereenkomsten zouden toetsen op de naleving van de gedragsregels, en dat zij haar het resultaat van die analyse (*review*) zouden overmaken¹.

In een derde fase heeft de FSMA de “toetsing” beoordeeld die de kredietinstellingen hadden verricht. Zij is daarvoor uitgegaan van een door haar gedefinieerde steekproef. De conclusies hebben de FSMA in staat gesteld een aantal algemene lessen te trekken voor de vier betrokken kredietinstellingen.

Uit die “toetsing”, los van het feit dat sommige vaststellingen verschillen naargelang de betrokken kredietinstellingen, blijkt meer bepaald dat de kredietinstellingen niet in staat bleken om aan te tonen dat zij zich ervan vergewist hadden dat hun cliënten de kenmerken van de *bermudan* swapovereenkomsten daadwerkelijk hadden begrepen, noch dat hun cliënten de potentiële impact bij een rentedaling konden inschatten, noch dat de overeenkomsten waren afgestemd op de behoeften van de cliënt.

Die vaststellingen hebben de FSMA ertoe gebracht de betrokken kredietinstellingen een remediëring op te leggen.

Die remediëring omvat de volgende actiepunten.

- Elke bank zal aan haar “niet-professionele cliënten” in de zin van MiFID die een *bermudan swap* hebben afgesloten na 1 november 2007, een omzetting van de *bermudan swap* naar een *plain vanilla swap* voorstellen. Deze omzetting omvat tevens de schrapping van elke mogelijke optie tot vervroegde afkoop in het voordeel van de bank.
- De nieuwe overeenkomsten zullen aangepast worden aan de behoeften van de cliënt (looptijd en bedrag) en zullen afgesloten worden op basis van de historische rentes van de oorspronkelijke overeenkomst. De historische rente van de *bermudan swap* zal met andere woorden toegepast worden. Deze historische rente is overigens minder hoog dan de rente voor *plain vanilla* overeenkomsten die indertijd op hetzelfde moment werden afgesloten, net omdat *bermudan swap* gekenmerkt worden door (een) optie(s)

¹ De inspecties van de FSMA hebben betrekking op de naleving van de norm. De FSMA spreekt zich niet uit over eventueel geleden individuele schade ingeval een inbreuk is gepleegd, noch over het oorzakelijkheidsverband. Betwistingen aangaande subjectieve rechten vallen immers onder de exclusieve bevoegdheid van de hoven en rechtbanken. In het kader van haar inspecties heeft de FSMA kennis genomen van gerechtelijke beslissingen die niet nadelig zijn voor de banken, op één uitzondering na waar beroep werd aangetekend. Die beslissingen leiden niet tot een wijziging van de vaststellingen van de FSMA die, zoals hierboven aangegeven, uitsluitend betrekking hebben op de naleving van de norm. De FSMA legt een remediëring op ingeval haar vaststellingen een algemene draagwijdte hebben en een algemene actie van administratieve aard rechtvaardigen.

in het voordeel van de bank en waardoor de cliënt als tegenprestatie van een lagere rentevoet kan genieten.

- Elke bepaling die een onevenwichtig voordeel aan de bank biedt of elke bepaling die als misleidend zou kunnen worden beschouwd, zal als nietig worden beschouwd.
- De wijzigingen in de overeenkomsten die op verzoek van de cliënt zouden zijn aangebracht tussen de oorspronkelijke overeenkomst en het voorstel waarvan sprake in dit rapport en die door de bank niet redelijkerwijze voorzienbaar waren, zullen geen onderdeel kunnen uitmaken van een herziening.
- De herziening van de overeenkomsten moet gebeuren binnen de vier maanden te rekenen vanaf de publicatie van dit rapport.
- De banken moeten er ten slotte over waken dat zij enkel personeel tewerkstellen dat beschikt over de nodige kwalificaties en vereiste kennis en expertise om de verantwoordelijkheden die hen worden toevertrouwd, te kunnen dragen. Deze kwalificaties betreffen meer bepaald de regels en wettelijke bepalingen inzake de zorgplicht. In de mate dat dergelijke opmerking reeds het onderwerp is geweest van een communicatie van de FSMA aan de betrokken ondernemingen, zijn deze ondernemingen verplicht om te herevalueren of de personen die verantwoordelijk zijn voor de procedures in verband met de commercialisatie van de producten en meer in het bijzonder dergelijke complexe producten zoals degenen die geïntroduceerd worden in dit rapport, effectief voldoen aan de vereisten inzake kwalificatie en expertise.
- Bovendien zullen de herstructurering en alle kosten die verbonden zijn aan bovenstaande operatie door de banken gedragen worden. Deze laatste zullen bij wijze van commerciële tegemoetkoming daarenboven per overeenkomst een bedrag dat onderling overeen te komen is, betalen aan elke cliënt.

2. Perimeter van de uitgevoerde werkzaamheden en definities

Deze inspecties hadden als doel na te gaan of de banken die sedert 1 november 2007 *bermudan callable* rentederivaten verkocht hebben aan niet-professionele cliënten, enerzijds de gedragsregels in verband met de zorgplicht hebben nageleefd en anderzijds aan hun cliënten correcte, duidelijke en niet misleidende informatie verstrekt hebben op het moment van de transactie.

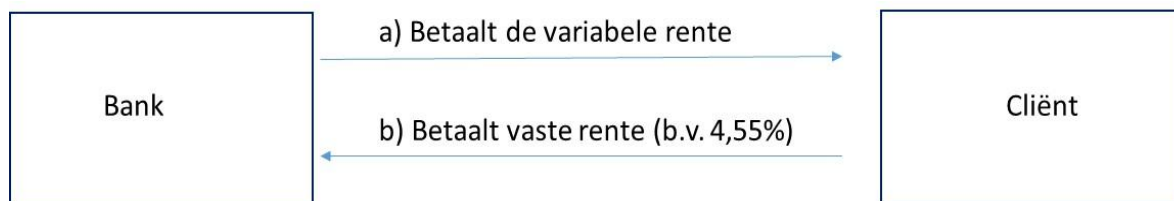
Vooraleer in te gaan op de resultaten van de inspecties wordt een vergelijking gemaakt tussen de *plain vanilla* rentederivaat en de *bermudan callable* rentederivaat, en wordt de definitie van niet-professionele cliënt volgens het koninklijk besluit van 3 juni 2007 (tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten) nader toegelicht.

2.1. Complexe *bermudan swaps*

Het verschil tussen een *plain vanilla* rentederivaat en een *bermudan callable* rentederivaat wordt hieronder beschreven. In de beide gevallen strekt de rentederivaat tot dekking van het risico op rentestijging verbonden aan een lening met variabele rentevoet.

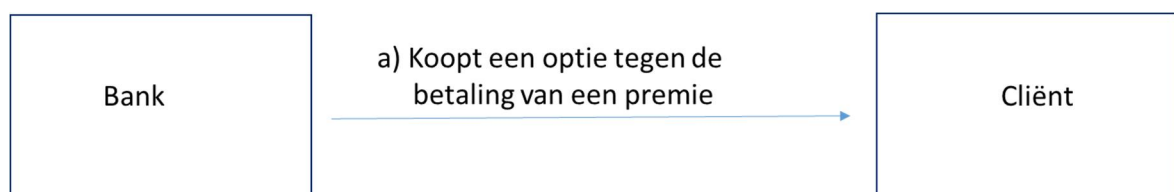
a. *Plain vanilla*

De cliënt sluit een *plain vanilla* rentederivaat met de bank af:

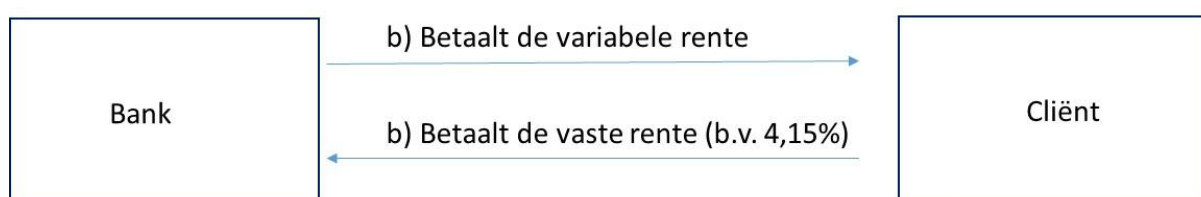


b. *Bermudan callable*

De cliënt sluit een *bermudan callable* rentederivaat met de Bank af (dit kunnen twee overeenkomsten zijn, een afzonderlijk *plain vanilla* rentederivaat en een optie).



De premie van deze optie wordt niet *upfront* aan de cliënt uitbetaald, maar wordt verwerkt en gespreid als periodieke marge in de (lagere) vaste rente van het *plain vanilla* rentederivaat. De optie geeft enerzijds het recht aan de bank om op basis van de in de overeenkomst bepaalde tijdstippen het tegelijkertijd afgesloten *plain vanilla* rentederivaat stop te zetten en laat de cliënt anderzijds toe om een lagere rente op de overeenkomsten te genieten.



2.2. Niet-professionele cliënten

De wet² omschrijft een niet-professionele cliënt als elke cliënt die niet als een professionele cliënt wordt behandeld. Een professionele cliënt is een cliënt die aan volgende criteria voldoet³:

1. entiteiten die een vergunning moeten hebben of gereguleerd moeten zijn om op financiële markten actief te mogen zijn (bv. kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, ...);
2. "grote ondernemingen" die op individueel niveau aan bepaalde omvangvereisten voldoen (balanstotaal, netto-omzet, eigen vermogen);
3. entiteiten die niet aan voorgaande criteria voldoen maar die ervoor geopteerd hebben om als professionele cliënt beschouwd te worden⁴.

² Art. 2, 29° van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002

³ Bijlage A bij het koninklijk besluit van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten

⁴ De procedure is beschreven in bijlage A bij het bovenvermelde koninklijk besluit van 3 juni 2007

3. Organisatie van de inspecties door de FSMA

De inspecties gebeurden in verschillende fasen die tot doel hadden om de volgende elementen te evalueren:

- de omvang van de verkoop van rentederivaten in vergelijking met andere landen (aantal banken, cliënten ...);
- de toepassing van de gedragsregels in verband met de zorgplicht⁵;
- de kwaliteit van de informatie die aan de cliënten gedurende de verschillende stappen van het transactieproces werd verstrekt.

In een eerste fase heeft de FSMA, teneinde de perimeter te definiëren in termen van aantal betrokken instellingen, aan 14 banken die actief waren op het vlak van kredietverlening aan kmo's gevraagd haar een aantal gegevens te verstrekken die haar moesten toelaten die markt te beoordelen (aantal ondernemingen die deze overeenkomsten aangaan, aantal uitstaande overeenkomsten, bedragen, ...). Daarnaast heeft de FSMA de 24 overige Belgische kredietinstellingen alsook 6 bijkantoren van kredietinstellingen aangeschreven om zich ervan te vergewissen dat zij deze overeenkomsten niet verhandelden. Tijdens deze fase werd ook de structuur van de producten geanalyseerd.

Aldus kwam de FSMA tot de volgende conclusie.

- De omvang van de activiteiten met betrekking tot de verkoop van rentederivatenovereenkomsten gekoppeld aan kredieten voor de kmo's is bijzonder beperkt met name in vergelijking met de situatie in Nederland of Engeland.
- Gezien het feit dat de overeenkomsten van het type *bermudan callable swap* als complexe financiële instrumenten moeten worden aangemerkt in de zin van de MiFID-regelgeving bleek het aangewezen de analyse toe te spitsen op de verkoop van dit type overeenkomst.
- Vier banken zijn actief in het verlenen van *bermudan swaps* aan niet-professionele cliënten.

In dit kader werden 363 contracten afgesloten met 330 niet-professionele cliënten voor een nominaal bedrag van € 676.400.922 op 31 maart 2015.

In een tweede fase heeft de FSMA de 4 banken die deze overeenkomsten verhandelen gevraagd om haar een beoordeling over te maken van elke overeenkomst waarbij wordt aangetoond dat de verschillende geldende wettelijke bepalingen (MiFID, verplichte informatieverstrekking over de producten, ...) voor de verhandeling van dit type product wel degelijk werden nageleefd.

De FSMA analyseerde vervolgens een representatieve steekproef (een meerderheid van de contracten) van de zelfevaluatie die door de betrokken banken werd uitgevoerd, om zich ervan te vergewissen dat de banken de evaluatie van de conformiteit van deze transacties met de gedragsregels en de informatie aan de cliënten correct hadden uitgevoerd. Bijzondere aandacht ging uit naar de inachtneming van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de hieronder voorgestelde elementen.

⁵ Het referentiekader voor de bepalingen inzake zorgplicht is nader toegelicht in bijlage 1 bij dit document.

I. Inzamelen van gegevens

- Kennis en ervaring
- Beleggingsdoelstellingen incl. horizon
- Financiële situatie

In functie van het door de banken overgelegde zorgplichtmodel heeft de FSMA gecontroleerd of de informatie conform het reglementaire kader wordt ingezameld, vooral wanneer de banken een gestandaardiseerde vragenlijst gebruiken, alsook of aan de hand van die gestandaardiseerde vragenlijst kan worden voldaan aan de wettelijke bepalingen over de gegevensinzameling.

II. Verstrekken van de dienstverlening

- Beoordeling van de geschiktheid of de passendheid van transacties

De FSMA heeft zich er tevens van vergewist of en op welke manier de ingezamelde informatie verwerkt werd om tot een finale beoordeling te komen van een al dan niet geschikte transactie.

- Informatie aan cliënten

De FSMA is ter zake nagegaan of de informatie in het dossier over de transactie als correct, duidelijk en niet-misleidend kon worden gekwalificeerd met betrekking tot de volgende elementen: de risico's, het mechanisme, de kosten en lasten, de impact van een vroegtijdige uittrekking alsook de eventuele bijkomende waarborgen (onderpand) voor de cliënt als de marktwaarde negatief voor hem wordt.

Zorgplichtmodel

4. Vaststellingen van de FSMA

4.1. Algemene vaststellingen

De verkoop van *bermudan callable* rentederivaten gekoppeld aan de kredietverlening in België is zeer beperkt ten opzichte van de situatie in voornamelijk Nederland en het Verenigd Koninkrijk⁶.

Vier banken zijn actief in België in het verkopen van *bermudan callable* rentederivaten aan niet-professionele cliënten ter indekking van het renterisico. De FSMA heeft bij deze banken een analyse van individuele dossiers uitgevoerd en ter zake een aantal aanzienlijke tekortkomingen vastgesteld op het vlak van de toepassing van de gedragsregels inzake de zorgplicht.

Deze tekortkomingen betreffen:

- de inzameling van cliëntengegevens;
- de beoordeling van de geschiktheid van de transactie;
- de informatie aan de cliënten.

De FSMA heeft bovendien vastgesteld dat in sommige gevallen het toegepaste zorgplichtmodel niet overeenstemt met het door de banken voorgestelde model.

4.2. Specifieke vaststellingen en beoordeling

Elke bank heeft de FSMA een beoordeling bezorgd van enerzijds de procedures die bestonden op het moment van de transactie in *bermudan* rentederivaten en anderzijds een analyse van cliëntendossiers.

De FSMA is vervolgens bij wijze van steekproef nagegaan of de banken de toepassing van de gedragsregels correct hadden beoordeeld. De banken werden verzocht om voor de betrokken overeenkomsten uit de steekproef bewijsstukken voor te leggen ter staving van hun conclusies. De steekproef werd samengesteld op basis van verschillende criteria om een zicht te kunnen krijgen op een verscheidenheid aan producten (opties of gestructureerde producten), bedragen, rechtsvormen, looptijden, ...

In een eerste geval, stelde de FSMA op basis van haar uitgevoerde analyses de volgende tekortkomingen vast:

- de bank hanteert een model (*execution with appropriateness test*, hierna "EWAT") dat niet strookt met de werkelijke dienstverlening (beleggingsadvies) die zij verleent bij het verkopen van rentederivatenovereenkomsten;
- de inzameling van gegevens voldoet niet aan de wettelijke bepalingen;
- op basis van de ingezamelde gegevens blijkt dat niet steeds een passendheidstest werd verricht voor de transactie;
- de bank is niet in staat gebleken aan te tonen dat zij daadwerkelijk is tegemoetgekomen aan de verplichtingen inzake informatieverstrekking voortvloeiend uit de gedragsregels.

⁶ In Nederland omvat de *scope* alle rentederivaten die bij niet-professionele cliënten worden gecommmercialiseerd. In het Verenigd Koninkrijk omvat de *scope* alle standaardovereenkomsten of de opties, met uitzondering van de complexe overeenkomsten voor "*vulnerable small and medium sized companies*". Voor laatstgenoemde categorie hebben de betrokken banken op voorhand voorgesteld een oplossing uit te werken.

In een tweede geval, stelde de FSMA op basis van haar uitgevoerde analyses de volgende tekortkomingen vast.

- De procedures op het vlak van de bewaring van gegevens laten niet toe om alle documenten met betrekking tot de cliëntendossiers weer samen te stellen.
- De vragenlijsten in de verschillende dossiers lijken de bank niet in staat te stellen te voldoen aan de reglementaire bepalingen over de inzameling van gegevens.

In een derde geval stelde de FSMA op basis van haar uitgevoerde analyses de volgende tekortkomingen vast.

- De inzameling van gegevens voldoet niet aan de wettelijke bepalingen.
- De bank is niet in staat gebleken aan te tonen dat zij daadwerkelijk is tegemoetgekomen aan de verplichtingen inzake informatieverstrekking opgelegd door de gedragsregels.

In een vierde geval stelde de FSMA vast dat de wettelijke bepalingen op het vlak van de inzameling van informatie, de informatie aan cliënten en de geschiktheidstest niet volledig werden gerespecteerd.

4.3. Conclusie

Los van het feit dat de vaststellingen verschillen naargelang de betrokken kredietinstellingen geldt als algemene vaststelling dat geen van de banken aan de FSMA heeft kunnen aantonen dat alle regels met betrekking tot de zorgplicht werden nageleefd en dat de cliënten op het ogenblik van de verrichting in staat waren de risico's te begrijpen die verbonden zijn aan dergelijke producten.

5. Algemene conclusies en remediëring

Dit document stelt de conclusies voor van de analyse die de FSMA uitvoerde in het kader van de verkoop van *bermudan swaps* gelinkt aan kredietovereenkomsten, afgesloten na 1 november 2007 met niet-professionele cliënten in de zin van MiFID (het betreft hoofdzakelijk overeenkomsten afgesloten in 2007, 2008 en 2009). De FSMA onderzocht eerst de sector en kwam daarbij tot de vaststelling dat enkel vier banken actief zijn in de verkoop van rentederivatenovereenkomsten aan niet-professionele cliënten in de zin van MiFID. Vervolgens ging de FSMA over tot een diepgaandere analyse van enerzijds de procedures die bestonden op het moment van de transactie in die specifieke *bermudan swaps* en anderzijds een analyse van cliëntendossiers.

Dergelijke overeenkomsten moeten als complexe financiële instrumenten aangemerkt worden in de zin van de MiFID-regelgeving waardoor er een verhoogde waakzaamheid geboden is bij de toepassing van de gedragsregels voor cliënten die als "niet-professionele cliënten" in de zin van MiFID worden gekwalificeerd. Bij de analyse van zowel de procedures als de cliëntendossiers heeft de FSMA tekortkomingen vastgesteld op het vlak van de zorgplicht en dan voornamelijk met betrekking tot onderstaande punten.

- Inzameling van cliëntengegevens: de procedures hieromtrent volstaan niet om te verzekeren dat de banken over voldoende gegevens beschikken zodat zij het geschikt of passend karakter van de transactie kunnen garanderen. Bovendien is de productenlijst, op basis waarvan de kennis en ervaring van de cliënt beoordeeld wordt, niet voldoende gedetailleerd om te garanderen dat een cliënt werkelijk en voldoende kennis en ervaring heeft in het specifieke product, namelijk een *bermudan swap*.
- De beoordeling van de geschiktheid of passendheid van de transactie: geen van de testen houdt voldoende rekening met de informatie die volgens art. 27, § 4 en 5 van de wet van 2 augustus 2002 opgevraagd moet worden (financiële situatie, beleggingsdoelstellingen, kennis en ervaring). In sommige dossiers zijn er transacties uitgevoerd zonder enige test.
- De informatieverstrekking aan de cliënt: de documenten die de FSMA ontving, lieten niet toe om systematisch na te gaan of de betrokken bank voldaan heeft aan haar verplichting om een algemene beschrijving te geven van de aard, het mechanisme, de risico's (en in het bijzonder de gevolgen van een vervroegde uittreding door de cliënt), alsook de kosten en lasten van de *bermudan swaps*.

Naast bovenstaande punten, identificeerde de FSMA nog een aantal andere zwakheden met betrekking tot het gehanteerde zorgplichtmodel en de bewaring van gegevens.

- Een bank verklaarde dat ze geen beleggingsadvies verstrekt in het kader van de verkoop van *bermudan swaps*. De FSMA is niettemin, op basis van de analyse van de procedures en de cliëntendossiers, van mening is dat de betrokken bank wel degelijk beleggingsadvies verstrekt in de zin van art. 46, §1, 9° van de Wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen.
- In een ander geval verklaarde een bank niet in staat te zijn om het geheel van documenten te verstrekken die aantonen dat de bank alle nodige informatie van de cliënt heeft ingezameld en het geschikt karakter van de transactie getoetst werd.

*

* *

Die verschillende vaststellingen hebben de FSMA ertoe gebracht een remediëring op te leggen voor de vier betrokken banken. Zoals hierboven is aangegeven, bestaat die remediëring uit de volgende actiepunten.

- Elke bank zal aan haar “niet-professionele cliënten” in de zin van MiFID die een *bermudan swap* hebben afgesloten na 1 november 2007, een omzetting van de *bermudan swap* naar een *plain vanilla swap* voorstellen. Deze omzetting omvat tevens de schrapping van elke mogelijke optie tot vervroegde afkoop in het voordeel van de bank.
- De nieuwe overeenkomsten zullen aangepast worden aan de behoeften van de cliënt (looptijd en bedrag) en zullen afgesloten worden op basis van de historische rentes van de oorspronkelijke overeenkomst. De historische rente van de *bermudan swap* zal met andere woorden toegepast worden. Deze historische rente is overigens minder hoog dan de rente voor *plain vanilla* overeenkomsten die indertijd op hetzelfde moment werden afgesloten, net omdat *bermudan swap* gekenmerkt worden door (een) optie(s) in het voordeel van de bank en waardoor de cliënt als tegenprestatie van een lagere rentevoet kan genieten.
- Elke bepaling die een onevenwichtig voordeel aan de bank biedt of elke bepaling die als misleidend zou kunnen worden beschouwd, zal als nietig worden beschouwd.
- De wijzigingen in de overeenkomsten die op verzoek van de cliënt zouden zijn aangebracht tussen de oorspronkelijke overeenkomst en het voorstel waarvan sprake in dit rapport en die door de bank niet redelijkerwijze voorzienbaar waren, zullen geen onderdeel kunnen uitmaken van een herziening.
- De herziening van de overeenkomsten moet gebeuren binnen de vier maanden te rekenen vanaf de publicatie van dit rapport.
- De banken moeten er ten slotte over waken dat zij enkel personeel tewerkstellen dat beschikt over de nodige kwalificaties en vereiste kennis en expertise om de verantwoordelijkheden die hen worden toevertrouwd, te kunnen dragen. Deze kwalificaties betreffen meer bepaald de regels en wettelijke bepalingen inzake de zorgplicht. In de mate dat dergelijke opmerking reeds het onderwerp is geweest van een communicatie van de FSMA aan de betrokken ondernemingen, zijn de ondernemingen ertoe gehouden om te herevalueren of de personen die verantwoordelijk zijn voor de procedures in verband met de commercialisering van de producten en meer in het bijzonder dergelijke complexe producten zoals degenen die geïsoleerd worden in dit rapport, effectief voldoen aan de vereisten inzake kwalificatie en expertise.
- Bovendien zullen de herstructurering en alle kosten die verbonden zijn aan bovenstaande operatie door de banken gedragen worden. Deze laatste zullen bij wijze van commerciële tegemoetkoming daarenboven per overeenkomst een bedrag dat onderling overeen te komen is, betalen aan elke cliënt.

6. Bijlage: begrip zorgplicht

Bij het verstrekken van beleggingsadvies moet de gereguleerde onderneming informatie verzamelen met betrekking tot (a) de kennis en ervaring van de (potentiële) cliënt op beleggingsgebied inzake het specifieke soort product of dienst, (b) zijn financiële situatie en (c) zijn beleggingsdoelstellingen, teneinde de (potentiële) cliënt de voor hem geschikte beleggingsdiensten en financiële instrumenten te kunnen aanbevelen. In de praktijk moeten de gereguleerde ondernemingen een beleid en procedures opstellen die ervoor zorgen dat de transacties die ze aanbevelen aan de volgende criteria voldoen:

- de transacties komen tegemoet aan de beleggingsdoelstellingen van de cliënt;
- de cliënt heeft voldoende financiële draagkracht om de risico's van de beleggingen te dragen;
- de cliënt heeft de nodige kennis en ervaring om de risico's te begrijpen die ermee gepaard gaan.

Deze criteria zijn hieronder beschreven. Buiten deze drie criteria, besteedde de FSMA ook specifieke aandacht aan het business model en de procedures rond de bewaring van gegevens van de gecontroleerde gereguleerde ondernemingen.

6.1. Zorgplichtmodel

Wanneer de gereguleerde ondernemingen hun cliënten diensten verlenen op het vlak van vermogensbeheer, beleggingsadvies of het ontvangen, doorgeven en/of uitvoeren van orders, geldt als regel dat zij zich steeds op loyale, billijke en professionele wijze moeten inzetten voor de belangen van hun cliënten⁷. Bij het verlenen van die diensten moet de onderneming zich aan de desbetreffende gedragsregels conformeren. Daarbij worden de volgende situaties onderscheiden:

- de gereguleerde onderneming verstrekt beleggingsadvies of diensten van vermogensbeheer ("*suitability*"), en conformeert zich aan artikel 27, § 4, van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002;
- de gereguleerde onderneming verricht uitsluitend diensten op het vlak van het uitvoeren en/of het ontvangen en doorgeven van orders ("*execution only*"), waarbij zij, in bepaalde gevallen, op de transactie de passendheidstoetsing ("*EWAT*") uitvoert zoals bedoeld in artikel 27, § § 5 en 6, van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002⁸.

6.2. Inzameling van de gegevens

Bij transacties waarbij beleggingsadvies wordt verstrekt, moet de gereguleerde onderneming de beleggingsdoelstellingen, de financiële situatie, alsook de kennis en ervaring van de cliënt beoordelen in het licht van de geplande transactie.

Bij transacties waarbij geen beleggingsadvies wordt verstrekt, moeten *enkel* de kennis en ervaring van de cliënt worden beoordeeld in het licht van de geplande transactie.

De ingezamelde informatie over de kennis en ervaring moet aangepast zijn in functie van het type van cliënt, de aard en de omvang van de verstrekte diensten alsook de geplande transactie.

⁷ Art. 27, § 1 Wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten van 2 augustus 2002.

⁸ Alle rentederivatenovereenkomsten worden beschouwd als "complexe" financiële instrumenten conform art. 18, a) van het KB van 3 juni 2007.

Bovendien moeten de gereguleerde ondernemingen bijzondere aandacht besteden aan de volgende aspecten:

- de omvang van de ingezamelde informatie;
- de betrouwbaarheid en de coherentie van de informatie;
- de actualisering van de informatie.

Wat het beleggingsadvies betreft, is het zo dat, als de gereguleerde onderneming de benodigde informatie over een (potentiële) cliënt niet kan verzamelen, zij hem geen beleggingsadvies mag verstrekken.

Bij het EWAT-model is het zo dat, als de gereguleerde onderneming de benodigde informatie over een (potentiële) cliënt niet kan verzamelen, zij hem moet laten weten dat zij niet kan beoordelen of het product of de dienstverlening passend voor hem is. Dit mag op gestandaardiseerde wijze gebeuren.

De gereguleerde ondernemingen moeten voor elke cliënt of potentiële cliënt volgende informatie minstens 5 jaar lang bewaren:

- de ingezamelde gegevens over de kennis en ervaring, de financiële situatie en de beleggings-doelstellingen;
- de wijzigingen van deze gegevens, en met name de wijzigingen in het risicoprofiel van cliënten;
- de waarschuwing aan de cliënt wanneer de passendheidstoetsing niet kan worden uitgevoerd bij gebrek aan informatie (kennis en ervaring) over de cliënt.

Die beginselen hebben de volgende wettelijke grondslagen:

- art. 27, §§ 4 en 5 van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002;
- art. 15, 16 en 17 van het KB MiFID-uitvoering 3 juni 2007;
- art. 23 en punten 3 en 27, van de Bijlage bij het MiFID-reglement 5 juni 2007;
- al. 18, 29, 32, 35, 36, 40, 41, 43, 48 tot 60, van de ESMA Richtsnoeren "MiFID-geschiktheidseisen" (2012/387).

6.3. Beoordeling van de geschiktheid

Voor elke transactie waarover de gereguleerde onderneming beleggingsadvies verstrekt, moet zij nagaan of die transactie geschikt is voor de cliënt. Zij doet dit op basis van de informatie die zij over de cliënt heeft verzameld.

Om redenen van efficiëntie vertalen vele gereguleerde ondernemingen de ingezamelde informatie in een standaard risicoprofiel. Bij elke transactie toetsen zij of die geschikt is voor het risicoprofiel waarin de belegger is ingedeeld, eerder dan voor de belegger zelf. Het gebruik van gestandaardiseerde verwerkingsmethodes ontslaat de gereguleerde ondernemingen echter niet van de verplichting om voor elke cliënt of potentiële cliënt voor elke transactie na te gaan of aan de drie criteria is voldaan (beleggingsdoelstellingen, financiële situatie en kennis en ervaring). Als de risicoprofielen onvoldoende verfijnd zijn om alle informatie over de cliënt in aanmerking te nemen, moet bij elke transactie bijkomende testen worden uitgevoerd die de ontbrekende criteria toetsen.

De gereguleerde ondernemingen moeten *ex post* kunnen nagaan waarom een belegging is uitgevoerd. Daarom moeten zij voor transacties waarover zij beleggingsadvies verstrekken, volgende gegevens bewaren gedurende de wettelijk bepaalde termijn:

- alle wettelijk voorziene gegevens met betrekking tot de transactie;

- het feit dat de cliënt beleggingsadvies heeft ontvangen;
- het financiële instrument dat werd geadviseerd;
- de soorten financiële instrumenten die de gereguleerde onderneming geschikt acht voor elk risicoprofiel en de redenen waarom dat zo is.

Die beginselen hebben de volgende wettelijke grondslagen:

- art. 27, § 4 van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002;
- art. 15 en 17 van het KB MiFID-uitvoering 3 juni 2007;
- art. 23 en punten 3, 4, en 29 van de Bijlage bij het MiFID-reglement 5 juni 2007;
- ESMA Richtsnoeren “MiFID-geschiktheidseisen” (2012/387).

6.4. Beoordeling van de passendheid

Voor de transacties waarover de gereguleerde onderneming *geen* beleggingsadvies verstrekt, moet zij de kennis en ervaring van de cliënt toetsen. Zij is enkel van deze toetsing vrijgesteld voor transacties die gebeuren op initiatief van de cliënt en betrekking hebben op niet-complexe producten.

Die toetsing gebeurt aan de hand van specifieke informatie over de (potentiële) cliënt. Als het resultaat negatief is, waarschuwt de gereguleerde onderneming de cliënt dat de transactie niet passend is. Dit mag op gestandaardiseerde wijze gebeuren.

De gereguleerde ondernemingen moeten voor elke (potentiële) cliënt de volgende informatie gedurende de wettelijk bepaalde termijn bewaren:

- alle wettelijk voorziene gegevens met betrekking tot de transactie;
- de hoger vermelde waarschuwing wanneer het resultaat van de passendheidstoetsing negatief is.

Die beginselen hebben de volgende wettelijke grondslagen:

- art. 27, § 5 van de Wet Toezicht Financiële Sector 2 augustus 2002;
- art. 16 en 17 van het KB MiFID-uitvoering 3 juni 2007;
- art. 23 en punten 3, 4, 5 en 27 van de Bijlage bij het MiFID-reglement 5 juni 2007;
- al. 60(b) van de ESMA Richtsnoeren “MiFID-geschiktheidseisen” (2012/387).

6.5. Informatieverstrekking aan de cliënten

De gereguleerde ondernemingen moeten duidelijk vermelden dat de toetsing van de transactie is uitgevoerd met de bedoeling in het belang van de cliënt te kunnen handelen. Bovendien moeten zij de cliënten ervan op de hoogte brengen dat zij – als gereguleerde onderneming – als enigen verantwoordelijk zijn voor de inzameling van de wettelijk vereiste gegevens en voor de beoordeling van de geschiktheid en/of passendheid van een transactie.

De gereguleerde ondernemingen moeten maatregelen nemen om te garanderen dat de cliënt begrijpt wat wordt verstaan onder beleggingsrisico, alsook wat het verband is tussen het risico en het rendement van een belegging.

De gereguleerde ondernemingen moeten aan de cliënten medelen of beleggingsadvies is verstrekt in verband met de uitgevoerde transactie.

Verder moeten zij de cliënten het resultaat van de transactietest bezorgen. De MiFID-regels bepalen niet hoe gedetailleerd de informatie over het testresultaat moet zijn. De algemene regels over informatieverstrekking zijn van toepassing, wat inhoudt dat de informatie correct, duidelijk en niet-misleidend moet zijn.

Die beginselen hebben de volgende wettelijke grondslagen:

- art. 27, §2 Wet Toezicht Financiële Sector;
- al. 13, 15 en 17 ESMA Richtsnoeren “MiFID-geschiktheidseisen” (2012/387).

6.6. Bewaring van gegevens in verband met de zorgplicht

De gereguleerde ondernemingen moeten de in de regelgeving voorziene gegevens gedurende 5 jaar (of langer, indien wettelijk voorzien) op overzichtelijke en transparante wijze bewaren. De administratie moet zo zijn opgezet, dat het mogelijk is om achteraf na te gaan waarom een belegging is gedaan, en dat fouten met betrekking tot de zorgplicht kunnen opgespoord worden.

De gegevens moeten vlot toegankelijk zijn voor de relevante personen binnen de onderneming en voor de FSMA. Alle correcties of andere wijzigingen, alsmede de inhoud van de gegevens voordat dergelijke correcties of andere wijzigingen zijn aangebracht, moeten gemakkelijk kunnen worden achterhaald. De gegevens mogen niet gemanipuleerd of gewijzigd kunnen worden.

Wat de zorgplicht betreft, moeten onder meer volgende gegevens worden bewaard:

- de ingezamelde gegevens over kennis en ervaring, de financiële situatie en de beleggingsdoelstellingen;
- de wijzigingen van deze gegevens, en in het bijzonder de wijzigingen in het risicoprofiel van cliënten;
- alle wettelijk voorziene gegevens m.b.t. de transactie;
- het feit dat de cliënt beleggingsadvies heeft ontvangen;
- het financiële instrument dat werd geadviseerd;
- de types financiële instrumenten die de onderneming geschikt acht voor elk beleggingsprofiel en de reden waarom dat zo is.

Deze principes zijn gestoeld op volgende bepalingen:

- art. 27, § 7 Wet Toezicht Financiële sector 2 augustus 2002;
- art. 23 en Bijlage bij het MiFID-reglement 5 juni 2007;
- al. 61-63 ESMA Richtsnoeren “MiFID-geschiktheidseisen” (2012/387).