

## Bijzondere zorgplicht ook voor MKB

24 April 2014

Rentederivaten staan in de schijnwerpers. Dat geldt helemaal voor rentederivaten verleend aan MKB-ondernemingen. De AFM heeft in een onderzoek eind 2013 al geconcludeerd dat de dienstverlening van sommige banken aan MKB-ondernemingen bij het afsluiten van rentederivaten 'voor verbetering vatbaar is.' Die conclusie is inmiddels bevestigd door verschillende rechterlijke instanties. Hof en rechtbank oordelen nu voor het eerst dat de bijzondere zorgplicht van banken ook geldt jegens MKB-ondernemingen.

De gedachte achter een renteswap is eigenlijk relatief eenvoudig: een geldlener heeft graag de zekerheid van een vaste rente. Naast een lening met een variabele rente, koopt hij daartoe een renteswap. Is de feitelijke rente hoger dan de overeengekomen vaste rente, dan komt het verschil voor rekening van de bank. Is de feitelijke rente lager dan de overeengekomen rente, dan betaalt de geldlener bij tot het niveau van de afgesproken 'vaste' rente. De geldlener koopt dus de zekerheid van een 'vaste' rente. De bank speculeert op een daling van de onderliggende (euribor-)rente.

Het venijn is vooral gelegen in een vroegtijdige beëindiging van de lening en de renteswap in geval van een sterk gedaalde rente. Indien na het afsluiten van de renteswap, de rente sterk daalt – hetgeen het geval is sinds de financiële crisis in 2008 – dan ontwikkelt de renteswap een grote negatieve waarde. Bij ongewijzigde voortzetting zou de bank, die immers juist speculeerde op een rentedaling, goed verdienen. Vroegtijdige beëindiging van de renteswap leidt dan ook tot onverwacht hoge kosten. Ter illustratie: de rechtbank Oost-Brabant heeft bij vonnis van 26 maart jl. ([ECLI:RBOBR:2014:1415](#)) geoordeeld over een vordering van een melkveehouder jegens de Rabobank in het kader van de vroegtijdige beëindiging van de lening en renteswap. In die situatie bedroeg de beëindigingspremie van de renteswap als gevolg van de sterk dalende rente € 275.000, waar tegenover voor de geldlener slechts een rentevoordeel van € 2.000 per jaar stond. Een stevige domper op de emigratieplannen van de melkveehouder.

Juist over die aanzienlijke risico's bij een vroegtijdige beëindiging van de renteswap, had de bank de cliënt in niet mis te verstane bewoordingen dienen te waarschuwen, zo oordeelde de rechtbank Oost-Brabant. Anders dan de Rabobank meende, is de bijzondere zorgplicht volgens de rechtbank niet beperkt tot particulieren. Ook jegens ondernemers kan een bijzondere zorgplicht op de bank rusten, al is de omvang van die zorgplicht vanwege de omstandigheden van het geval vaak veel beperkter dan bij particulieren vanwege de kennis en ervaring van ondernemers met financiële producten.

Inmiddels heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch zich bij arrest van 15 april 2014 ([ECLI:GHSHE:2014:1052](#)) in hoger beroep over een vergelijkbare kwestie uitgelaten.

Dit betrof een renteswap van ABN AMRO aan Westkant Holding B.V. Ook naar het oordeel van het Gerechtshof geldt de bijzondere zorgplicht evenzeer jegens MKB-ondernemingen: "[n]aar het oordeel van het hof dient ABN AMRO dan ook jegens Westkant als niet-professionele belegger deze bijzondere zorgplicht in acht te nemen."

Waar de rechtbank Oost-Brabant echter nog algemeen overwoog dat de bijzondere zorgplicht 'niet is beperkt tot particulieren', beperkt het Gerechtshof de reikwijdte uitdrukkelijk wel tot 'niet-professionele beleggers'.

Wie als professionele/niet-professionele belegger worden aangemerkt, volgt uit artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Naast kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, verzekeraars, etc., worden ook als 'professionele belegger' aangemerkt zogenaamde 'grote ondernemingen'. Tegenover deze 'grote ondernemingen' staan de kleine, MKB-ondernemingen, die dus niet als professionele belegger worden aangemerkt en jegens wie banken dus ook de bijzondere zorgplicht in acht hebben te nemen. Voor de grens tussen grote en kleine ondernemingen, tussen professionele en niet-professionele beleggers gelden de volgende omvangsvereisten, waarbij aan minimaal twee vereisten moet worden voldaan, wil een onderneming als 'grote onderneming' en dus professionele belegger kwalificeren: i) een balanstotaal van ten minste € 20 mln., ii) een netto-omzet van ten minste € 40 mln. en/of iii) een eigen vermogen van ten minste € 2 mln. Dit zijn stevige omvangsvereisten die in ieder geval een gemiddelde MKB-onderneming de bescherming van de bijzondere zorgplicht bieden.

Of sprake is van schending van de bijzondere zorgplicht, blijft afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en in het bijzonder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de desbetreffende wederpartij, de complexiteit van het product en de daaraan verbonden risico's. De toepasselijkheid van de bijzondere zorgplicht brengt wel meer evenwicht in de relatie bank-ondernemer.

**Michiel Claassen**  
Advocaat bij Lauxtermann Advocaten in Amsterdam