

De rentederivatenproblematiek; het equivalent van de woekerpolissen maar dan voor banken?

Ruud van der Mast en Björn Schuitemaker



Zoals de woekerpolissen een omstreden dossier voor verzekeraars in de particuliere dienstverlening vormen, zijn de rentederivaten een omstreden dossier voor banken in de zakelijke dienstverlening. In beide dossiers worden marktpartijen aangesproken op hun zorgplicht en hoe ze deze in het verleden hebben ingevuld. Daarnaast is met beide dossiers (in potentie) miljarden gemoeid. In deze bijdrage wordt de zorgplicht besproken die banken hebben bij het aanbieden van rentederivaten aan het midden- en kleinbedrijf (mkb). Daarvoor wordt achtereenvolgend ingaan op de probleemschets, het compliancekader en de oplossingsrichting van de rentederivatenproblematiek.

De probleemschets van de rentederivaten

Tot 2007 was de keuze voor bedrijfsfinancieringen (hoofdzakelijk) beperkt tussen leningen met een vaste rente en leningen met een variabele rente. Sinds 2007 wordt echter ook een tussenvorm aangeboden en wordt ondernemingen, in voorkomende gevallen, geadviseerd om een financiering met een variabele rente af te sluiten en het renterisico af te dekken middels een rentederivaat.¹ In de basis is het rentederivaat een geschikt product voor ondernemers

die risico's willen afdekken. Ook op de dag van vandaag kan dit product in een behoefte voorzien, mits de afnemer volledig bekend is met de voordelen, nadelen en risico's van het derivaat. Hierbij dient de aanbieder/adviseur ook rekening te houden met het feit dat veel ondernemers te weinig kennis en ervaring met dergelijke producten hebben om dit goed in te kunnen schatten. Kunnen zij door deze achterstand nog wel als een professionele tegenpartij worden zien? De AFM is anno 2016 in ieder geval van mening van niet.

¹ Rentederivaten is een verzamelbegrip voor derivaten die hun waarde ontleen aan de ontwikkelingen van een bepaalde rentemaatstaf zoals Euribor, waaronder rentecaps, renteswaps, rentecollars en combinaties daarvan.

Eind 2013 heeft de AFM naar aanleiding van signalen en klachten verkennend onderzoek² uitgevoerd op het rentederivatendossier. In het rapport concludeerde de AFM dat: de aard van de dienstverlening onduidelijk is (execution only versus advies), de informatievoorziening over de negatieve scenario's en de renteopslag tekort schiet, de dossiervorming matig is en de cliënten onvoldoende worden geïnformeerd over hun classificatie (professionele versus niet-professionele belegger). Hierop volgend heeft de AFM begin 2014 de leidraad 'Aanbevelingen rentederivatendienstverlening'³ gepubliceerd en medio 2014 alle banken opgeroepen om de rentederivatencontracten opnieuw te beoordelen aan de hand van de bestaande wettelijke normen. De oproep om bestaande overeenkomsten te beoordelen aan de hand van huidige normen (en niet de normen waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen of de dienst is verleend) is op zich opvallend. Echter, in de huidige tijdsgeest met Product review en een algemene zorgplicht past dit wel in de verwachting dat marktpartijen blijvend verantwoordelijkheid nemen voor hun producten en dienstverlening.

Marktpartijen zijn vervolgens aan de slag gegaan met de herbeoordeling van de rentederivatendossiers. In een vervolgonderzoek⁴ van begin 2015 concludeert de AFM dat de kwaliteit van de herbeoordeling grosso modo voldoende is maar het tempo van de herbeoordeling vertraagd is doordat banken kwalitatieve verbeteringen hebben doorgevoerd. Echter, eind 2015 concludeert de AFM in een brief aan de minister alsnog dat het voorgestelde toetsingskader (voornoemde leidraad) onvoldoende in het belang van de klant werd geïnterpreteerd en de controle van de AFM op de toepassing onvoldoende streng en consistent is geweest.⁵ Dit betekent dat de rentederivatencontracten wederom opnieuw beoordeeld moeten worden om te voorkomen

dat mkb-ondernemingen ten onrechte onvoldoende worden gecompenseerd voor de geleden schade of niet in aanmerking komen voor een beter passend product.

Voor een indicatie van de omvang van dit dossier kan slechts een beroep worden gedaan op een uitvraag⁶ van de AFM in 2014. Uit deze uitvraag bleek dat circa zeventien duizend rentederivatencontracten zijn afgesloten met mkb-ondernemingen. De totaal afgedekte financiering hiervan bedroeg € 26 miljard. Hiervan staat voor een tegenwaarde van € 2,7 miljard onder water.⁷ Hierbij verdient vermelding dat een negatieve waarde niet per definitie problematisch is, daar de waarde van een derivaat tegen het verstrijken van de looptijd op nul koerst. Een negatieve waarde kan echter wel problematisch worden wanneer het derivaat bijvoorbeeld voortijdig wordt beëindigd of een grotere hoofdsom kent dan de bijbehorende financiering. Dit, omdat de negatieve waarde in dergelijk gevallen aan de bank moet worden vergoed.

Het compliancekader van de rentederivatenproblematiek

Bij het afsluiten van rentederivatencontracten behoren banken aan de verplichtingen voor beleggingsondernemingen⁸ te voldoen die voortvloeien uit de Europese MiFID-richtlijn. Deze verplichtingen zijn in deel 4 van de Wft geïmplementeerd en nader uitgewerkt in het Bgfo. In de wetgeving wordt een onderscheid gemaakt tussen beleggingsdiensten waarbij de cliënt volledig zelfstandig beleggingsbeslissingen neemt (execution only) en beleggingsdiensten waarbij de consument over beleggingsbeslissingen wordt geadviseerd (advies).

De hoofdregel bij execution only is dat beleggingsondernemingen behoren te beoordelen of dit type dienstverlening passend is voor de consument.⁹ Daarvoor behoren beleggingsondernemingen bij elke consument informatie in te winnen over zijn kennis en ervaring met betrekking tot het betreffende rentederivaat. Voorts zijn beleggingsondernemingen verplicht om de consument te waarschuwen

2 Autoriteit Financiële Markten (2013). AFM Rapportage Rentederivaten: Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB. www.afm.nl/~profmedia/files/rapporten/2013/dienstverlening-rentederivaten.ashx

3 Autoriteit Financiële Markten (2014). Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening: Voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB. www.afm.nl/~profmedia/files/rapporten/2013/aanbevelingen-rentederivatendienstverlening.ashx

4 Autoriteit Financiële Markten (2015). Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB: Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB. www.afm.nl/~profmedia/files/rapporten/2015/rentederivatendienstverlening-mkb.ashx

5 Kamerstukken II, 2015-2016, 31311, nr. 166.

6 Kamerstukken II, 2013-2014, 31311, nr. 124.

7 De marktwaarde van rentederivaten daalt wanneer de rente die als maatstaf wordt genomen gunstiger is dan de rente die is afgesproken in het rentederivatencontract en visa versa.

8 Rentederivaten zijn een financieel instrument in de zin van artikel 1:1 Wft, met als gevolg dat banken voor het afsluiten van rentederivaten worden aangemerkt als beleggingsonderneming.

9 Artikel 4:24, lid 1 Wft.

wanneer zij op basis van de verkregen informatie concluderen dat dit type dienstverlening niet passend is.¹⁰

Bij beleggingsdiensten op basis van advies gelden verdergaande verplichtingen. Bij dit type dienstverlening behoren beleggingsondernemingen zowel informatie over de kennis en ervaring van de consument in te winnen als informatie over de financiële positie, doelstellingen en risicobereidheid van de consument.¹¹ Deze informatie stelt de beleggingsonderneming in staat om vast te stellen dat: het advies de beleggingsdoelstelling van de consument beantwoordt, de consument het beleggingsrisico's financieel kan dragen en dat de consument de risico's begrijpt die aan het product zijn verboden.¹²

In het geval van een professionele belegger mag de aanbieder/adviseur ervan uitgaan dat de kennis en ervaring aanwezig is en dat de beleggingsrisico's financieel gedragen kunnen worden.¹³ Hier zit direct het pijnpunt van een deel van de rentederivatenproblematiek. In een aantal gevallen is de bank er namelijk vanuit gegaan dat zij te maken had met een professionele belegger en in sommige gevallen is de cliënt zelfs gekwalificeerd als in aanmerking komende tegenpartij. Doordat de bank de cliënt als professioneel heeft gekwalificeerd is de kennis en ervaring van de cliënt onvoldoende getoetst. Dit heeft ertoe geleid dat partijen die qua grootte misschien professioneel zijn, maar op het vlak van financiële instrumenten zeker niet, de rentederivaten execution only hebben afgenomen zonder zich te beseffen wat het product precies inhoudt.

De oplossingsrichting van de rentederivatenproblematiek

De kern van de oplossing is een uniform herstell kader waaraan alle betrokken banken zich zullen committeren.¹⁴ Dit herstell kader zal omwille van het civielrechtelijke karakter niet door de AFM worden opgesteld, maar door een onafhankelijke rentederivatencommissie.¹⁵ In het werk-

protocol¹⁶ van deze commissie is te lezen dat het uniform herstell kader:

“zal bepalen op welke wijze herbeoordelingen moet worden uitgevoerd en welke eventuele herstellacties moet worden uitgevoerd om schade te compenseren en te voorkomen”.

Voorts is in voornoemd werkprotocol een beoogde werkwijze beschreven, te weten:

- Begin mei 2016 wordt het herstell kader opgesteld op basis van eerder uitgezette vragenlijsten en gevoerde interviews met de betrokken banken en representatieve belangenbehartigers.
- Eind mei 2016 wordt onder geheimhouding een conceptversie voorgelegd aan de betrokken banken en representatieve belangenbehartigers ter feedback.
- Medio juni 2016 wordt geprobeerd om met de betrokken banken tot overeenstemming te komen over het herstell kader.
- Medio 2016 wordt het herstell kader openbaar gemaakt, zodat voor de mkb-ondernemingen zichtbaar is waarop zij recht hebben.

Om vervolgens een adequate toepassing van het herstell kader te verzekeren, hebben de betrokken banken toegezegd om externe dossierbeoordelaars in te huren. De externe beoordelaars zullen volgens een brief van de AFM¹⁷ per bank een plan van aanpak opstellen en alle rentederivatencontracten opnieuw beoordelen aan de hand van het uniforme herstell kader. Daarbij zal de AFM toezien op: de onafhankelijkheid van de externe beoordelaars en de adequate toepassing van het herstell kader door middel van steekproeven. Dit alles met als doel dat de mkb-ondernemingen op een correcte herbeoordeling en een eventuele passende oplossing kunnen vertrouwen. De verwachting is dat het toetsen van de dossiers aan het herstell kader en het compenseren van de mkb-ondernemingen medio 2017 kan worden afgerond.

Ruud van der Mast is directeur bij het Nederlands Compliance Instituut. Björn Schuitemaker is jr. compliance officer bij het Nederlands Compliance Instituut.

10 Artikel 4:23, lid 2 Wft.

11 Artikel 4:23, lid 1 Wft.

12 Artikel 89a lid 1 Bgfo.

13 Artikel 1:1 Wft; Artikel 80b en 80c Bgfo

14 Alle betrokken banken hebben zich reeds aan het traject gecommitteerd waarin het herstell kader overeen wordt gekomen, te weten: ABN Amro, Rabobank, ING, SNS, Van Lanschot en Deutsche Bank.

15 De onafhankelijke Derivatencommissie bestaat uit drie deskundigen die door de minister van Financiën zijn benoemd, te weten: de heren Schimmelpenninck en Knüppe (deskundigen op het terrein van collectieve schadeafwikkeling) en de heer Kocken (deskundige op het terrein van rentederivaten).

16 B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck, 2016, Werkprotocol voor samenwerking en totstandkoming herstell kader rentederivaten. www.derivatencommissie.nl/publicaties/2016/04/05/werkprotocol

17 Kamerstukken II, 2015-2016, 31311, nr. 166.