

REACTIE KENNISCENTRUM RENTEDERIVATEN OP RAPPORT AFM

“Aanbeveling Rentederivatendienstverlening;

voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB”

(Februari 2014)

Inhoudsopgave Reactie Kenniscentrum Rentederivaten op rapport AFM:

- **Reikwijdte rapport AFM en vereist ingrijpen**
Voorgestelde maatregelen

- **Inhoud rapport AFM**
 - a. Algemeen
 - b. Inhoudelijke reactie per thema
 1. *Waarom rentederivaten?*
 2. *Renterisico management*
 3. *Product versus gehele financieringscombinatie*
 4. *Professionele en niet-professionele beleggers*
 5. *Het verstrekken van informatie over de producten, de dienstverlening en het sluiten van klantovereenkomsten*
 6. *Rentederivaten zijn een niet-passend product*
 7. *Execution only dienstverlening niet passend voor MKB*
 8. *Beleggingsadvies*
 9. *Bijzondere zorgplicht*
 10. *De eigen verantwoordelijkheid van de klant*
 11. *EMIR*

- **Informatie over het KCR**

Reactie Kenniscentrum Rentederivaten op rapport AFM:

“Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening; voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB” (februari 2014)

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 20 februari 2014 een rapport met aanbevelingen aan banken en beleggingsondernemingen gepubliceerd voor dienstverlening op het gebied van rentederivaten aan het midden en kleinbedrijf (MKB). Het Kenniscentrum Rentederivaten (KCR) reageert op dit rapport, omdat zij een aantal tekortkomingen signaleert. Deze tekortkomingen hebben betrekking op zowel de reikwijdte als de inhoud van het rapport. Deze reactie is geschreven om betrokken MKB'ers en hun adviseurs te wijzen op risico's en tekortkomingen die niet in het AFM rapport zijn opgenomen. Tevens nodigen wij de AFM, de minister van Financiën, de politiek, belangenorganisaties en de banken uit om op basis van deze reactie nader in gesprek te gaan met het KCR om de bestaande problematiek van de rentederivaten adequaat op te lossen.

Reikwijdte rapport AFM en vereist ingrijpen

Het rapport van AFM is gericht aan banken en andere beleggingsondernemingen. Aan de hand van aanbevelingen wil AFM deze partijen aanzetten tot een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB. De aanleiding voor het onderzoek is dat *“Uit onderzoeken van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) is gebleken dat de dienstverlening van sommige banken op het gebied van rentederivaten aan zowel het professionele als het niet-professionele midden- en kleinbedrijf (MKB) voor verbetering vatbaar is.”* De minister van Financiën betitelde dat als een eufemisme voor het feit dat de zaken niet op orde zijn.

Het KCR ondersteunt de initiatieven van AFM om in samenwerking met de banken en beleggingsondernemingen de toekomstige dienstverlening omtrent rentederivaten te verbeteren van harte. Echter, de door AFM erkende bestaande tekortkomingen worden daarmee niet opgelost. Daarmee schiet AFM tekort in de aanpak van de problematiek en laat zij na haar toezichtrol te vervullen op een zeer cruciaal moment:

1. Zoals AFM stelt in haar rapport ten aanzien van het niet-professionele MKB: *“Zij kunnen kwetsbaar zijn vanwege gebrek aan kennis van en ervaring met rentederivaten.”*
2. Het MKB is voor de financiering van bedrijfsactiviteiten zeer sterk afhankelijk van bancaire financiering. Dit leidt tot een grote kwetsbaarheid van het MKB vanwege de druk van het mogelijk intrekken van deze financiering door de bank.
3. Gezien de aanhoudende economische crisis is het merendeel van de MKB'ers financieel niet bij machte om deskundige externe adviseurs (zoals juridische en financiële experts) in te schakelen, die hun kwestie objectief kunnen beoordelen.
4. De omvang van derivatenposities onder het MKB is enorm groot; uit eigen onderzoek blijkt dat de nominale waarde van de derivaten momenteel € 51 miljard bedraagt en de bijbehorende negatieve waarde maar liefst € 3,9 miljard. Dit heeft zowel voor de betrokken MKB'ers als voor de balans van de banken een enorme impact.

5. Door het gebruik van rentederivaten zijn de rentelasten voor het MKB fors toegenomen, terwijl hun afhankelijkheid van de huisbank verder is toegenomen. Daar komt bij dat de concurrentie in het bankenlandschap in Nederland in de afgelopen jaren duidelijk is afgenomen. Dit alles heeft een negatieve impact op de bedrijfsvoering van het MKB.

Bovenstaande punten geven aan dat op dit moment een actieve rol van de toezichthouder noodzakelijk is. Deze reikt verder dan het doen van aanbevelingen voor de toekomst; door de grootschalige omvang van de problematiek met rentederivaten, de wijze waarop banken daarin met hun klanten omgaan en het nalaten van de toezichthouder om in te grijpen, kunnen talloze ondernemers het hoofd financieel niet meer boven water houden.

Het is opmerkelijk dat AFM heeft gekozen voor de huidige opzet van het rapport. Hoewel aanbevelingen van harte aan te bevelen zijn, blijken de door de AFM in het rapport aangehaalde voorbeelden van hoe het niet behoort te gaan/te zijn in de praktijk juist de kern van het probleem te zijn. Het rapport bevat een groot deel van de in de praktijk geconstateerde 'misstanden', dus klaarblijkelijk heeft AFM die ook geconstateerd. Het KCR is van mening dat de AFM is tekortgeschoten als toezichthouder door de door haar geconstateerde misstanden slechts te presenteren als voorbeelden. Hierdoor wordt de suggestie gewekt dat de door AFM beschreven handelswijze van banken niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, terwijl het tegendeel het geval is. Het KCR is van mening dat de AFM niet alleen aanbevelingen voor de toekomst moet doen, maar tevens haar verantwoordelijkheid als toezichthouder moet nemen met betrekking tot de handelswijze van banken in het verleden. Geconstateerd wordt dat de op grote schaal afgesloten rentederivaten voor het MKB een niet-passend of zelfs ondeugdelijk product is.

Voorgestelde maatregelen

Het KCR stelt voor om per direct de volgende maatregelen te treffen met als doel om binnen afzienbare tijd oplossingen voor de rentederivatenproblematiek te creëren:

1. Er wordt een onafhankelijke, erkende geschillenbeslechtende instantie (bijvoorbeeld KiFiD) geëquipeerd voor MKB ondernemers die kampen met problemen gerelateerd aan rentederivaten;
2. Gedurende de periode dat er nog geen adequate oplossingen zijn wordt er met betrekking tot MKB ondernemers een moratorium ingesteld waarbij:
 - a. Banken toezeggen om financieringen niet vroegtijdig te beëindigen cq voort te zetten, voor zover die financieringen in combinatie met een rentederivaat zijn verkocht. Hiermee wordt voorkomen dat ondernemers met een rentederivaat achterblijven met een hoge negatieve waarde (afkoopsum), waardoor de financiële positie nadelig wordt beïnvloed.
 - b. Banken toezeggen om in geval van een dispuut met de klant over een rentederivaat de financiering niet te beëindigen totdat het geschil is beslecht. Hiermee wordt voorkomen dat klanten niet in verweer durven te komen tegen hun bank over tekortkomingen in de rentederivaten en de bijbehorende advisering;
 - c. Banken toezeggen om geen verdere tussentijdse verhoging in opslagen door te voeren op financieringen in combinatie met een rentederivaat. Hiermee wordt voorkomen dat klanten alsnog worden geconfronteerd met renteverhogingen, zonder dat zij hun financiering elders kunnen onderbrengen.

Inhoud rapport AFM

a. Algemeen

Het onderzoek van de AFM van september 2013 naar de wijze waarop banken rentederivaten aan het professionele MKB en aan semipublieke instellingen hebben aangeboden, toonde aan dat er nogal wat te verbeteren viel aan die dienstverlening. Ook werd duidelijk dat een nader onderzoek naar de dienstverlening van banken op het gebied van rentederivaten aan niet-professionele cliënten noodzakelijk was. Naast dit vervolgonderzoek kondigde de AFM aan met aanbevelingen te zullen komen voor een passende dienstverlening op het gebied van rentederivaten aan niet-professionele cliënten. Met andere woorden, de AFM beloofde twee dingen: een vervolgonderzoek gericht op het niet-professionele MKB en aanbevelingen voor banken.

Met de in februari 2014 gepubliceerde “Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening” (in het vervolg: “Aanbevelingen”) heeft de AFM in elk geval uitvoering gegeven aan haar toezegging om met aanbevelingen voor een passende dienstverlening door banken te komen. Het toegezegde vervolgonderzoek is echter niet gepubliceerd.

Het KCR verzoekt AFM om op korte termijn inzicht te geven in de toegezegde uitkomsten van het door de AFM uitgevoerde vervolgonderzoek.

Rentederivaten kunnen op zich goed passen binnen een verantwoord renterisicomanagement, maar er zijn ook risico's aan verbonden. En deze risico's hebben zich gemanifesteerd. Met name het MKB is hierdoor hard getroffen. Het KCR signaleert de volgende problemen:

1. De bank is financiële instrumenten die tot 2006 hoofdzakelijk door zogenaamde ‘in aanmerking komende tegenpartijen’ (dat zijn banken, verzekeraars, beleggingsondernemingen etc.) buiten de beurs om (over-the-counter, ook wel OTC) op basis van zeer gespecialiseerde ‘ISDA documentatie’ werden verhandeld, gaan aanbieden aan het MKB segment zonder de contracten en/of informatie (voldoende/deugdelijk) af te stemmen op deze doelgroep.
2. Bovendien blijken de producten niet juist te zijn afgestemd op de onderliggende bedrijfsfinanciering (‘mismatch’). Hierdoor blijken veel ondernemers, zonder dat zij zich daar soms zelfs van bewust zijn, teveel te betalen.
3. De bank verkocht een variabele leningrente¹ in combinatie met een renteswap als een gelijkwaardig alternatief voor een vaste leningrente. De bank meende echter gerechtigd te zijn om de opslag die onderdeel is van de variabele leningrente tussentijds aan te passen. Hierdoor kreeg de klant niet de vaste leningrente waar hij om gevraagd had, maar een vaste swaprente² met een variabele opslag (hierna wordt deze voor de klant ook variabele rente aangehaald als “totale combinatie rente”). Met andere woorden, in plaats van zekerheid over de renteverplichtingen ontstond er door de combinatie renteswap met variabele leningrente een onzekere totale combinatie rente die verdergaande financiële verplichtingen inhield dan de

¹ Dit is de rente die de klant in totaal voor de bedrijfsfinanciering betaalt. Voor de klant zijn er twee smaken, een variabele of een vaste leningrente.

² Dit is de vaste rente die op basis van de ‘payer’ renteswap betaald moet worden.

vaste leningrente waar om gevraagd was. Er is sprake geweest van 'mis-selling', want de klant heeft nooit de vaste leningrente gekregen die hij verwachtte;

4. Een negatieve waarde van een renteswap betekent voor een bank een hoger (intern) financieringsobligo. Voor de bank vormde dit regelmatig aanleiding voor tussentijdse verhogingen van de risico-opslagen van de leningrente hetgeen tot liquiditeitsproblemen bij de betrokken ondernemer kan leiden. De renteswap vergroot dus het risico dat de opslagen tussentijds verhoogd worden;
5. Rentewaps hebben momenteel een aanzienlijke negatieve waarde. Die maakt overstappen naar een andere financierer vrijwel onmogelijk, omdat deze boeterente 'meegefinancierd' moet worden.
6. Bij een bedrijfsfinanciering met een variabele leningrente is veelal zonder noemenswaardige kosten een vervroegde aflossing mogelijk. Als gevolg van de renteswap moet echter bij een dergelijke vervroegde aflossing de negatieve waarde van de renteswap (proportioneel) betaald worden, omdat de bank in zo'n geval eist dat het rentederivaat eerst wordt afgewikkeld. Doordat rentederivaten voor looptijden van tien jaar en langer zijn afgesloten, zijn vervroegde aflossingen onbetaalbaar en wordt de bedrijfsfinanciering langdurig 'op slot' gezet.
7. De negatieve waarde is veelal buitenproportioneel (10 tot 20% van de hoofdsom van de lening), met name indien deze wordt vergeleken met de boeterente die normaliter bij een vastrentende lening in rekening gebracht zou worden.

De boeterenteberekening bij een vastrentende lening houdt namelijk rekening met tussentijdse aflossingsmogelijkheden en hernieuwde uitzetting door de bank van de eerder terugbetaalde financiering. Daarmee vergeleken zijn de berekeningen van de negatieve waarde ondoorgroendelijk. Indien de berekeningen door de bank inzichtelijk worden gemaakt blijkt dat deze nogal eens fouten bevatten en (fors) naar boven zijn afgerond op mooie ronde bedragen.

b. Inhoudelijke reactie per thema*1. Waarom rentederivaten?*

Voordat de vraag wordt beantwoord of de kwalificering van de klant, de informatie en de inhoud van de klantovereenkomst wel juist waren en of het product/de dienst wel passend en/of geschikt waren voor de individuele klant, dient er naar onze mening een veel belangrijkere vraag gesteld te worden: Is de wijze waarop banken in het algemeen de rentederivaten hebben gepresenteerd en verkocht aan het MKB wel deugdelijk?

Het rapport van AFM hanteert als uitgangspunt dat de klant uit eigen beweging een rentederivaat koopt bij de bank. De praktijk wijst uit dat het vrijwel altijd precies andersom is gegaan; de bank verkocht een rentederivaat aan de klant. Sommige banken stelden de aankoop van rentederivaten zelfs als contractuele voorwaarde voor verkrijging van de financiering. Er zijn ons geen praktijkvoorbeelden bekend waarin er sprake was van een intrinsieke behoefte van een MKB'er om een rentederivaat te kopen. De klant had ofwel de behoefte om een langjarige, vastrentende financiering te sluiten om zo de financieringslasten te fixeren, ofwel wilde – mede ingegeven door angstscenario's van de bank - de risico's van een stijgende Euriborrente beperken.

Het is ons volstrekt onduidelijk wat het klantbelang is geweest bij de verkoop van de banken van een geldlening met een variabele leningrente in combinatie met een rentederivaat, als gelijkwaardig alternatief voor een geldlening met een vaste leningrente, bij het afsluiten van nieuwe geldleningen. Een rentederivaat wordt doorgaans voornamelijk gebruikt om het renterisico op bestaande financieringen te beheersen. En op het moment dat veel van de rentederivaten werden verkocht, was er sprake van een inverse rentestructuur, waardoor het goedkoper zou moeten zijn om een lening met een vaste leningrente af te sluiten.

De bank heeft een geldlening met een variabele leningrente in combinatie met een rentederivaat verkocht als gelijkwaardig alternatief voor een rentevaste lening. Aangezien de klant ervan uitging (en mocht gaan) dat de bank handelde in het belang van de klant, heeft hij het advies van de bank opgevolgd.

Een geldlening met een variabele leningrente in combinatie met een rentederivaat bleek echter geenszins een gelijkwaardig alternatief voor een geldlening met een vaste leningrente, maar stelt de klant bloot aan risico's die hij niet gelopen had als hij een geldlening met een vaste leningrente was aangegaan. Deze risico's manifesteerden zich al snel bij een dalende Euriborrente, zoals de afgelopen jaren heeft plaatsgevonden.

Daarnaast zijn er volgens DNB signalen dat Nederlandse banken met het oog op balansversterking de kredietverlening beperken. Diverse Nederlandse banken hebben hun volume uitstaande leningen verkleind om aan kapitaaleisen te voldoen en lijken daar in de praktijk nog altijd mee door te gaan. Volgens DNB treft dit naar verwachting met name de kredietverlening aan het MKB. Deze kent vergeleken met hypothecaire kredietverlening een relatief groot kapitaalbeslag. Ook heeft het MKB moeilijker toegang tot alternatieve financieringsbronnen zoals de obligatiemarkt.³ Kortom, de

³ De Nederlandsche Bank N.V., Overzicht Financiële Stabiliteit, Najaar 2013, p. 19.

kredietverlening wordt ingeperkt, terwijl de rentederivaten blijven voortbestaan. Dit leidt tot mismatches die (wederom) negatieve gevolgen voor het MKB hebben.

AFM stelt bovendien dat er voor banken financiële motieven kunnen zijn om derivaten aan te bieden. Dat vormt immers een extra bron van inkomsten voor de bank.

Wij vinden het belangrijk dat de commerciële en andere motieven van banken om rentederivaten zo structureel en massaal aan te bieden, grondig worden onderzocht. Immers, niet kan worden uitgesloten dat juist vanwege deze commerciële of andere motieven, banken en/of hun medewerkers in meer of mindere mate, bewust of onbewust, de belangen van hun klanten uit het oog verloren.

Daar waar vast komt te staan dat de rentederivaten niet in het belang van de klant waren, zullen maatregelen genomen moeten worden waarbij deze zonder nadelige gevolgen voor de klant vervangen worden door een passend product.

Voor de toekomst geldt dat veruit de belangrijkste aanbeveling die AFM aan banken kan doen is om gewoon weer langlopende, vastrentende leningen aan te bieden in de gevallen waarin dat vanuit de klantbehoefte rente- en risicoteknisch gewenst of zelfs noodzakelijk is.

Voor het bestaan van zulke commerciële of andere motieven bestaat vooralsnog geen sluitend bewijs. Maar aanwijzingen zijn er te over, zoals:

- De gewijzigde strategie van de banken om rentederivaten ook aan het niet –professionele MKB aan te bieden;
- De kennelijk aanwezige planmatige aanpak van banken om dergelijke producten bij deze nieuwe doelgroep te promoten;
- De binnen banken bestaande stimulansen om klanten door te verwijzen naar de interne treasury afdeling van banken;
- De vaak eenzijdige informatieverschaffing over risico's en de vaak onevenwichtige aandacht die banken besteedden aan de voordelen en de nadelen van rentederivaten;
- Bij banken zijn rentederivaten sinds 2008 opgenomen in de commerciële targets van de accountmanagers.

Wij zijn van mening dat er daarnaast andere financiële prikkels voor banken zijn c.q. waren om derivaten aan te bieden:

- a. De contante waarde van de marge op een verkochte renteswap over de gehele looptijd, werd ineens geboekt bij het sluiten van de transactie. De winst werd niet alleen voor de bank direct genomen, maar dit werkte vaak ook op dezelfde manier door voor de bonusberekening van de betrokken bankmedewerkers. Dit in tegenstelling tot het boekhoudkundig realiseren van de rentemarge op een geldlening, waarbij de marge telkens bij elke rentebetaling wordt genomen. De verkoop van een geldlening met een variabele leningrente in combinatie met een rentederivaat leverde op korte termijn meer financieel resultaat dan de verkoop van een geldlening met vaste leningrente.
- b. Het komt voor dat langjarige rentederivaten worden gecombineerd met leningen met variabele leningrente met zeer korte (bijvoorbeeld 1 jaar) looptijden. Onder invloed van Basel II/III regels, sturen banken actief op het verlagen van de 'risk weighted assets'(RWA). Hoe lager

de RWA, hoe lager het kernkapitaal dat de bank moet aanhouden, dan wel hoe meer krediet een bank kan verstrekken tegenover hetzelfde kernkapitaal. De looptijd van een financiering is één van de bepalende factoren bij het bepalen van de RWA van een financiering. Door een langjarige lening te vervangen door een kortlopende financiering (in combinatie met een renteswap), reduceert de bank de exposure op de klant en kan zij lagere RWA rapporteren. Dit voordeel gaat ten koste van de klant, want deze krijgt te maken met een herfinancieringsrisico doordat hij – vaak – elk jaar opnieuw zijn financiering moet verlengen.

- c. Banken hebben vaak de ruimte genomen om de rente-opslagen te verhogen. Bij een langjarige vastrentende lening heeft zij die mogelijk niet. Daardoor is de bank in staat om haar stijgende fundingkosten tussentijds af te wentelen op de klant, dan wel simpelweg haar marge te vergroten. Veranderende fundingkosten voor de bank (na afsluiting van een financiering) zijn risico's die voor rekening en risico van de bank dienen te komen; deze worden op deze manier echter afgewenteld op de klant.

2. Renterisico management

Zowel in de advisering door banken rondom rentederivaten als door AFM wordt herhaaldelijk een cruciaal verschil tussen twee bekende rentederivaten over het hoofd gezien. Zo wordt vaak gesteld dat een klant een renteswap zou moeten sluiten om beschermd te zijn tegen de gevolgen van een rentestijging. *“Een (sterk) stijgende rentelast kan het resultaat van de klant doen verslechteren en de continuïteit van de klant bedreigen.”* In dit soort gevallen is een verzekering gewenst, die bescherming biedt op het moment dat de rente door een vooraf bepaald niveau stijgt. Het karakteristieke kenmerk van een renteswap is fixatie van de te betalen Euribor rente. Het karakteristieke kenmerk van een cap is maximalisatie van de te betalen Euribor rente. In het laatste geval kan wel van een lage c.q. dalende rente worden geprofiteerd, bij een renteswap kan dat niet.

Tot aan het moment dat de problematiek met rentederivaten bekend werd, bestond de ‘leningrente’ (rente die klant betaalt) van een variabele leningrente uit de marktrente (de rente die de bank betaalt voor aantrekken van financiering op de geldmarkt, meestal Euribor) en de opslag. Deze variabele leningrente bepaalt de financieringslasten voor de klant voor de betreffende lening. Door de financiële crisis en de angst voor stijging van de leningrente wenste een deel van de MKB-ers hun financieringslasten middels een vaste leningrente voor een langere periode te fixeren dan wel te maximaliseren.

Banken hebben klanten voorgehouden dat renteswaps flexibele producten waren die tussentijds makkelijk verhandelbaar waren. Door de tijdelijke (ongebruikelijke) inverse rentestructuur keerde het product geld uit, wat een *unique selling point* was ten opzichte van de langlopende, lening met een vaste leningrente. De klanten zijn hierbij niet of onvoldoende geweest op de consequenties van een negatieve waarde in het geval dat de rente zou gaan dalen. Als gevolg van deze verkoopargumenten hebben veel klanten rentederivaten met een voor MKB-ers ongebruikelijk lange looptijd afgesloten.

Daar waar veel klanten de behoefte hebben uitgesproken dat zij hun financieringslasten zouden willen maximaliseren, is dat product-technisch (onterecht) ingevuld met een renteswap. Bovendien zijn de looptijd en hoogte van de hoofdsom van de rentederivaten vaak niet of onvoldoende afgestemd op de klantbehoefte.

3. *Product versus gehele financieringscombinatie*

AFM gaat naar onze overtuiging teveel uit van een situatie waarin de klant een derivaat koopt. Los van het feit dat de MKB klant daartoe vrijwel nooit zelf het initiatief heeft genomen, was de behoefte van deze klant niet om een derivaat te kopen, maar om een financieringsconstructie af te sluiten met een bepaald renteprofiel. Dat heeft implicaties voor de informatievoorziening, de advisering en de rapportage over derivaten.

Bovendien is een overzicht van de gehele financieringscombinatie op grond van de wet vereist in het geval de bank zelf een rentederivaat aan de geldlening van de klant “koppelt”. De wetgever heeft als toelichting op de definitie van ‘financieel product’ in artikel 1:1 van de Wft namelijk aangegeven dat ook indien een financieel product (zoals de renteswap) wordt gecombineerd met een product (zoals krediet voor niet-consumenten) dat niet onder de definitie van financieel product van de Wft valt, op de combinatie van deze producten alle regels die voor het financiële product gelden van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor een combinatie van financiële diensten.⁴ Een tussentijds overzicht met enkel de waarde van het rentederivaat volstaat derhalve niet.

Advisering en informatievoorziening dient niet (alleen) betrekking te hebben op het rentederivaat, maar juist op de integrale combinatie inclusief de onderliggende bedrijfsfinanciering. Alleen op die manier kan een klant integraal inzicht krijgen in de werking van de combinatie en de ontwikkeling van rente en risico gedurende de looptijd.

⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 368.

4. *Professionele en niet-professionele beleggers*

In het rapport wordt veel aandacht geschonken aan de kwalificatie van klanten als professionele of niet-professionele belegger. Terecht wordt gesteld dat indeling niet uitsluitend moet plaatsvinden op basis van de omvangcriteria. Hoewel de AFM aangeeft dat de niet-professionele belegger op zijn verzoek door de bank als professioneel geclassificeerd mag worden (opt-in) indien de bank de deskundigheid, kennis en ervaring van de klant voldoende acht, vermeldt zij niet dat de wet (artikel 4:18c Wft) bepaalt dat een niet-professionele belegger pas wordt geacht over voldoende deskundigheid, kennis en ervaring te beschikken indien hij voldoet aan ten minste twee van de volgende drie criteria:

1°. tijdens de voorafgaande vier kwartalen heeft de cliënt op de desbetreffende markt per kwartaal gemiddeld tien transacties van significante omvang verricht;

2°. de omvang van de portefeuille financiële instrumenten en deposito's in geld van de niet-professionele belegger is groter dan € 500 000; of

3°. de niet-professionele belegger is gedurende ten minste een jaar werkzaam of werkzaam geweest in de financiële sector, waar hij een beroep uitoefent of heeft uitgeoefend waarbij kennis van de beoogde beleggingsdiensten, beleggingsactiviteiten of nevendiensten vereist is of was.

Aangezien het merendeel van de MKB klanten naar verwachting niet aan deze omvang- en deskundigheidscriteria zal voldoen, zullen deze ondernemers (blijven) kwalificeren als niet-professionele beleggers. Dit houdt in dat zij wettelijk niet in staat geacht worden om zelf beleggingsbeslissingen te nemen en de door hen te lopen risico's in te schatten zonder voorafgaand (tijdig) adequaat en juist geïnformeerd te worden over de (neven)dienst en het financieel instrument.

Los van deze informatieverplichtingen dient de beleggingsonderneming te bepalen of het financieel instrument en/of de dienst passend (bij execution-only) of zelfs geschikt is (bij beleggingsadvies) voor de individuele (niet)professionele belegger. Daarbij zijn inhoudelijke criteria van belang. Deskundigheid van de klant is een veelgenoemd criterium. Dat dient verder te gaan dan een toets van de deskundigheid van de specifieke ondernemer. Het is ook van belang dat de organisatie als geheel over voldoende deskundigheid beschikt (administratief/boekhoudkundig, fiscaal, risicomanagement). Bovendien dient deze deskundigheid niet alleen op het moment van toetsen aanwezig te zijn, maar moet deze voldoende verankerd zijn in de onderneming dat deze in de toekomst (in ieder geval gedurende de looptijd van het derivaat) ook aanwezig blijft.

In de praktijk blijkt dat veel banken zich op het standpunt stellen dat MKB-ers die aanzienlijke financieringen hebben en soms door de wol geverfde ondernemers zijn, dientengevolge ook verstand hebben van financiële instrumenten. Los van het feit dat dit niet strookt met de hierboven uiteengezette criteria ten aanzien van het vaststellen van de professionele deskundigheid, hadden veel MKB-ers tot aan de aankoop van het rentederivaat nog nooit van dit financieel instrument gehoord, laat staan gehandeld in dergelijke rentederivaten. De ondernemer beschouwde de bank die veelal al jarenlang zijn huisbankier was, als zijn adviseur en vertrouwde deze. Ofschoon sommige banken van oordeel zijn dat de ondernemer zich had moeten laten bijstaan door zijn adviseur(s) bij de aankoop van deze derivaten, doet dat niets af aan het uitgangspunt dat banken een maatschappelijke functie

en verantwoordelijkheid hebben en klanten adequaat, volledig en juist dienen te informeren (adviseren).

Als voorbeeld van een deskundigheidstest, stelt AFM voor om te controleren of de klant de producten begrijpt, *“door de klant in eigen woorden kenmerken en risico’s te laten herhalen.”* Wij zijn van mening dat het binnen een kort tijdsbestek herhalen van kenmerken en risico’s onvoldoende maatstaf is ter beoordeling van deskundigheid van klanten. Uit talloze praktijksituaties blijkt immers dat zowel de informatievoorziening, de advisering als ook de deskundigheid van de bankadviseur ter zake onvoldoende was. Hoewel een klant dan mogelijk het gehele verhaal kan herhalen in eigen woorden, is hij volledig afhankelijk van de informatie die hij van de bank krijgt en kan dus op geen enkele wijze zelfstandig beoordelen of deze informatie juist en volledig is.

Het merendeel van de MKB klanten zal niet aan de omvang- en deskundigheidscriteria van de Wft voldoen en dient gekwalificeerd te worden/blijven als niet-professionele beleggers.

Wanneer een klant door de bank wordt gekwalificeerd als een professionele belegger, dient de bank de klant uitgebreid te wijzen op de consequenties daarvan, bijvoorbeeld op het vlak van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de bank. Bovendien dient de bank ook aan professionele beleggers zorgvuldige diensten te verlenen en deugdelijke producten te verkopen.

Mogelijk ligt hier ook een rol voor de toezichthouder om standaard waarschuwingen voor te schrijven.

5. *Het verstrekken van informatie over de producten, de dienstverlening en het sluiten van klantovereenkomsten*

Bij aanvang van de dienstverlening dient informatie verstrekt te worden over de dienstverlening en het product. De informatievoorziening dient helder, duidelijk en begrijpelijk te zijn voor klanten. Veel van de verstrekte informatie blijkt onvolledig, erg eenzijdig en soms zelfs misleidend en onjuist te zijn.

De onjuiste kwalificering van klanten en de voor veel (zo niet alle) MKB-ers ondeugdelijke verkoop van rentederivaten dient geplaatst te worden tegen de achtergrond van de gewijzigde wetgeving in die tijd en de interne aanpassingen van banken van hun organisatiestructuur, interne procedures en werkinstructies, klantovereenkomsten en klantinformatie.

Implementatie van MiFiD vond in Nederland pas op 1 november 2007 plaats (toen waren al veel producten verkocht). De meeste banken hebben echter ook na deze datum het MKB intern niet juist ingedeeld (bediend). Zo zijn MKB-ers voor de verkoop van rentederivaten bediend alsof zij in aanmerking komende tegenpartijen waren. Wij zagen dikwijls documenten en positieoverzichten waarin ingewikkelde Engelstalige vaktermen (bedoeld voor de 'in aanmerking komende tegenpartijen') werden gebruikt die niet geschikt zijn voor het niet-professionele MKB.

De banken zijn rentederivaten vanaf 2006 tot 2009 massaal als standaardproduct in de markt gaan zetten. Het verkopen van rentederivaten vereist echter maatwerk, hetgeen in de meeste gevallen ontbrak. Wholesale leverde geen maatwerk, omdat de medewerkers handelden vanuit hun professionele OTC ervaring met "in aanmerking komende tegenpartijen" (waar klantinformatie en advies niet gebruikelijk/nodig is). De plaatselijke account manager had de kennis niet om de derivaten deugdelijk af te stemmen op de bedrijfsfinancieringen. Focus lag op cross selling en verkoop van rentederivaten. Voorgaande opvatting kan ook opgemaakt worden uit jaarverslagen van banken. Banken zijn deze producten dus aan een nieuwe (niet met de OTC handel bekend zijnde) doelgroep gaan verkopen zonder zich voldoende af te vragen of deze producten voor die doelgroep passend en/of geschikt zijn.

We zullen hieronder onze belangrijkste inhoudelijke kanttekeningen bij de informatievoorziening van de banken uiteenzetten:

De banken benadrukten in hun presentaties de flexibiliteit van de renteswap. Op het moment dat er een renteswap aan de geldlening met variabele leningrente wordt gekoppeld, is de geldlening echter niet langer flexibel. Bij aflossingen op de geldlening met variabele leningrente, die normaliter kosteloos mogelijk zijn, wordt nu ofwel door de bank de negatieve waarde van de renteswap van het afgeloste deel in rekening gebracht, ofwel betalen ondernemers de swaprente over een deel van de hoofdsom van de renteswap, terwijl het deel van de daaraan gekoppelde geldlening is afgelost. Er is geen of onvoldoende uitleg gegeven over deze gevolgen van tussentijdse beëindiging van de geldlening en/of de renteswap.

Klanten zijn niet of onvoldoende geweest op de verschillen tussen de door hen gevraagde vaste leningrente en totale combinatie rente. Rentederivaten in combinatie met leningen met variabele leningrente, werden onterecht verkocht als goedkoper alternatief voor vastrentende leningen.

Zoals hierboven al is genoemd, was de verhandelbaarheid van rentederivaten een *unique selling point*. Een derivaat dat onderhands is afgesloten met een tegenpartij kan echter niet tegen de wil van de

tegenpartij worden ontbonden, zodat in principe het contract over de gehele looptijd dient te worden aangehouden. Van verhandelbaarheid is dus geen sprake.

Enkele banken hebben in hun informatie medegedeeld dat de hoofdsommen van de rentederivaten tussentijds aangepast kunnen worden wanneer er aflossingen⁵ plaatsvinden op de leningen. In de praktijk blijkt dat niet het geval te zijn.

Veelal is er geen adequate informatie verstrekt over de negatieve waarde. In de gevallen dat wel (zijdelings) werd verwezen naar de negatieve waarde, werd onterecht gemeld dat deze negatieve waarde ook geldt bij tussentijdse beëindiging van een geldlening met vaste leningrente. Hiermee werd de indruk gewekt dat er geen verschil zou zijn in de te betalen negatieve waarde bij een vervroegde aflossing van de combinatie van een geldlening met variabele leningrente met een rentederivaat ten opzichte van de boeterente die bij geldleningen met een vaste leningrente betaald moet worden, hetgeen onjuist is. De boeterente van een geldlening met een vaste leningrente is lager dan de negatieve marktwaarde van rentederivaten.

Klanten werd niet duidelijk uitgelegd (en soms zelfs helemaal niet uitgelegd) dat zij margin moesten aanhouden in geval van een negatieve waarde ter grootte van deze negatieve waarde (dus ook indien de rentederivaten tussentijds niet afgelost/verkocht worden). Negatieve waarde van een rentederivaat en de daarmee gepaard gaande verplichte margin zijn de meest essentiële kenmerken van een rentederivaat.

Aangezien banken nog altijd niet helder kunnen uitleggen hoe zij margin voor hun klanten hebben aangehouden (en sommige banken hebben aantoonbaar wijzigingen aangebracht in hun systemen), de wijze van berekening bovendien niet altijd juist blijkt te zijn en ook de contractuele bepalingen niet altijd duidelijkheid geven, stellen we vast dat de informatievoorziening van deze rentederivaten op essentiële kenmerken (los van alle overige onjuist of onvolledige informatie) ondeugdelijk is geweest. Dit zet wederom vraagtekens bij de algemene verkoopwijze van deze producten en de deugdelijkheid van de combinatie voor het MKB.

Banken zijn bij het verstrekken van informatie over de producten, de dienstverlening en het sluiten van klantovereenkomsten op essentiële onderdelen tekortgeschoten en/of hebben op meerdere fronten onjuiste of onvolledige informatie verstrekt.

⁵ Buiten het eventuele overeengekomen aflosschema

6. *Rentederivaten zijn een niet-passend product*

Velen hadden verwacht dat de AFM zich in het vervolgonderzoek ook zou richten op de vraag of renteswaps en andere rentederivaten überhaupt wel passend zijn voor het niet-professionele MKB. Maar de AFM beantwoordt deze vraag niet.

De AFM lijkt daarmee te erkennen dat ook het niet-professionele MKB rentederivaten kan en mag afsluiten. Rentederivaten worden niet per definitie als ongeschikt voor het niet-professionele MKB aangemerkt.

Het KCR is van mening dat de AFM met betrekking tot de op grote schaal afgesloten renteswaps moet oordelen dat dit voor het MKB een niet-passend product is.

Deze conclusie baseert het KCR op de volgende gronden.

1. Het MKB is massaal rentederivaten en met name renteswaps aangegaan omdat zij dacht daarmee langdurige zekerheid te krijgen over de rentelasten. Daar waar de klant om een vaste leningrente vroeg, werd standaard in plaats daarvan een variabele combinatie rente geadviseerd. Deze combinatie past niet bij het verzoek van de klant.
2. Ook inhoudelijk bevat de veelvuldig door de banken geadviseerde combinatie van een variabele leningrente met een renteswap weeffouten waardoor deze constructie per definitie als gebrekkig te kwalificeren is. De AFM beschrijft op pagina 4 van de Aanbevelingen dat de stijgende negatieve waarde van de renteswap aanleiding kan zijn voor banken om de risico-opslag op de financieringsrente te verhogen. Dit maakt het product categorisch ongeschikt voor het MKB. De ondernemer verkrijgt door sluiten van een renteswap immers niet de door hem gevraagde langdurige zekerheid met betrekking tot de rentelasten voor zijn bedrijfsfinancieringen, maar juist meer onzekerheid. Enerzijds kan een renteswap een verhoging van de opslagen op de bedrijfsfinancieringen niet voorkomen, en anderzijds werkt de swap verhogingen van die opslagen verder in de hand als gevolg van de negatieve waarde. Kort samengevat wordt met behulp van renteswaps weliswaar de referentierente (Euribor) van de financiering gefixeerd, maar biedt deze geen enkele bescherming tegen een stijgende opslag van de variabele leningrente.
3. De banken hebben de combinatie van een variabele leningrente met een langjarige renteswap verkocht als zijnde flexibel. Met name in het MKB is flexibiliteit van bedrijfsfinancieringen van groot belang aangezien er zich altijd marktontwikkelingen voor kunnen doen, die snel handelen vergen. Een renteswap blokkeert de flexibiliteit juist volledig indien er een negatieve waarde is.

7. Execution only dienstverlening niet passend voor MKB

De AFM lijkt de mogelijkheid tot het aangaan van rentederivaten door het MKB op execution only basis open te houden, maar ze vindt dat de MKB ondernemer zich dan wel moet laten adviseren:

Tegelijkertijd kunnen rentederivaten, vanwege hun relatief lange looptijd en grote onderliggende bedragen, voor veel ondernemingen een grote financiële impact hebben. De AFM vindt dat deze categorie ondernemingen zich daarom bij dergelijke transacties zou moeten laten adviseren.⁶ (onderstreping toegevoegd)

Met andere woorden, de AFM stelt vast dat MKB-ondernemingen in het algemeen onvoldoende kennis en ervaring hebben en ook te weinig ervaring kunnen opdoen om geheel op eigen kracht, dat wil zeggen zonder adviezen van derden (dus op 'execution only basis'), rentederivaten aan te gaan. Indien de bank het advies niet verstrekt, is het de vraag wie de MKB ondernemingen dan wel zou moeten adviseren bij het aangaan van rentederivaten.

Het in te winnen advies zal moeten voldoen aan de eisen van de Wft. Dit betekent dat niet iedereen in staat is adviezen te geven op het gebied van rentederivaten. Daar is op grond van art. 2:96 Wft een vergunning voor nodig en daarnaast zal de adviseur ook inhoudelijk aan de nodige kwalificatievereisten moeten voldoen. Het is de vraag of er buiten de banken externe adviseurs te vinden zijn die aan deze vereisten voldoen.

En als de AFM het zo belangrijk vindt dat MKB-ondernemingen bij het aangaan van rentederivaten van deskundig advies worden voorzien, waarom neemt de AFM er dan geen aanbeveling over op?

Wij delen de visie van de AFM dat rentederivaten voor MKB-ondernemingen ongeschikt zijn om uitsluitend op basis van execution only aan te gaan. Nu banken zich voor het merendeel op het standpunt stellen dat er sprake is geweest van execution only dienstverlening, bestaat er des te meer reden voor een aanbeveling op dit punt. Die aanbeveling zou dan als volgt kunnen luiden:

De bank zal in alle gevallen ten minste moeten hebben vastgesteld of het product en de dienstverlening passend is voor de klant. Een execution only dienstverlening kan alleen passend zijn indien vastgesteld is dat de MKB klant door een terzake deskundige over een vergunning beschikkende externe adviseur geadviseerd wordt. Indien dat niet het geval is, mag de beleggingsonderneming geen rentederivaten met MKB ondernemingen sluiten zonder daarover zelf te adviseren.

⁶ Pagina 15 van het rapport

8. Beleggingsadvies

In de praktijk blijkt dat banken in de meeste (zo niet alle) gevallen rentederivaten hebben geadviseerd. Artikel 1:1 van de Wft bevat de definitie van adviseren. Adviseren is het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële instrumenten aan een bepaalde cliënt. Dit artikel is afkomstig uit artikel 4 lid 1, punt 4, van de MiFID richtlijn⁷ dat de definitie van beleggingsadvies bevat: 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. Artikel 52 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID⁸ bepaalt vervolgens dat voor de toepassing van de in artikel 4, lid 1, punt 4, van de MiFID richtlijn opgenomen definitie van beleggingsadvies een gepersonaliseerde aanbeveling een aanbeveling is 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.

Indien aanbevelingen betrekking hebben op een financieel instrument, omvat het begrip adviseren ook de aanbevelingen aan een (natuurlijke of rechts)persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.⁹ Hoewel banken in de praktijk ontkennen dat sprake is van advies omdat zij meerdere rentederivaten in hun advies hebben belicht, kunnen in een advies ook meerdere specifieke financiële producten worden aanbevolen.¹⁰ Advisering in de vorm van het doen van een concrete aanbeveling van een of meer financiële producten aan een cliënt vormt een eerste schakel binnen de distributieketen.

De banken gaven voor het afsluiten van de rentederivaten veelal een gepersonaliseerde presentatie over het beheersen van renterisico's middels rentederivaten. Deze presentatie werd door een treasury specialist (van Wholesale) en veelal in het bijzijn van de relatie manager gegeven en had het oogmerk dat klanten over zouden gaan tot het aanschaffen van één van de doorgaans twee (renteswaps en rentecaps) of drie (renteswaps, rentecaps of rentefloors) geadviseerde rentederivaten. Volgens de Aanbevelingen kan de situatie dat een beleggingsonderneming het rentederivaat op basis van execution only afsluit met de klant en tegelijkertijd (als kredietverschaffer) de klant adviseert over de financiering, verwarrend zijn voor de klant.

De presentaties kunnen naar onze mening niet aangemerkt worden als algemeen advies, nu het advies vaak volgde op een voorwaarde van de bank in de kredietovereenkomst om het renterisico af te

⁷ Richtlijn 2004/39/EG.

⁸ Richtlijn 2006/73/EG.

⁹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 29 708, nr.19, p. 358.

¹⁰ Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 29 708, nr.19, p. 359.

dekken met een rentederivaat en deze voorwaarde dus al op een concreet productadvies is toegespitst (zonder dat onderzocht was of het product wel passend was voor de klant).

Bij beleggingsadvies dient de beleggingsonderneming niet alleen informatie in te winnen over kennis en ervaring (zoals bij execution only) maar ook over de financiële positie, doelstellingen en risicobereidheid van de klant. In onderdeel 6 van het rapport gaat de AFM in op de zorgplicht bij adviesdienstverlening. Deze betreft de geschiktheidstoets. Het advies dat de bank geeft, dient gebaseerd te zijn op de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de klant.

In veel gevallen blijkt dat de bank geen althans onvoldoende onderzoek heeft gedaan of het rentederivaat daadwerkelijk geschikt was voor de klant. Sommige klanten die voldoende vermogend waren werden genoodzaakt om een rentederivaat af te sluiten, terwijl andere klanten die reeds een twijfelachtige financiële positie hadden toch een nieuwe geldlening met rentederivaat kregen.

De kennis en ervaring zijn al uitgebreid aan de orde gekomen. In de praktijk blijken veel ondernemers nog nooit eerder een rentederivaat afgesloten te hebben en ook niet te beschikken over de benodigde kennis, ervaring en opleiding om deze zonder deugdelijke advies af te sluiten.

Risicobereidheid werd ook niet of onvoldoende door de bank in kaart gebracht. Sommige banken maakten gebruik van een cliëntenprofiel waarbij de bank zelf de hoogte van de maximale kredietfaciliteit voor de marginverplichting (die kosteloos aan de klant werd verstrekt) voorgedrukt had opgenomen als maximale risicobereidheid. Deze kredietfaciliteiten moesten overigens gedurende de looptijd van de rentederivaten steeds verhoogd worden als gevolg van de steeds toenemende negatieve waarde (en daarmee de marginverplichting). Zonder dat klanten het door hadden waren ze aan het bijstorten voor margin (zogenaamde 'margin call').

Ook voldeed de combinatie met het rentederivaat niet aan de doelstelling van de klant, namelijk fixatie (of maximalisatie) van zijn financieringslast. Dit werd onder meer veroorzaakt door:

- Mismatches tussen de looptijd van het rentederivaat en die van de onderliggende geldleningen;
- Mismatches tussen de hoogte van de hoofdsom van het rentederivaat en (het aflosschema van) de onderliggende geldleningen;
- Een niet-passendheid vanwege de aard van de bedrijfsfinancieringen¹¹
- Niet-passendheid vanwege kennis en ervaring¹²

¹¹ Indien de onderliggende bedrijfsfinanciering naar de aard fluctueert, past dat niet bij een renteswap die deze financiering op slot zet als de Euribor daalt.

¹² Voor een ondernemer met een lagere (middelbare) opleiding is een ingewikkeld product als een rentederivaat zeer lastig te doorgronden en om die reden niet-passend.

9. *Bijzondere zorgplicht*

In de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant¹³ is expliciet vastgesteld dat op banken ook een bijzondere zorgplicht kan rusten jegens ondernemers. Op grond van die bijzondere zorgplicht rust op banken de verplichting om MKB ondernemers in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen te informeren over de aard van de geadviseerde combinatie en de daarvan deel uitmakende renteswap alsmede de daaraan verbonden risico's. Hierbij moet rekening gehouden worden met een klant die de verschaftte stukken niet zorgvuldig doorleest en/of niet goed nadenkt over de gevolgen en/of niet voldoet aan zijn onderzoeksplicht.

De AFM is in haar rapport niet ingegaan op deze bijzondere zorgplicht die in z'n algemeenheid van toepassing is op het MKB aangezien er geen enkele of zeer beperkte kennis en ervaring was met rentederivaten. Het KCR heeft geconstateerd dat de banken zich veelal beperkt hebben tot informatieverstrekking via algemene voorwaarden en standaard presentaties die vervolgens werden gepersonaliseerd voor het concrete advies. Informatie was onvolledig, eenzijdig, misleidend en veelal ook onjuist. Bovendien werd er onvoldoende informatie ingewonnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de klant, zodat het advies ook nooit daar op gebaseerd kon zijn. Voorts was het product ondeugdelijk door onvoldoende samenwerking (productontwikkeling) van verschillende afdelingen binnen de bank (Wholesale van Financial Markets die het rentederivaat feitelijk afsloot op de gebruikelijke OTC execution only-wijze) en de relatie manager op de lokale kantoren (die de geldlening verstrekten in combinatie met het rentederivaat op basis van advies). Als inherente gebreken in het product noemden wij reeds: de tussentijdse verhogingen van de renteopslagen, de – ook bij de bank – bestaande onduidelijkheid over (en voor veel klanten zelfs onbekendheid met) de marginverplichtingen, het niet-opnemen van het aflossingsschema van de geldlening in het rentederivaat en de mismatch tussen looptijd van de lening en de looptijd van het rentederivaat. Hiermee is niet voldaan aan de informatieverplichtingen die op basis van de bijzondere zorgplicht verwacht mogen worden.

De rechter heeft zulks inmiddels in meerdere uitspraken geconstateerd.¹⁴ Deze uitspraken en praktijkervaringen zouden de AFM alsnog aanleiding moeten geven om te onderzoeken in hoeverre banken bij hun dienstverlening voldaan hebben aan de bijzondere zorgplicht. Een basis daarvoor zou de in het nieuwe artikel 4:24a Wft vastgelegde algemene zorgplicht kunnen zijn.

De AFM dient verdergaand te onderzoeken in hoeverre banken in het verleden voldaan hebben aan de (bijzondere) zorgplichten. Indien geconstateerd wordt dat hier niet- of niet in voldoende mate aan voldaan is, zou dat moeten leiden tot een dwingende sturing van de AFM om probleemgevallen die als gevolg hiervan ontstaan zijn op te lossen en zo nodig te compenseren.

¹³ Rechtbank Oost-Brabant, 26 maart 2010 ECLI RBOBR:2014:1415

¹⁴ Onder andere rechtbank Amsterdam 26 november 2013, ECLI RBAMS 2013:6867 en rechtbank Oost-Brabant, 26 maart 2010 ECLI RBOBR:2014:1415

10. De eigen verantwoordelijkheid van de klant

Op twee punten onderstreept de AFM de eigen verantwoordelijkheid van de klant.¹⁵ In beide gevallen willen wij een kanttekening plaatsen.

In de eerste plaats heeft de klant in de visie van de AFM een eigen verantwoordelijkheid bij het bepalen van vraag of hij bescherming nodig heeft tegen renterisico's en, zo ja, voor hoe lang en voor welk bedrag. De AFM miskent hierbij echter dat in de praktijk de bank vaak sinds jaar en dag de huisbankier was en dat MKB-ondernemers voor onder meer dit soort vragen volledig afhankelijk zijn van de informatie en adviezen van hun bank. Banken positioneren zich al vele jaren als de vraagbaak op financieel gebied voor hun klanten en zijn in die missie zo goed geslaagd dat MKB-ondernemingen doorgaans een blind vertrouwen hebben in hun bank. Als de bank zegt dat de marktrente momenteel 'historisch laag' is en het verstandig is dat de klant zijn risico voor een rentestijging afdekt, dan is het begrijpelijk dat klanten daarop afgaan en voor het gehele bedrag van de lening een renteswap afsluiten.

Bij het aangaan van rentederivaten handelde de bank naar eigen zeggen echter niet als adviseur, maar als execution only dienstverlener. Banken verzuimden aan hun klanten voldoende duidelijk te maken wat de verschillen waren tussen die petten en gaven ook niet voldoende duidelijk aan wanneer ze welke pet op hadden.

Deze verwarring omtrent de rol van de banken is de AFM niet ontgaan. Des te opmerkelijker dat de AFM daaruit niet de conclusie trekt dat als direct gevolg van die rolverwarring de door de AFM bedoelde eigen verantwoordelijkheid van de klant niet tot zijn recht kan komen.

Wij kunnen de hier bedoelde eigen verantwoordelijkheid van de klant alleen onderschrijven in gevallen waarin de bank volstrekt duidelijk is geweest over haar rol en daarover geen enkel misverstand kan zijn ontstaan.

In de tweede plaats behoort het in de visie van de AFM tot de eigen verantwoordelijkheid van de klant om de bank te informeren over een eventuele tussentijdse gehele of gedeeltelijke aflossing van de onderliggende financiering. Hij moet dan zelf aan de bank vragen welke consequenties dat mogelijk heeft voor het derivaat. Naar onze mening kan ook deze eigen verantwoordelijkheid alleen maar tot zijn recht komen als de banken zelf voldoende informatie hebben verschaft. In de praktijk blijkt dat klanten doorgaans helemaal niet weten dat de financiering bestaat uit twee afzonderlijke onderdelen, te weten een lening met variabele leningrente en daarnaast een rentederivaat. Gelet op de totstandkoming van de financiering en de uitleg die banken hebben gegeven is het volledig te begrijpen dat klanten ervan uitgaan dat als zij aan de bank te kennen geven hun lening geheel of gedeeltelijk af te lossen, de bank zelf wel meldt of dat ook nog andere consequenties heeft.

¹⁵ Zie pagina 15 van de Aanbevelingen

11. EMIR

Na het faillissement van Lehman Brothers in 2008 heeft de Europese Unie EMIR wetgeving gemaakt om een herhaling te voorkomen van de financiële crisis. Het doel van deze wetgeving is om de markt transparanter en veiliger te maken. EMIR wetgeving heeft rechtstreekse werking en houdt een aantal verplichtingen in waar partijen bij OTC derivaten, zoals rentederivaten aan moeten voldoen. Het betreft onder andere kwalificatieverplichtingen, rapportageverplichtingen en portefeuille-reconciliatieverplichtingen. De wetgeving is zo ruim opgesteld dat ook MKB ondernemers die doorgaans rentederivatencontracten van een beperkte omvang zijn aangegaan, aan deze verplichtingen moeten voldoen.

Nu laat de wetgeving de ruimte dat de bank de verplichtingen ten behoeve van de wederpartij nakomt. Banken zijn echter alleen bereid om deze diensten te verlenen, indien de klant aanvullende contracten en algemene voorwaarden tekent. In die aanvullende contracten en voorwaarden, zijn vrijwaringen en kostenvergoedingen opgenomen. Indien de klant de contracten en voorwaarden niet tekent, staat hij er alleen voor. Veel banken hebben in hun aanvullende voorwaarden (EMIR-voorwaarden) bepalingen opgenomen, die verder strekken dan wat de Europese EMIR-wetgeving van marktpartijen vraagt. Veel van deze overbodige voorwaarden zijn eenzijdig in het belang van de bank geschreven.

Met een beroep op de zorgplicht is deze problematiek in februari van dit jaar zowel bij minister Dijsselbloem als bij de AFM onder de aandacht gebracht. De Minister heeft hierop bij brief van 31 januari 2014 gereageerd.¹⁶ Alhoewel hij van mening was dat klanten met vragen over EMIR bij hun bank terecht zouden moeten kunnen, zag de Minister geen aanleiding om maatregelen te nemen. De AFM heeft aangegeven de problematiek te onderkennen en de handelwijze van de banken nauwlettend in de gaten te houden.

Alhoewel deze problematiek nauw verband houdt met de rentederivatenproblematiek in z'n algemeenheid, heeft de AFM de wijze waarop banken EMIR wetgeving implementeren, op geen enkele wijze meegenomen in haar vervolgonderzoek. Dat terwijl dit toch voor de hand lag omdat ook hier de gevolgen voor MKB ondernemers groot kunnen zijn. Indien zij niet de voorwaarden van de bank accepteren, voldoen ze namelijk niet aan de EMIR wetgeving en staan ze bloot aan handhavingsmaatregelen van de AFM. Het kan toch niet zo zijn dat banken, die de rentederivaten eerst op grote schaal aan onwetende ondernemers verkocht hebben en daar het nodige aan verdiend hebben, nu weigeren om ten behoeve van die klanten aan gewijzigde wettelijke verplichtingen te voldoen.

Het KCR verzoekt de AFM dan ook dringend om hierin alsnog haar verantwoordelijkheid te nemen en banken - zo nodig dwingend - te verzoeken om mede in het kader van de zorgplicht, kosteloos en zonder vrijwaring en andere niet-evenwichtige bepalingen ervoor zorg te dragen dat MKB ondernemers alsnog voldoen aan EMIR wetgeving. Er dienen algemene neutrale voorwaarden te komen waarin dit vastgelegd wordt. Deze voorwaarden zouden in NVB verband opgesteld kunnen worden, naar analogie van het Deutsche Bankenverband.

¹⁶ Kamerstukken II, 33750 IX, nr. 14

Informatie over het KCR

Het KCR is een initiatief van drie advocaten en twee financieel specialisten. Zij hebben met elkaar en met andere advocaten en specialisten afgelopen twee jaar veelvuldig contact gehad om de rentederivatenproblematiek met elkaar te bespreken en te analyseren. Aangezien zij ieder voor zich concludeerden dat een groot deel van de MKB-ers met serieuze problemen ter zake van deze rentederivaten kampt, maar uit angst voor het kwijtraken van hun geldlening of vanwege het gebrek aan middelen om extern (juridisch) advies in te winnen geen actie onderneemt, hebben zij het idee opgevat om gezamenlijk deze doelgroep te ondersteunen met een rapport dat hun kennis van- en ervaring met de producten van de afgelopen jaren bevat.

Het KCR heeft geen rechtspersoonlijkheid maar is slechts een benaming om het rapport onder een duidelijke en herkenbare noemer aan de AFM, de minister van Financiën, de politiek, belangenorganisaties en de banken te presenteren.

Het KCR heeft het rapport belangeloos opgesteld om de MKB-ers te ondersteunen, zodat zij op basis van dit rapport, al dan niet met hun eigen adviseur, hun eigen positie eenvoudiger kunnen bepalen. Bovendien hoopt het KCR dat het rapport een prikkel voor banken zal zijn om bestaande problemen met MKB-ers adequaat op te lossen.

Tevens nodigen wij, zoals wij reeds in het begin van het rapport hebben gemeld, de AFM, de minister van Financiën, de politiek, belangenorganisaties en de banken uit om op basis van deze reactie nader in gesprek te gaan met KCR om het bestaande maatschappelijke probleem met deze rentederivaten adequaat op te lossen.

De auteurs van dit rapport zijn:

Hester Bais (BAIS Legal)

Chantal van den Borne (2BW Advocaten)

Patrick van Gerwen (Cadension)

Rik Harmsen (Immix Advocaten)

Frank Wijn (Wijn Bancair Advies)

Disclaimer:

De informatie in dit rapport is van informatieve aard en kan niet worden beschouwd als een (juridisch) advies in welke vorm dan ook. Hoewel deze informatie met de grootst mogelijke zorg is samengesteld verstrekt het KCR geen garanties met betrekking tot de juistheid en volledigheid van de informatie. Evenmin garanderen wij dat het gebruik van de informatie leidt tot de juiste resultaten of dat de informatie geschikt is voor specifieke doeleinden. Ieder gebruik van deze informatie is volledig voor uw eigen risico. Het is niet toegestaan zonder voorafgaande toestemming van de auteurs auteursrechtelijk beschermde werken of andere informatie uit dit rapport openbaar te maken of te verveelvuldigen. De auteurs aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor eventuele onjuistheden of onvolledigheden in dit rapport.