



WELKOM

namens
RRA Advocaten en NASH Consulting

**“Kennisontbijt:
Rentederivaten”**





Introductie Harm Loopstra

Privé

- ❑ 50 jaar, getrouwd, 4 kinderen, wonende in Voerendaal

Opleiding

- ❑ Algemene Economie in Rotterdam (Erasmus universiteit)

Werkervaring

- ❑ Economisch Bureau Amro Bank (Amsterdam)
- ❑ Desk Gezondheidszorg ABN AMRO Bank (Amsterdam)
- ❑ Sr Accountmanager Corporate Clients ABN AMRO Bank (Arnhem)
- ❑ Rayondirecteur Zevenaar ABN AMRO Bank
- ❑ Districtsdirecteur Zaken Heerlen ABN AMRO Bank
- ❑ Districtsdirecteur Zaken Maastricht ABN AMRO Bank
- ❑ Vinolo wijnimporteur en handelaar
- ❑ Partner NASH Consulting



Hoe een renteswap de DGA direct in zijn portemonnee kan raken

Rentestrop

ONDERNEMERS DIE HUN BEDRIJF willen verkopen komen in de problemen door renteswaps die zij voor de crisis hebben aangeschaft. De banken zijn weinig toeschietelijk, maar de roep om compensatie wordt steeds luider. 'Dit product had nooit zo verkocht mogen worden.'

Accountancynieuws

Hof: banken hebben bijzondere zorgplicht bij aanbieden renteswaps

DERIVATEN
Banken vragen vergeefs om vrijwaring massaclaim

Kabinet wil banken niet beschermen in mkb-derivaten



BANKEN

Mkb voor € 4 mrd in de min op rentederivaten

DERIVATEN

FD 2-4-2014

Mkb'er wint van bank die renteswap verkocht

'Een swap beperkt
je financiële ruimte
enorm. En als je
voor het einde van
de looptijd van de
swap af wilt, kost je
dat een hoop geld.'

AFM

Professionals Publicaties Nieuwsberichten Banken geven AFM inzicht in omvang rentederivaten MKB

Banken geven AFM inzicht in omvang rentederivaten MKB

Wat doet NASH Consulting?

Corporate Finance

- Begeleiden koop en verkoop van ondernemingen (van waarderen en het opstellen van een profiel, via onderhandelingen tot due diligence en closing)
- Begeleiden overdracht van familiebedrijven / bedrijfsopvolging
- Waardebepalingen, liquiditeitsprognoses, normaliseringen, cashflow analyses

Consultancy

- Waardevermeerdering, herpositionering en herstructurering van ondernemingen, restructuring en recovery, risk management, outsourcing
- Coaching, invulling commissariaat, toezichthouder, interim (project) management, conflictbemiddeling

Debt Advisory

- Begeleiding (her-)financieringsvraagstukken (inclusief eventueel risicodragend vermogen)
- Ondersteunen bij het verkrijgen van bankfinanciering
- Advies en ondersteuning bij rente- en valutaderivaten
- Financiële herstructurering (inclusief factoring, leasing etc.)

Wij helpen bestuurders en aandeelhouders met de verplichte uitkeringstest voor dividend, in het kader van de nieuwe wetgeving.

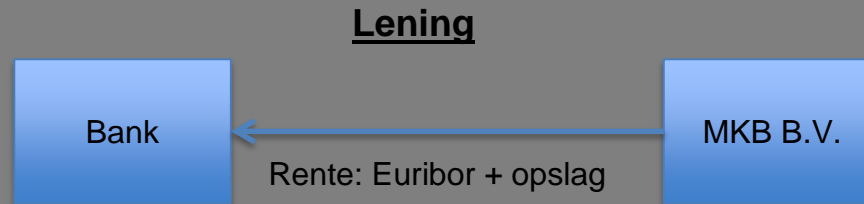
Inhoud presentatie

1. Inleiding
2. Wat zijn rentederivaten
3. Waarom is er een probleem
4. Rol van de banken bij de verkoop van rentederivaten
5. Schade

Wat zijn rentederivaten

- **Verzamelbegrip**
- **Ook wel rente-instrumenten**
- **Voorbeelden: Swap, Cap, Floor, Collar, Knock-in varianten, Rente semi-supercollar, Reduced Premium Cap etcetera**
- **Verhandelbare producten: hebben eenwaarde/prijs**

Rentestromen Renteswap



Per saldo betaalt MKB B.V. de vaste rente + de opslag.

Fixing ieder kwartaal:

- Euribor > Vaste rente: Bank betaalt verschil
- Euribor < Vaste rente: MKB B.V. betaalt verschil

Renteswap of Renteruil

- Swap is een ruil: vele soorten swaps
- Interest Rate Swap: IRS ook wel Renteruil of Renteswap
- Combinatie van een gekochte en geschreven rente-optie
- Forward starting/uitgestelde: speculatief karakter
- Toepassing binnen MKB om renterisico in te dekken
- Verhandelbaar product met prijsvorming

Renteswaps in het MKB

- Bedoeld om renterisico te beperken
- Alternatief voor een lening met een vaste rente
- Tussen 2004 en 2010 veelvuldig toegepast
- Volgens AFM 17.000 contracten; nominale waarde van € 26 mrd

Waarde van een renteswap

- Verhandelbaar product met waarde
- Gekochte cap en geschreven floor
- Waarde is gelijk aan de contant gemaakte toekomstige rechten of plichten
- Vergelijk waardeverloop opties
- Waarde wordt pas relevant bij het sluiten van de swap
- In the money/out of the money



Gevolgen van gedaalde rente

- MKB-er moet elke 1 of 3 maanden bijbetalen
- Renteswap heeft een negatieve waarde
- AFM: geschatte negatieve waarde € 2,7 mrd
- Bij (tegen)sluiten moet de MKB-er afrekenen
- Aflossen lening: voorkomen overhedge

Voorkomende oorzaken aflossen / tegensluiten

- **Verkoop pand**
- **Overstap naar andere bank**
- **Faillissement**
- **Emigratie**
- **Elke andere reden voor vervroegde aflossing lening**

Waarom verkochten de banken rentederivaten

- **Forse verdiensten**
- **Ondoorzichtige prijsvorming**
- **Manier om budgetten te realiseren, druk van boven**
- **Bonuscultuur, vooral in Treasury-kolom**
- **Meeste AM-ers begrepen er weinig van maar stonden onder druk**
- **Meeste managers nog minder**

Waarom accepteerden de MKB-ers rentederivaten

- “gratis”, “geen kosten”
- Geen nadelen/slechts voordelen
- Accountmanager bank adviseerde het te doen
- Alternatief voor vaste rente
- Begrepen product niet, zagen de nadelen niet
- Aantrekkelijk geprijsd

De 12 voordelen (1)

- 1. Geen kosten omzetten variabel naar vast**
- 2. Tariefsmatig is er geen nadeel tov bancaire vaste rente**
- 3. Negatieve waarde zal altijd lager zijn dan een bancaire boeterente**
- 4. Bij stijgende rente is er sprake van een positieve marktwaarde**
- 5. Rentecontracten zijn verhandelbaar en bieden daarmee meer flexibiliteit**
- 6. Bedrag derivaat kan afwijken van bedrag lening**

De 12 voordelen (2)

- 7. Contract kan een toekomstige ingangsdatum hebben**
- 8. Er zijn veel meer looptijden mogelijk dan bij een vaste rente**
- 9. De bancaire-opslag in de financiering blijft aanpasbaar, ondanks de rente-afspraken**
- 10. Vrijheid in de keuze van bankier blijft aanwezig**
- 11. U ontvangt regelmatig een overzicht van de marktwaarde**
- 12. Rentecontracten worden door ons gemonitord**

Welke nadelen werden vaak onvoldoende toegelicht

- **Negatieve waarde bij vervroegd aflossen**
- **Geen mogelijkheid boetevrije aflossing**
- **Idem bij minder of later opnemen van de lening: overhedge**
- **Verhoging opslag boven euribor gedurende de looptijd**

Schade

- **Negatieve waarde bij tegensluiten**
- **Boete bij aflossen van de euriborlening**
- **Verhoogde opslag gedurende de looptijd**
- **Netto betaling van alle bedragen u/v de renteswap**
- **Kosten adviseur en advocaat**
- **Verdiensten van de bank (oneigenlijke marge)**



**Dank voor
uw
aandacht**

Introductie Michel Rompelberg

Privé

50 jaar, getrouwd, 2 kinderen, wonend in Noorbeek

Opleiding

Nederlands Recht (universiteit Maastricht)

Specialisatie opleiding Insolventierecht Grotius Academie

Financiële Economie voor Curatoren Erasmus Universiteit

Werkervaring

Advocatenkantoor Rompelberg (1995)

RRA advocaten (sinds 1999)

Bijzonderheden

Curator: Wegenbouw Limburg, Timmermans GWW, Van Loo Transport, Cauberg Huijgen Raadgevende Ingenieurs, Installatiebedrijf P. Cloodt, Janoschka Benelux enz.

Lid Raad (penningmeester) Orde van advocaten Limburg, sinds 2008

Lid commissie Faillissementsrecht (overleg met RC's), sinds 2008

Lid INSOLAD

IRS: (interest rate swaps)

Vroeger:

- Geldlening met vaste rente

Sinds ongeveer 2000:

- Geen vaste rente meer over lening
- Euribor (=variabele rente) + opslag(en)
- Risico: renteschommelingen
- Risico afgezekerd met IRS

Problemen door IRS (interest rate swaps)

IRS:

- Klant ontvangt variabele rente (Euribor)
- Klant betaalt vaste rente (swap-rente)
- bij daling Euribor: negatieve actuele waarde IRS

- Hoeft geen probleem te zijn als IRS kan worden uitgediend: IRS eindigt uiteindelijk altijd op 0

- Negatieve actuele waarde kan probleem zijn: indien het leidt tot liquiditeitskrapte

- Groot probleem bij beëindiging lening / IRS:
 - verkoop bedrijf of object, wijziging plannen, vervroegde aflossing, vertrek: emigratie of naar andere bank, én bank verlangt volledige betaling

Problemen door IRS (interest rate swaps)

- **Grote negatieve waarden IRS komen vaak voor**
- **Tussentijdse liquiditeitsproblemen: klant had niet verwacht hoge rente te moeten betalen, zonder voldoende compensatie variabele rente**
- **AFM: 1.400 niet-professionele MKB ondernemingen met IRS vallen onder bijzonder beheer bij bank**
- **Wijziging vermogenspositie klant**
- **Balansverslechtering**
- **door negatieve waarde IRS**
- **Bank brengt daarvoor opslagen in rekening!**

Problemen door IRS (interest rate swaps)

- **Groot probleem bij tussentijdse beëindiging lening / IRS:**
 - **Groot bedrag aan renteverschil tot einde looptijd IRS in één keer en onverkort bijbetalen!**
 - **Afhankelijk van ovk: tevens boete**
 - **Doorgaans: vele tonnen!**
- **Wat is de (juridische) positie van de klant?**
- **Kan de klant zich met vrucht verweren?**
- **Zo ja: hoe?**



Juridische positie van de klant (toepasselijke regelgeving)

- **EU: MiFID (Europese Beleggingsrichtlijn)**
- **NL: financiële regelgeving:**
 - **Wet op het financieel Toezicht (WFT)**
 - **Op WFT gebaseerde Nadere Regels / Besluiten**
 - **(NRge, Bgfm, Bgfo)**
- **NL Burgerlijk Wetboek:**
 - **Boek 6**
 - **Boek 7**
 - **Jurisprudentie Kifid / burgerlijke rechter**

Juridische positie van de klant (verplichtingen van de bank)

- Een bank dient jegens de klant:
- De zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen
- Bij advies: te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur
- Zorgplicht:
- Banken hebben voor al hun klanten een zorgplicht
- Dus ook voor ondernemers
- Bij IRS: bank heeft een *bijzondere* zorgplicht

Juridische positie van de klant (verplichtingen van de bank)

- Informatie van de bank moet duidelijk zijn
- Informatie van de bank mag niet misleidend zijn

- Bank dient informatie te verschaffen die redelijkerwijs relevant is voor de adequate beoordeling van de beleggingsdienst
- Zeker als het om IRS gaat!

- Informatie:
 - Goed en in niet mis te verstane bewoordingen!
 - zowel bij aangaan IRS
 - (Specifieke eigenschappen + risico's IRS)
 - gedurende de looptijd (periodieke info)
 - en bij de beëindiging (afrekening)

Grondslag juridische acties:

- **Dwaling (vernietiging IRS):**
- **IRS gesloten onder onjuiste voorstelling?**
- **Beroep op dwaling faalt meestal**
- **Uit de algemene info van de bank, blijkt namelijk dat er risico's verbonden waren aan IRS**

- **Wanprestatie (ontbinding + schadevergoeding):**
- **Normschending: toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht (tot advies)**
- **Niet de zorg van een goed opdrachtnemer**
- **Niet de zorgvuldigheid van een goed adviseur**
- **Ontbinding alleen bij verzuim (ingebrekestelling)**
- **schadevergoeding**

Grondslag juridische acties:

- Onrechtmatige daad (schadevergoeding)
- Normschending: onzorgvuldig gehandeld door de bank
- schadevergoeding

- Schadevergoeding:
- Klant in de positie brengen als waarin hij zou hebben verkeerd zónder wanprestatie of onrechtmatige daad

Verwerpen van de bank:

- Geen normschending door de bank:
- Geen advies, maar execution only:
- Bank adviseert weliswaar over krediet
- Bank adviseert niet over IRS
- minder zorgplicht bank t.a.v. IRS!

- De klant is een Professionele klant:
- Professionele klant: 2 van 3 criteria:
- Balanstotaal van 20 miljoen
- Netto omzet van 40 miljoen
- Eigen vermogen van 2 miljoen

- minder zorgplicht bank /groter "eigen risico"



Verwerpen van de bank:

- Klant heeft op TIF getekend dat bank heeft gewezen op risico's en dat klant deze heeft begrepen en zonodig extra navraag moet doen bij deskundigen
- Geen causaal verband tussen normschending en schade
- Eigen verantwoordelijkheid klant / (eigen schuld)
- Geen schade: bij vastrentende lening zou (boete)rente nog hoger zijn geweest!
- Schending plicht tot tijdig klagen door klacht
- Verjaring vordering van klant

Klachten over banken inz IRS:

- Bank heeft sterk aangestuurd op IRS
- Klant had geen ervaring met derivaten
- Risico IRS paste niet in profiel van klant
- Bank heeft klant onvoldoende info verstrekt
- Slechts algemene info uit brochures
- Te gunstig beeld van de verwachtingen
- Negatieve scenario's onderbelicht
- Klant was niet bereid risico IRS te lopen

- Klant wist niet dat bank niet over IRS adviseerde (en dat hij zelf moest nadenken over risico's)

- Tegenvallers onverwacht en onvoorzien



Klachten over banken inz IRS:

- Goede dossiervorming ontbreekt vaak:
- Gespreksverslagen over totstandkoming IRS
- Beoordeling over hoe de IRS volgens bank paste
- Periodieke herziening cliëntrelatie

- Overhedge (te veel IRS tov lening)
- Fast forward (te snel IRS, lening later)

- Bank hantert te hoge marges
- Bank hanteert tóch allerlei opslagen:
 - Liquiditeitsopslag; risico-opslag; debiteurenopslag; moeilijke kapitaalmarkt
 - Bij krediet overeengekomen ratio's niet gehaald

- Bank verhoogt tóch de rente
- Ondoorzichtige berekening afwikkelingskosten

Klachten over banken inz IRS:

- **Rabobank: ernstige manipulatie Euribor:**
- **Tussen 2005 en 2010: Euribor kunstmatig hoog**
- **Klanten wisten dit niet**
- **Klanten zouden nooit IRS hebben afgesloten als zij van deze manipulatie hadden geweten**

- **Schade door manipulatie:**
- **Bij lopende contracten:**
- **Deel verschil tussen betaalde rente en Euribor**
- **Bij afgekochte contracten:**
- **Deel afkoopsom IRS + deel reeds betaalde rente**

- **Nog niet uitgekristalliseerd hoe deze manipulatie heeft bijgedragen tot de schade, in elk individueel geval.**

Mogelijke acties:

- **Bij de bank:**
 - **Onderhandelen**
 - **Interne klachtprocedure**

- **Alternatieve geschillenbeslechting:**
 - **Kifid (bindend advies)**
 - **Eerste aanleg**
 - **Hoger beroep**

- **Burgerlijke rechter (rechtspraak)**
 - **Rechtbank**
 - **Hoger beroep**
 - **Cassatie**

Mogelijke acties: bij de bank

- als financiering een langlopend karakter heeft
- Als de bank bereid is mee te werken
- Aanpassingen (op kosten van de bank)
- IRS beter aansluiten op lening
- Aanpassen hoofdsom, looptijd, opslagen
- Ongedaan maken overhedge
- AFM heeft richting banken aangegeven dat financiële compensatie in de rede ligt indien:
 - Sprake was van niet passend advies
 - Het afgesloten product niet paste bij de kennis en ervaring van de klant
 - Een overhedge mede aan het handelen van de bank te wijten is



Mogelijke acties: bij de bank

- **NVB: neem contact op met uw bank!**
- **Bij niet passende dienstverlening zal de bank naar een oplossing zoeken**
- **Als u een drempel ervaart, kunt u NVB benaderen**
- **Banken dienen vóór medio 2015 een herbeoordeling van derivaten uit te voeren**
- **(alleen bij niet-professionele klanten)**
- **Banken zullen klanten hierover informeren**
- **Bij problemen zal de bank een oplossing bieden**
- **AFM zal met banken in gesprek gaan over voortgang en resultaten**
- **AFM zal banken steeksproefgewijs controleren**
- **Bij vrees dat relatie met bank onder druk komt door klacht: melding via mkb@afm.nl**

Mogelijke acties: bij Kifid

- **Januari 2015 – december 2016:**
- **tijdelijk loket bij Kifid voor rentederivaten**
- **Belang: tot 1 miljoen euro (excl. rente + kosten)**
- **Griffierecht: 500,= eerste aanleg / 1.000,= HB**
- **Reglement loket afgestemd met MKB en goedgekeurd door Minister van Financiën**
- **Vooraf instemming met bindend advies**
- **Alleen voor “kleine MKB ondernemers”:**
 - **Minder dan 50 werknemers**
 - **Minder dan 10 miljoen omzet of balanstotaal**
- **Geen behandeling van collectieve klachten**
- **Procedure:**
- **Bemiddelingspoging**
- **Procedure bij Geschillencommissie**
- **Procedure Hoger beroep**
- **Publicatie (geanonimiseerd voor nat. personen)**



Rechtspraak: jurisprudentie:

•Rb Noord Nederland 20 maart 2013:

- Bank is verplicht goed en in niet mis te verstande bewoordingen de ondernemer die de IRS afsluit te informeren
- over alle specifieke eigenschappen en alle potentiële risico's van de IRS

•Idem; én Rb Rotterdam 8 mei 2013:

- Klant heeft onderzoeksplicht
- Klant moet binnen alle redelijke grenzen onderzoeken hoe een IRS werkt en wat de risico's zijn van de financiële instrument

•Rb Amsterdam 9 april 2014:

- Van de klant mag worden verwacht:
- dat hij kennis neemt van de verstrekt informatie
- indien hij niet begrijpt of daarover aanvullende vragen heeft, zich tot de bank wendt om zich nader te laten informeren voordat hij besluit een IRS af te sluiten.

Rechtspraak: jurisprudentie:

- **HR 30 november 1973 en HR 10 april 1998:**
 - Mededelingsplicht van de bank weegt zwaarder dan de onderzoeksplicht van de klant:
 - Of hieraan is voldaan, hangt af van het concrete geval
- **Rb. Rotterdam 8 mei 2013:**
 - Niet-professionele afnemers van een renteswap moeten door de bank worden beschermd tegen lichtvaardigheid en eigen gebrek aan inzicht.
 - Van belang is de aard van de klant: de kennis die bij de klant mag worden verondersteld:
 - Die kennis is anders bij een veehouder dan bij een onderneming die gespecialiseerd is in beleggingsinstrumenten
- **Zie Rb 's-Hertogenbosch 12 december 2011:**
- **ook van belang:**
 - Op wiens initiatief de swap is afgesloten
 - hoe de uitleg van de swap heeft plaatsgevonden: schriftelijk, of (mede)in de presentatievorm: waardoor mogelijkheid tot vragen stellen bestond
 - Dat een klant daarbij wordt bijgestaan door een accountant, doet niet terzake



Rechtspraak: jurisprudentie:

•Rb Amsterdam 11 april 2007:

- Mededelingsplicht (met name over de kosten van tussentijdse beëindiging):
- indien dergelijke info expliciet in de schriftelijke info is opgenomen, rust op de bank niet de verplichting om ook nog eens zelf deze kosten aan te stippen
- in die casus had de onderneming een terzake kundige directie: woog zwaar voor de Rb

•Rb 's-Hertogenbosch 12 december 2011:

- Indien de bank expliciet melding maakt van dat
- er bij tussentijdse aflossing een boete moet worden betaald; én
- dat de swap bij dalende rente een negatieve waarde opbouwt
- dan heeft de bank aan haar informatieplicht voldaan

•Rb Rotterdam 8 mei 2013:

- Indien de bank nalaat deze info te verschaffen
- Dan is de bank nalatig in haar informatieplicht
- Dan kan de negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging niet bij de ondernemer in rekening worden gebracht!



Rechtspraak: jurisprudentie:

- bank kan zich niet verschuilen achter (door de klant geaccepteerde) standaardbepalingen
- Verweer van de bank: ondernemer beschikte over voldoende kennis om ook alle nadelen van een renteswap te begrijpen,
 - In dat soort gevallen zou het voor de bank niet nodig zijn om te voldoen aan de info-plicht
 - daardoor zou de bank –ondanks haar niet-informereren- niet zijn aan te spreken op het nalaten van adequate info-verstrekking
- Rb Amsterdam 26 juni 2013: (a-typisch)
 - Grote professionele partij, hoog financieel kennisniveau, grote eigen juridische afdeling
 - Rb: in dit geval geen sprake van schending info plicht door de bank

Rechtspraak: jurisprudentie:

• Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2014:

- Swap is een complex en risicovol financieel instrument
- Daarom rust op bank een bijzondere zorgplicht jegens cliënt
- Hierdoor dient de bank de klant “in niet mis te verstane bewoordingen” te waarschuwen tegen de aan de swap verbonden risico’s
- De bank dient in het bijzonder te waarschuwen voor het risico van een negatieve waarde van de swap en
- De boete bij vroegtijdige beëindiging van het swap-contract
- Deze bijzondere zorgplicht geldt ook voor MKB-ondernemers als cliënt
- Niet alleen voorafgaand en bij het afsluiten van de swap
- Maar ook als de klant de lening vervroegd wil aflossen



Rechtspraak: jurisprudentie:

Zie ook (in het voordeel van de klant):

- **Rb. Noord-Holland 9 april 2014**
- **Rb. Amsterdam 6 augustus 2014
(voorshands oordeel: schending
zorgplicht; bank mag tegenbewijs
leveren)**
- **Rb. Amsterdam 10 september 2014**
- **Rb Amsterdam 1 oktober 2014**
- **Rb Den Haag 14 januari 2015:**
- **(uitgebreide en belangrijke uitspraak)**

Rechtspraak: jurisprudentie:

Zie echter ook:

(niet in het voordeel van de klant):

- **Rb. Amsterdam 19 februari 2014:**
 - geen bedrog en dwaling bij afsluiten IRS
 - geen schending bijzondere zorgplicht
 - geen onrechtmatige daad
 - klant is professionele vastgoedbelegger
- **Rb. Den Haag 14 mei 2014**
- **Rb. Amsterdam 26 november 2014**



**Dank voor
uw
aandacht**