

# Persbericht

**Aan: alle financiële redacties**

**Woensdag 19 november 2015**

## KENNISCENTRUM RENTEDERIVATEN

### *Herbeoordeling rentederivaten blijkt blamage*

#### **Herbeoordeling rentederivaten schreeuwt om ingrijpen door AFM: strakke richtlijnen voor algehele compensatie**

In de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer d.d. 1 september 2014, geeft Dijsselbloem de stand van zaken weer met betrekking tot de herbeoordeling van rentederivaten in het MKB. Nu de door de minister met de banken afgesproken termijn van herbeoordeling zijn einde nadert (eind 2015), kan worden vastgesteld dat een groot en cruciaal deel van de eisen van de minister niet is nagekomen door de banken. Alle herbeoordelingen blijken per definitie onvolledig te zijn.

Ook de AFM constateert dat er sprake is geweest van niet eerlijke en onprofessionele dienstverlening bij de advisering en verkoop van rentederivaten aan het MKB.

Volgens het KCR noodzaakt dit tot snel en vergaand ingrijpen door AFM en zal zij een concrete algehele compensatieregeling moeten aangeven. Als dat niet gebeurt, dan voorziet het KCR dat er een stortvloed aan rechtszaken komt. In deze algehele compensatieregeling dienen *tenminste* de volgende punten zeer concreet te worden uitgewerkt:

- a. Gestandaardiseerde manier voor het vaststellen en vergoeden van overhedges;
- b. Gestandaardiseerde manier voor het vaststellen en vergoeden van mismatches;
- c. Het terugdraaien van verhogingen van renteopslagen;
- d. Alle exotische derivaten worden teruggedraaid;
- e. Bepaling van alternatieve afdekkingsmogelijkheden op basis van informatie die destijds beschikbaar was.

#### **Timing**

In de genoemde brief stelt Dijsselbloem dat de banken verwachten eind 2014 “*vrijwel alle uitstaande contracten te hebben beoordeeld.*” Begin 2015 bleek dat de banken dit niet hebben waar gemaakt en is de deadline verlengd naar eind 2015. Op basis van de voortgang in lopende dossiers is het KCR er van overtuigd dat banken ook deze deadline niet zullen realiseren.

Bovendien werd aangegeven dat banken voorrang zouden geven aan de meest kwetsbare groepen, zoals klanten met een overhedge, klanten die bij bijzonder beheer zitten en klanten die een complex rentederivaat hebben afgesloten. Ook die dossiers waren eind 2014 niet afgerond en die deadline is vervolgens uitgesteld tot juni 2015. Inmiddels blijkt dat ook die deadline niet voor alle klanten uit de

kwetsbare groep is nagekomen. Zo zijn er op dit moment nog steeds klanten die bij bijzonder beheer zitten én een complex derivaat hebben, die nog niets van hun bank hebben gehoord over een herbeoordeling, zelfs niet een aankondiging daarvan.

### **Goed advies?**

De kern van de herbeoordeling is dat banken moeten herbeoordelen of zij destijds een passend advies hebben gegeven aan de klant. Een passend advies houdt in dat de adviseur een compleet inzicht heeft in de klantsituatie en doelstellingen van de klant. Dit vergt informatie over onder meer zijn inkomen en vermogenspositie en het risico dat hij kan dragen en wil lopen. Het merendeel van de klanten heeft een doelstelling. Deze doelstelling dient bij beleggingsdienstverlening centraal te staan.

Uitgangspunt van de AFM ten aanzien van de herbeoordelingen is dan ook het advies dat zou zijn gegeven indien de klant de juiste dienstverlening had gehad. *“Dat wil zeggen dat de klant wist waarvoor hij tekende, de risico’s kon inschatten en op de gewenste manier zijn renterisico kon beheersen.”*

Uit onze dagelijkse praktijk blijkt dat hiervan in de door de bank uitgevoerde herbeoordelingen op geen enkele manier sprake is. Ten eerste kan de bank in het algemeen niet aantonen waarop het advies destijds is gebaseerd. Enige onderbouwing is in klantdossiers niet te vinden over de vaststelling van het renterisico van de klant. De bank had tenminste moeten vaststellen wat de omvang, looptijd en het karakter van het renterisico was. De enige ‘onderbouwing’ die wij in adviezen van de bank terugzien, is de door de bank verwachte stijging van de korte rente. Die verwachte marktgebeurtenis geeft echter geen omschrijving van het specifieke renterisico voor een klant. Bij de huidige herbeoordelingen wordt dit aspect volledig buiten beschouwing gelaten. Zo zien we in herbeoordelingen staan: *“Ons uitgangspunt is dat u uw renterisico wenst te hedgen.”* Dat is een algemene aanname die niet onderbouwd kan worden. Bovendien zegt dat niets over omvang, looptijd en karakter van het renterisico.

Daarnaast wist de klant veelal niet waarvoor hij precies tekende, in verband met de gebrekkige informatievoorziening door de bank. Het KCR noemt in dit kader onder andere de volstrekt tekortschietende informatieverstrekking ten aanzien van de derivatenlimieten die de banken ten behoeve van marginverplichtingen aanhielden en de daaraan verbonden (financiële) risico’s. Ook was de dubbelrol van banken die enerzijds als adviseur optraden en beleggingsdiensten verleenden en anderzijds de derivaten voor eigen rekening afsloten, in strijd met de wettelijke verplichtingen die daarvoor gelden, onvoldoende duidelijk bij de klant. Als gevolg van de tekortschietende informatievoorziening kon de klant de risico’s ook niet goed inschatten. Ook omdat in veel gevallen geen alternatieve productoplossingen zijn gepresenteerd en de door de bank geadviseerde combinatie variabele rentelening/renteswap niet werd vergeleken met een lening met een vaste rente, had de klant geen vergelijkingsmateriaal en kon hij geen weloverwogen keuze maken om bepaalde risico’s wel of niet te accepteren in de geadviseerde oplossing.

Wij stellen vast dat de herbeoordelingen door de banken op geen enkele manier een herbeoordeling van het destijds verstrekte advies bevat. De bank beoordeelt alleen of het rentederivaat technisch aansluit bij de verstrekte financiering. Geen enkele bank is bereid om het gesprek aan te gaan met haar klanten over de kwaliteit van het destijds verstrekte advies. Deze vragen worden door banken veelal afgedaan met algemene opmerkingen als 'achteraf redeneren' en 'met de kennis van nu'. Omdat banken structureel dit cruciale aspect niet meenemen, zijn alle herbeoordelingen per definitie onvolledig.

Leden van het KCR hebben AFM hierover gedurende lange tijd geïnformeerd met talloze concrete praktijksituaties. Aangezien deze tekortkoming in de herbeoordeling verstrekkende gevolgen heeft voor de klanten, hebben wij AFM meermalen nadrukkelijk gevraagd om hierop in te grijpen.

### **Reproduceerbaarheid**

Ook bij het aanbieden van oplossingen schieten banken fors tekort. AFM heeft aangegeven dat een aantal principes moet gelden voor de oplossingen die banken aanbieden aan klanten als gevolg van de herbeoordeling. Zo schrijft AFM voor dat bij het vinden van een oplossing moet meewegen of de bank kan reproduceren of zij de klant adequaat heeft geïnformeerd en geadviseerd, maar ook of dat allemaal goed is vastgelegd.

Uit talloze individuele gevallen uit onze praktijk blijkt dat de bank niet of zeer beperkt heeft vastgelegd hoe het advies tot stand is gekomen. Daarnaast beperkte de informatievoorziening zich vaak tot standaard productbrochures, waarvan al eerder is vastgesteld dat deze onvolledig waren over belangrijke risico's. Banken verbinden daar geen conclusies aan ten aanzien van de herbeoordeling. Sterker nog, in individuele gesprekken met klanten wordt gezegd dat destijds in adviesgesprekken standaard bepaalde risico's en productalternatieven werden besproken met de klant. Dit is in volstrekte tegenspraak met de beleving van klanten en banken kunnen dit op geen enkele wijze aantonen. Met de recente boete van € 2,0 miljoen van AFM aan ABN Amro vanwege het niet op orde hebben van klantdossiers inzake rentederivaten, is het schrijnend dat banken zich op deze manier opstellen naar hun klanten.

### **Alternatieve oplossingen**

Een ander cruciaal aspect waarop de herbeoordelingen tekortschieten, vloeit voort uit het feit dat de banken niet bereid zijn om de kwaliteit van het advies te herbeoordelen.

Banken vergelijken de constructie nu met een middellange rentevast lening, terwijl de constructie in veel gevallen helemaal niet rentevast was en de looptijd vaak (zeer) lang is. De klant is voorgespiegeld dat het een flexibel product was dat eenvoudig verhandelbaar zou zijn. Veelal is zelfs voorgehouden dat er tussentijds extra afgelost kon worden als gevolg van de combinatie met de variabele lening, zonder op de gevolgen van een negatieve waarde te wijzen. In de praktijk blijken klanten dan ook vaak een langere looptijd en/of hogere hoofdsom te hebben dan zij zouden hebben gekozen als zij hadden geweten dat het product helemaal niet flexibel is (namelijk een semi-vaste langlopende lening zonder mogelijkheid van tussentijds aflossen, waarvan de rente onbeperkt kan worden verhoogd en de klant geen mogelijkheid heeft om bij een dergelijke verhoging kosteloos af te lossen).

In de door de banken geboden oplossingen bij de herbeoordelingen, blijken de banken dan ook alleen bereid te zijn om een vergelijking te maken tussen de geadviseerde renteswap en een conventionele lening met een vaste rente. Terwijl andere producten in veel gevallen veel meer voor de hand liggen. Een vergelijking met een product, waarbij de klant kan blijven profiteren van de variabele rente en waarbij hij verzekerd is tegen een rentestijging boven een bepaald niveau, wordt door alle banken structureel geweigerd. Terwijl dit product, een zogenaamde Cap, bij uitstek doet waar veel ondernemers naar op zoek waren: een brandverzekering voor het geval de rente té hoog wordt. Het standaard verweer van de banken hierin is, dat de Cap destijds standaard werd meegenomen in het advies, maar dat klanten niet kozen voor dat product omdat voor die Cap een relatief hoge premie moest worden betaald. De renteswap daarentegen, zou gratis zijn. Niets is echter minder waar; ook in de renteswap zit een (soms grote) marge voor de bank, waardoor de renteswap al op het moment van afsluiten direct een negatieve waarde heeft. Uit de adviezen die de banken destijds aan de klanten gegeven hebben, blijkt dat er in sommige gevallen summier een Cap is genoemd, doch dat direct daarop door de bank in het betreffende advies is vermeld dat een renteswap een veel geschikter product zou zijn. Bij het op een rij zetten van de kenmerken van de beide producten zijn in het advies bij de renteswap alleen de positieve kenmerken vermeld en bij de Cap alleen negatieve punten. De banken zijn dus zeer sturend te werk gegaan in de advisering.

In veruit de meeste gevallen kan de bank niet aantonen:

- a. Dat een Cap als alternatieve oplossing is gepresenteerd;
- b. Dat de kosten van een Cap zijn vergeleken met de (verborgen) kosten van een renteswap;
- c. Dat een correcte en volledige vergelijking van de voordelen, nadelen en risico's van beide producten aan de klant is gepresenteerd.

Het is zelfs beleid bij banken om bij de herbeoordelingen géén vergelijkingen te maken met een Cap. Inhoudelijke discussie daarover is de bank niet bereid te voeren. Het feit dat banken collectief dit alternatief blokkeren, geeft aan dat banken niet bereid zijn om een oprechte herbeoordeling uit te voeren. Klanten zijn hiervan de dupe en worden onvoldoende gecompenseerd door de banken.

## **Recente jurisprudentie**

Met name op het punt van de tussentijdse verhogingen van de opslagen en de marginverplichtingen zijn er (recentelijk) belangwekkende uitspraken geweest die naar het oordeel van het KCR voldoende grond bieden voor een algehele afwikkeling in alle renteswap dossiers.

### *Marginverplichtingen*

De rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak van 8 mei 2013 over het Afgesproken Bedrag geconstateerd dat van de Rabobank als professionele en op dit gebied bij uitstek deskundige dienstverlener mocht worden verwacht dat zij de klant persoonlijk en indringend in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen over de werking en risico's van dit toch zeer wezenlijke onderdeel van het renteswapcontract informeerde en dat de bank de klant waarschuwde voor de consequenties van overschrijding van het Afgesproken Bedrag. Dit geldt temeer omdat niet-professionele klanten ook beschermd moeten worden tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht en kunde, aldus de rechtbank Rotterdam. De rechtbank stelde vervolgens vast dat in de informatie die de Rabobank ter beschikking heeft gesteld in het geheel geen melding wordt gemaakt van hetgeen er precies onder het 'Afgesproken Bedrag' verstaan moet worden, hoe de waarde van dit bedrag wordt

bepaald, wanneer het afgesproken bedrag wordt overschreden en wat de consequenties zijn van overschrijding. Dit is volgens de rechtbank Rotterdam (behoudens tegenbewijs door de Rabobank) grond voor een beroep op dwaling.<sup>1</sup>

Het Gerechtshof Amsterdam heeft in een arrest van 15 september 2015<sup>2</sup> eveneens geoordeeld dat de bank, de ING in dit geval, de klant onvoldoende had voorgelicht over de margin- en bijstortverplichtingen die er zouden kunnen zijn in geval van een negatieve waarde van een renteswap. Het hof stelde vast dat de bank tekort is geschoten in de wettelijk verankerde informatieplicht ex artikel 58c lid 1 en 2 onder c en d Bgfo waaruit volgt dat de bank voorafgaand aan het aanbieden van een renteswap aan een niet-professionele belegger een algemene beschrijving van de aard en risico's van renteswaps moet geven die gedetailleerd genoeg is om hem in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen. De beschrijving van de risico's omvat mede het feit dat de klant met een renteswap extra financiële en andere verplichtingen, waaronder voorwaardelijke verplichtingen zou kunnen aangaan en eventueel marge- of soortgelijke verplichtingen die van toepassing zijn op renteswaps. Het hof constateert in deze uitspraak dat de ING documentatie onvoldoende informatie bevat over deze risico's. Er wordt volgens het hof enkel in algemene termen gesproken over zekerheden en margin gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult. Het hof haalt tevens aan dat de overgang naar de nieuwe financier is bemoeilijkt omdat er extra zekerheden en onderpanden moesten worden verstrekt. Het had op de weg van de bank gelegen om de klant bij het aangaan van de renteswap op die complicaties als gevolg van de daling van het 3-maands Euribor-tarief te wijzen, aldus het hof. Dat had des te meer voor de hand gelegen, omdat ING in het door haar verstrekte informatiemateriaal de nadruk op het flexibele karakter van de renteswap heeft gelegd. Voor het hof was het voorgaande voldoende grond om het beroep op dwaling toe te wijzen.

Het KCR heeft geconstateerd dat het element van de marginverplichtingen in alle dossiers die aan de leden zijn voorgelegd, niet- of onvoldoende in de informatieverstrekking naar voren is gekomen. Indien klanten over de precieze inhoud ervan en over de (financiële) risico's die deze verplichtingen kunnen inhouden, dan waren ze de renteswap niet aangegaan. Immers, de klant ging feitelijk een extra krediet aan dat medebepalend was voor het risicoprofiel. Het causaal verband is dus gegeven. Tot dusver wordt dit wezenlijke kenmerk dat alleen aan een renteswap verbonden is en niet bijvoorbeeld aan een Cap of een lening met een vaste rente, volstrekt onbesproken gelaten in de herbeoordelingen. Dat zal moeten veranderen en het KCR doet een dringende aanbeveling aan de AFM om sturing te geven aan een algehele compensatieregeling die hierop ziet.

---

<sup>1</sup> Rechtbank Rotterdam d.d. 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935

<sup>2</sup> Gerechtshof Amsterdam d.d. 15 september 2015. ECLI:NL:GHAMS:2015:3842

### *Tussentijdse verhogingen opslagen*

In drie uitspraken van 17 juni<sup>3</sup>, 8 juli 2015<sup>4</sup> en 4 november 2015<sup>5</sup> heeft de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat de bank niet gerechtigd is om de opslagen op de bedrijfslening tussentijds te verhogen indien de bank de combinatie van bedrijfsleningen met een variabele rente en een renteswap aan de klant geadviseerd heeft. De bank diende als gevolg van die uitspraken de tussentijdse verhogingen van de opslagen terug te betalen aan de klant. Het KCR merkt dat banken in andere dossiers enigszins bereid zijn om te compenseren, doch dat het veelal een gedeeltelijke terugbetaling van de opslagen betreft en de klant er (via de adviseur of advocaat) wel om moet vragen. Het KCR doet een dringende aanbeveling aan de AFM om sturing te geven aan een algehele compensatie van tussentijdse verhogingen van de opslagen, daar waar er sprake is van de geadviseerde combinatie renteswap met bedrijfsleningen met een variabele rente. Dit zonder dat de klant er om hoeft te vragen. De grondslag voor de onterechte tussentijdse verhogingen, is immers in al die gevallen gelijk. Er is een combinatie van producten (complex product) verkocht als alternatief voor een lening met een vaste rente. Daar passen geen tussentijdse verhogingen van de opslagen bij.

De verhoging van de opslag (c.q. liquiditeitspremie) was voor het Gerechtshof Amsterdam<sup>6</sup> reden om dwaling van de renteswap te honoreren. De bank had in de productbeschrijving en andere informatie zonder voorbehoud aangegeven dat de klant gedurende de looptijd van de financiering verzekerd is van rentelasten die vooraf exact bekend zijn. Dat bleek niet juist omdat de renteswap geen bescherming bood tegen een verhoging van de opslag. Het gerechtshof heeft beslist dat de bank aan de klant het verschil tussen vaste rente en de variabele rente moet terugbetalen, maar dat de klant aan de bank een vergoeding moet voldoen voor het door de bank overgenomen renterisico, waarbij het gerechtshof verwijst naar zijn uitspraak van 15 september 2015.

In deze uitspraak was de renteswap mede afgesloten in verband met een lening van een andere bank. Uit de uitspraak volgt dat het voor het beroep op dwaling niet uitmaakt of de opslag wordt verhoogd door de bank waarmee ook de renteswap is afgesloten of (mede) door de andere bank.

---

<sup>3</sup> Rechtbank Amsterdam, d.d. 17 juni 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:3906

<sup>4</sup> Rechtbank Amsterdam d.d. 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4289

<sup>5</sup> Rechtbank Amsterdam d.d. 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586

<sup>6</sup> Gerechtshof Amsterdam d.d. 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647

### ***Over Kenniscentrum Rentederivaten***

Het KCR is in maart 2014 opgericht door advocaten en financieel experts die vanuit hun eigen dagelijkse praktijk veel kennis en ervaring hebben met de rentederivatenproblematiek. De binnen het KCR gebundelde kennis en ervaring wordt gedeeld met alle belanghebbenden bij de betreffende problematiek. Dit omdat naar onze mening die kennis met name aan de zijde van de afnemers van rentederivaten vaak onvoldoende aanwezig is. Daardoor worden problemen met rentederivaten verkeerd begrepen en worden gedupeerden niet optimaal geholpen.

Het KCR heeft haar kennis op vrijwillige basis en geheel belangeloos in haar publicaties ter beschikking gesteld waarbij beoogd wordt te komen tot een adequate oplossing voor de problemen die MKB ondernemers ondervinden als gevolg van rentederivaten. Het KCR is een 'tijdelijk' samenwerkingsverband dat bereid is om als klankbord en/of gesprekspartner te fungeren voor toezichthouders, banken, belangenorganisaties en politiek. Hierbij staat belangenbehartiging van MKB ondernemers voorop. En indien marktontwikkelingen daar aanleiding toe geven, zal het KCR (wederom) een inhoudelijke visie geven.

Het KCR is geen belangenbehartiger voor individuele gedupeerden en is ook geen stichting die namens leden een massa-claim aanspant. Zij kan en zal niet reageren op individuele gevallen. Zij doet aanbevelingen aan banken, toezichthouders en politiek. Het is aan hen om dat adequaat op te pakken.

Met deze kennisdeling heeft het KCR ten doel: betere ondersteuning van MKB'ers bij de oplossing van hun problemen met rentederivaten.

*Kenniscentrum Rentederivaten is een samenwerking van:*

BAIS Legal: Hester Bais (advocaat) [hester.bais@baislegal.nl](mailto:hester.bais@baislegal.nl)

Dirkzwager Advocaten: Chantal van den Borne (advocaat) [borne@dirkzwager.nl](mailto:borne@dirkzwager.nl)

Cadension: Patrick van Gerwen (financieel specialist) [patrickvangerwen@cadension.com](mailto:patrickvangerwen@cadension.com)

Immix Advocaten: Rik Harmsen (advocaat) [harmsen@immix.nl](mailto:harmsen@immix.nl)

Wijn Bancair Advies: Frank Wijn (financieel specialist) [info@wijnba.nl](mailto:info@wijnba.nl)