

AFM legt ABN AMRO boete op van € 2 miljoen wegens rentederivatendossiers

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 20 oktober jl. een boete van € 2 miljoen opgelegd aan ABN AMRO, omdat ABN AMRO de dossiers niet op orde heeft. Daarbij gaat het om vier dossiers van klanten van ABN AMRO, die in de periode van 21 oktober 2010 tot en met 10 januari 2013 van ABN AMRO een rentederivaat hebben afgenomen. In drie dossiers zijn dat renteswaps en in één dossier is sprake van twee rentecaps. Een renteswap is een renteruil tussen ABN AMRO en een MKB-ondernemer, waarbij de ondernemer een vaste rente aan de bank betaalt en omgekeerd de bank een variabele rente aan de ondernemer betaalt. Meestal is die variabele rente driemaands-Euribor. De ruil vindt dan iedere drie maanden van de looptijd van de renteswap plaats. Een rentecap is een financieel product waarbij de ondernemer kan besluiten om de Euribor-rente op een bepaald niveau vast te zetten. Als Euribor boven dat niveau komt, betaalt hij slechts de vastgezette rente. Als Euribor echter onder dat niveau daalt, profiteert hij van de rentedaling. Bij een renteswap is precies het omgekeerde het geval. Niet de ondernemer, maar de bank profiteert van de dalende Euribor-rente.

Een renteswap en een rentecap worden door de AFM beide een rentederivaat genoemd. Volgens de AFM zijn rentederivaten financiële producten die verkocht worden. Dat is volgens mij bij een renteswap niet het geval. Dat is simpelweg een ruil van rentes tussen de bank en de cliënt.

De AFM verricht sinds 2013 een onderzoek naar de risico's in de dienstverlening door banken aan zorginstellingen, woningcorporaties, onderwijsinstellingen, lagere overheden en het MKB bij de verkoop van rentederivaten. Dat is dus inclusief renteswaps. Op 29 juli 2013 heeft de AFM aan ABN AMRO verzocht om vijf cliëntendossiers over de verkoop aan MKB-ondernemers te selecteren en aan de AFM toe te sturen. ABN AMRO mocht dus zelf een selectie maken en heeft dat ook gedaan. Op 22 augustus 2013 zijn vier dossiers ingestuurd. Ik heb niet kunnen vaststellen of er ook een vijfde dossier is ingestuurd. Het boetebesluit heeft in ieder geval slechts betrekking op de bevindingen van de AFM in de vier dossiers.

Ondanks het feit dat ABN AMRO zelf de dossiers mocht uitkiezen en dus, naar mag worden aangenomen, de beste dossiers die zij ter beschikking had, heeft uitgekozen, klopt er volgens de AFM met die dossiers van alles niet. De AFM doet daarvan in het zogenaamde boetebesluit van 20 oktober 2015 uitgebreid verslag. Ik zal daarop in dit artikel niet ingaan¹, maar vraag wel aandacht voor een aantal aspecten van het onderzoek door de AFM, die voor de verdere afloop van het renteswapdrama, waarin de banken, niet alleen ABN AMRO, het MKB gemanoeuvreed hebben, waarschijnlijk van beslissende betekenis zijn.

De AFM is tot het oordeel gekomen dat ABN AMRO de betrokken ondernemers hoogst waarschijnlijk heeft *geadviseerd* om de renteswaps af te sluiten en de rentecaps te kopen. In de dossiers zijn daar meerdere indicaties voor aanwezig. De bank heeft echter onvoldoende gegevens bijgehouden en daardoor heeft de AFM niet met zekerheid kunnen vaststellen dat ABN AMRO bij de feitelijke uitvoering van haar werkzaamheden in deze dossiers daadwerkelijk heeft geadviseerd om de renteswaps af te sluiten en de rentecaps te kopen. Omdat de vastlegging door ABN AMRO in de onderzochte dossiers tekort is geschoten, kan de AFM niet onderzoeken en beoordelen of de adviezen aansluiten bij de wensen van de klant. Daarom heeft de AFM haar wettelijke taak om toezicht te houden op de banken niet goed kunnen uitoefenen. Dat is de reden waarom ABN AMRO beboet wordt met € 2 miljoen.

¹ Voor wie daarin geïnteresseerd is, volgt hier de link: <http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/okt/boete-abn-amro>

Die boete betekent dus *niet* dat de AFM heeft vastgesteld dat ABN AMRO de vier ondernemers verkeerd geadviseerd heeft om (in drie gevallen) een renteswap af te sluiten met ABN AMRO en (in één geval) rentecaps te kopen van ABN AMRO.

Niettemin is het oordeel van de AFM dat in de vier gevallen ABN AMRO hoogstwaarschijnlijk als adviseur van de MKB-ondernemers is opgetreden, buitengewoon belangrijk voor de aansprakelijkheid van ABN AMRO. Als de bank adviseur is geweest, was er sprake van een adviesopdracht. De bank is daarbij opdrachtnemer en de MKB-ondernemer de partij die opdracht gegeven heeft tot het advies. Dat is een wettelijk geregelde overeenkomst, wat inhoudt dat in de wet de rechten en verplichtingen van partijen zijn omschreven. Het uitgangspunt van de wet is dat de bank als opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Dat betekent dat de bank objectieve voorlichting moet geven over de eigenschappen en risico's van de rentederivaten, afgestemd op het niveau van kennis van de MKB-ondernemer, die de opdracht gegeven heeft. Ik denk dat in de procedures tegen ABN AMRO er vanaf nu van uitgegaan moet worden dat er een adviesrelatie was, en dat de bank maar moet aantonen dat dit niet het geval was. Het feit dat ABN AMRO de ondernemers heeft laten verklaren dat ABN AMRO niet is opgetreden als hun financieel adviseur, is daarbij volgens de AFM in strijd met de feiten en omstandigheden. Dat is ook een belangrijk oordeel van de AFM, waarvan voortaan gebruik gemaakt kan worden. Ik vind het van groot belang dat de AFM tot deze oordelen is gekomen op basis van onderzoek van de dossiers van ABN AMRO. Over die dossiers heeft een MKB-ondernemer die wil procederen natuurlijk nooit de beschikking.

Volgens mij is het advies van ABN AMRO om een renteswap af te sluiten, *nooit* een advies dat aan de wettelijke maatstaven beantwoordt. Dat zal slechts bij uitzondering anders zijn, maar het voert te ver om daar nu op in te gaan. Ik denk dat er geen enkele renteswap met MKB-ondernemers is afgesloten, die tot die uitzonderingscategorie behoort. Het advies om een rentecap te kopen om het renterisico op een variabelrentende lening beheersbaar te maken, zou wel een goed advies geweest zijn. Een dergelijk advies is echter in de meeste gevallen niet gegeven. ABN AMRO heeft er juist op aangestuurd om renteswaps met MKB-ondernemers af te sluiten.

Het boetebesluit van de AFM bevat nog een zeer belangrijke beslissing. De AFM wijst er namelijk – terecht – op dat een onvolledig dossier van ABN AMRO niet meteen betekent dat een klant schade heeft geleden. Het rentederivaat kan een passende oplossing zijn voor de klant in kwestie. Dat is juist. Zoals gezegd is een rentecap vrijwel altijd een passende oplossing en een renteswap vrijwel nooit. Als er echter sprake is van schade voor de klant en de bank kan op basis van het dossier niet vaststellen of dat te wijten is aan de bank of de klant, dan verwacht de AFM dat de oplossing altijd in het voordeel van de klant is. Ik ga ervan uit dat ABN AMRO op basis van het dossier nooit zal kunnen vaststellen dat het afsluiten van een renteswap te wijten is aan de klant. Dat betekent dat de AFM verwacht dat de oplossing altijd in het voordeel van de klant is. Die oplossing kan geen andere zijn dan integrale vergoeding van de schade die de MKB-ondernemers geleden hebben. Dat betekent concreet dat het bedrag dat ABN AMRO de afgelopen jaren iedere drie maanden onder de renteswaps geïncasseerd heeft, verminderd met hetgeen de bank onder de renteswaps betaald heeft, volledig moet worden terugbetaald. Dat is de enige oplossing in het voordeel van de klant.

Ik ben niet optimistisch over de opstelling van ABN AMRO na de buitengewoon forse tik op de vingers van de AFM. Ik denk dat ABN AMRO weer de schouders ophaalt en geen initiatief neemt om nu over te gaan tot betaling van de schade die de MKB-ondernemers geleden hebben. Ik denk dat de bank zal inzetten op de noodzaak voor die ondernemers om een langdurige procedure tegen de bank te voeren. Dat is natuurlijk

maatschappelijk niet aanvaardbaar, maar correctiemechanismes die de staatsbank ABN AMRO op andere gedachten zouden kunnen brengen, zijn er blijkbaar niet. Dat betekent voor de MKB-ondernemers dat zij moeten gaan procederen. Het is van groot belang dat alle ondernemers en hun advocaten daarbij vanaf nu één lijn gaan trekken. Het meest effectief is natuurlijk één procedure van alle MKB-ondernemers, die schade geleden hebben door de renteswaps, tezamen. Daar is gelet op de oordelen van de AFM alle aanleiding voor. Individuele procedures spelen ABN AMRO alleen maar in de kaart.

Hilversum, 24 oktober 2015

Mr. Jos C.J. Wouters

Advocaat