

Position Paper Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten.

11 oktober 2016

Inleiding:

Het vertrouwen tussen financiële dienstverleners en ondernemers is de afgelopen jaren fors op de proef gesteld. Gedurende de crisisjaren 2008 – 2011 zijn veel ondernemers terecht gekomen bij de afdeling bijzonder beheer van banken. Ook bij de verkoop van rentederivaten aan ondernemers is veel mis gegaan. Dit laatste heeft uiteindelijk geleid tot een uniform herstelkader en een compensatieschema voor ondernemers. Bij zowel de problematieken bij bijzonder beheer als bij rentederivaten is gebleken dat de machtspositie van financiers t.o.v. ondernemers groot is.

Het overgrote deel van de ondernemers is bancair gefinancierd, ondanks de opkomst van alternatieve financieringsvormen. De concurrentie op de Nederlandse bancaire markt is beperkt. De markt wordt gedomineerd door de drie grote banken. Ondernemers met een geschil met hun bank ondervinden grote moeilijkheden indien zij willen overstappen naar een andere bank. Ondernemers zijn hierdoor sterk afhankelijk van hun huisbank.

Het belang van alternatieve vormen van financiering, zoals onder meer crowdfunding, kredietunies, factoring en leasing neemt in rap tempo toe. Alle vormen van financiële dienstverlening aan ondernemers dienen aan dezelfde normen te voldoen. Voor iedereen die financiering aanbiedt moet een zekere mate van zorgplicht gelden. Dit zorgt voor een gelijkwaardig speelveld tussen financieel dienstverleners.

Het toepassingsbereik, de omvang en de intensiteit van de zorgplicht van financiële dienstverleners richting ondernemers is de afgelopen jaren veranderd. De belangrijke factor is daarbij of juridische positie van ondernemers niet al versterkt is door recente jurisprudentie. De vraag dient zich vervolgens aan of ondernemers een sterkere juridische positie dienen te krijgen ten opzichte van hun financier, hoe ondernemers hun rechten kunnen uitoefenen en of een sterkere juridische positie verankerd moet worden in nieuwe wetgeving. ONL voor Ondernemers pleit voor een inventarisatie van de jurisprudentie van de afgelopen 8 jaar, met het oog op het opstellen van een algemene set beginselen over de bescherming van ondernemers.

Voor ONL voor Ondernemers staat voorop dat goede ondernemersplannen gefinancierd worden. Hiervoor moeten ondernemers en financiële dienstverleners samenwerken als goede partners. Herstel van vertrouwen tussen beide partners is essentieel. Iedereen is gebaat bij duidelijkheid vooraf.

Samenvatting:

- Het is voor ondernemers onduidelijk welke rechten zij ontlene aan de, al dan niet bijzondere, zorgplicht van financiële dienstverleners. Recente rechtspraak over geschillen rondom bijzonder beheer en rentederivaten heeft nieuwe jurisprudentie ontwikkeld. Vertaling van deze jurisprudentie in begrijpelijke regelgeving is van belang om de rechten en plichten tussen financiers en ondernemers te verduidelijken. Deze jurisprudentie kan vervolgens worden omgezet in begrijpelijke vuistregels zodat ondernemers beter in staat zijn hun recht uit te oefenen.
- De bijzondere contractvoorwaarden van banken bij financiële producten dienen onder de loep genomen te worden. De bijzondere voorwaarden zijn in zeer grote mate een vrijbrief voor financiële instellingen om gedurende de looptijd van een contract tarieven en rentes te

verhogen. De bijzondere voorwaarden kunnen gebruikt worden om ondernemers onder druk te zetten, bijvoorbeeld door te dreigen met het opzeggen van de kredietovereenkomst. ONL verwacht dat op basis van een inventarisatie van recente jurisprudentie een evenwichtigere relatie tussen banken en ondernemers kan worden bewerkstelligd.

- De bevoegdheid van de AFM om de regie te nemen bij collectieve schade en compensatieregelingen dient te worden uitgebreid.

Bescherming van ondernemers vanuit de zorgplicht van de financiële dienstverlener:

Meerdere zorgplichten dienen de wederpartij van financiële dienstverleners te beschermen. Hier onderscheiden we de algemene privaatrechtelijke zorgplicht; de bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht; en de publiekrechtelijke zorgplicht.

Privaatrechtelijke zorgplicht:

Opdrachtnemers, waaronder ook banken hebben krachtens de wet een algemene zorgplicht jegens al hun cliënten. Een bank of anderszins financieel dienstverlener moet bij het handelen rekening houden met de belangen van de cliënt, en zich overeenkomstig de vereisten van redelijkheid en billijkheid gedragen.¹ Voor professionele dienstverleners betekent dit dat de (mate van) zorg die hij ten opzichte van zijn particuliere wederpartij moet betrachten, tenminste gelijk moet zijn aan de (mate van) zorg die zijn redelijk handelend, redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde situatie in acht zou nemen. Kan het gedrag van de dienstverlener deze toets der kritiek niet doorstaan dan schiet hij toerekenbaar tekort c.q. handelt hij onrechtmatig en is hij in beginsel aansprakelijk.²

De vraag is hoe deze norm ingevuld dient te worden indien alle redelijk bekwame vakgenoten in een dezelfde situatie eveneens onbetamelijk handelen. Het rentederivatendossier toont dit aan. Pas na meerdere individuele uitspraken van rechters over het afsluiten van derivatencontracten bleek dat de rechten van ondernemers stelselmatig waren geschonden en dat ondernemers recht hadden op herstel en compensatie. Als iedere grote bank rentederivaten heeft verkocht en dit blijkt verkeerd gegaan te zijn, dan is de toets van de redelijk handelende vakgenoot niet geschikt.

Privaatrechtelijke bijzondere zorgplicht:

Een financiële instelling heeft de verplichting om een klant te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid of een gebrek aan inzicht.³ De bijzondere zorgplicht van deze verplichting beperkt zich niet alleen tot particulieren maar strekt ook tot ondernemers⁴. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Gekeken wordt naar de mate van deskundigheid en de relevante ervaringen van de betrokken ondernemer, de ingewikkeldheid van het financiële product en de daaraan verbonden risico's. Een financieel dienstverlener die de op haar rustende zorgplicht schaadt handelt in zoverre onrechtmatig.

¹ L.A. van Amsterdam, 'De bijzondere zorgplicht van banken: kan het MKB er wat mee?' *TvC juli 2014*, p.189; art. 7:401 BW is de grondslag van de zorgplicht indien er een dienstverleningsrelatie kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).

² A.C.W. Pijls *De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener*, in F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (eds.), 'Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht. Ratio methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht' Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, pp 167-193., p. 168.

³ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103, r.o.3.6.4; Pijls (2010), p. 171.

⁴ Rb. Oost-Brabant, 26-03-2014, *JOR* 2014/167 ; zie ook: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15-04-2014, *JOR* 2014/168

Publiekrechtelijke zorgplicht:

In de Wet op het financieel toezicht (WFT) is een publiekrechtelijke zorgplicht opgenomen die twee doelen dient: enerzijds het beschermen van afnemers van financiële diensten en anderzijds het bevorderen van de adequate werking van de financiële markten en het handhaven van het vertrouwen in de financiële sector. In de artikelen 4:20 lid 1; 4:23 lid 1; en 4:24 lid 1 Wft zijn een informatieplicht en zorgplichten opgenomen die gelden voor "de consument, of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, de cliënt".

In onze ogen sluit de WFT hier ten onrechte kleine en middelgrote ondernemingen uit van de bescherming van deze bepalingen, indien van een ondernemer redelijkerwijs niet verwacht kan worden dat hij meer kennis en expertise heeft dan een consument.

Verhouding particulieren en ondernemers:

De specifieke omstandigheden van de bedrijfssituatie en het product blijft altijd leidend om de mate van gewenste bescherming te bepalen. Er zijn situaties waar er vanuit de bank, of anderszins financieel dienstverlener, een zeer lichte zorgplicht is richting de ondernemer en er zijn situaties waar er vanuit de dienstverlener een vergelijkbare zorgplicht is met dienstverlening aan particulieren. Deze zorgplicht moet vooraf duidelijk zijn per product en type klant.

Het type dienstverleningsrelatie bepaalt hoever de informatie en onderzoeksplicht in de precontractuele fase gaan. Dit zal tot een ander resultaat leiden wanneer er sprake is van vermogensbeheer of een execution only service. ONL ziet echter ook een zorgplicht afhankelijk van de complexiteit van het product. De uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant inzake een kredietovereenkomst met een renteswap is onder meer gebaseerd op het oordeel dat een ondernemer voor een voordeel van EUR 2000 normaliter niet bereid is om een risico te lopen van EUR 125.000⁵. Dit is vergelijkbaar met de zorgplicht voor particulieren waarbij de bank particulieren tegen zichzelf in bescherming moet nemen.

De zorgplichtbepaling laat de nodige ruimte voor flexibiliteit:

Het moet altijd mogelijk blijven voor financiële instellingen om ingewikkelde en risicovolle producten te verkopen aan ondernemers. Hierbij geldt echter wel dat banken die de op hun rustende zorgplicht schenden een de consequenties daarvan moeten dragen. Risico en renteopslagen bij veranderende omstandigheden kunnen daardoor ten laste komen van de bank, terwijl in de contractuele en bijzondere voorwaarden staat dat deze lasten expliciet bij de klant liggen.

Het is goed dat de huidige zorgplichtbepalingen ruimte laten voor de rechter om een afweging te maken over de hoeveelheid schuld van beide partijen. Hierdoor kunnen er gedeeltelijke schadevergoedingen of terugbetalingen worden gelast naar mate de ernst van de schending van de zorgplicht. Wanneer er een nieuw, wettelijk kader rondom de bescherming van ondernemers zou worden ingevoerd bestaat het risico dat de ruimte voor nuance verdwijnt.

Bescherming van ondernemers vanuit de bijzondere voorwaarden bij het contract:

Ondernemers genieten zeer weinig bescherming ten aanzien van de voorwaarden vloeiende uit krediet- en financieringsovereenkomsten. Het contract en de bijzondere voorwaarden bij een kredietovereenkomst laten zeer veel ruimte aan de bank om onder meer risico-opslagen te verhogen en nieuwe zekerheden te eisen. Ondernemers kunnen zeer moeilijk inschatten of deze handelingen gerechtvaardigd zijn en of zij eventueel deze handelingen met succes kunnen aanvechten.

⁵ Rb. Oost-Brabant, 26-03-2014, JOR 2014/167 ; zie ook: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15-04-2014, JOR 2014/168

Gezien de maatschappelijke functie van banken en de redelijkheid en billijkheid zou het in de lijn der verwachting liggen om ook hier een bescherming van ondernemers op te nemen.

ONL pleit er voor om de bijzondere voorwaarden bij financiële producten onder de loep te nemen en te vergelijken met recente jurisprudentie. Indien blijkt dat de bijzondere voorwaarden structureel geen stand houden bij de rechter dan dienen de bepalingen onder toezicht van de AFM opnieuw omschreven te worden of te worden geschrapt.

Bescherming van ondernemers vanuit toezichthoudende instanties:

Naast de bepalingen rondom het contractenrecht en de privaatrechtelijke zorgplicht worden ondernemers ook beschermd door het publiekrechtelijke toezicht. Algemene gedragsregels over eerlijke en professionele dienstverlening zijn erop gericht om de rechten van ondernemers in beginsel te waarborgen. Financiële instellingen hebben hierdoor ook een publiekrechtelijke zorgplicht in acht te nemen. Ondernemers kunnen bij een eventuele gang naar de rechter verwijzen naar het niet nakomen van publiekrechtelijke verplichtingen.

ONL voor Ondernemers is voorstander van een actieve rol van de toezichthouder bij het toetsen van de verkoop van financiële producten en onder welke voorwaarden deze verkoop tot stand komt.

Op dit moment ontbreekt in het wettelijk kader de mogelijkheid om bij constatering van grote fouten in de verkoop van financiële producten een bindend herstelkader te ontwerpen. De medewerking van de banken aan het herstelkader voor rentederivaten⁶ was vrijwillig. Het is zeer te prijzen dat alle banken hun onvoorwaardelijke medewerking aan dit kader hebben toegezegd. Voor mogelijke gevallen in de toekomst is het echter wenselijk dat de AFM hier een bindende bevoegdheid krijgt.

Antwoorden op individuele consultatievragen:

1. Wat vindt u van de van de huidige bescherming van kleine ondernemers in de Wft? Is deze effectief? Is het goed dat de bescherming van kleine ondernemers per product-type verschilt, ongeacht de specifieke kennis en deskundigheid? U wordt verzocht uw antwoord met voorbeelden en/of ervaringen te onderbouwen.

Het is goed dat de bescherming verschilt per product-type. Daarbij moet het onderscheid echter niet puur gemaakt worden tussen een verzekering, een beleggingsproduct of een krediet, maar moet ook binnen deze drie typen gekeken worden naar het product zelf. Naarmate het risico van een product groter wordt moet ook de zorgplicht vanuit de financiële dienstverlener toenemen. Als ondernemers dezelfde kennis en kunde hebben dan zouden zij ook dezelfde bescherming moeten genieten als ondernemers.

2. Vindt u het wenselijk, nodig of noodzakelijk dat de reikwijdte van de huidige bescherming van zzp-ers en mkb-ondernemingen in de Wft wordt aangepast of uitgebreid? Zo ja, hoe en voor welke diensten/producten? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Het is zeer moeilijk te beoordelen of een generieke uitbreiding van de huidige bescherming onder de Wft wenselijk is. Het is niet in het belang van ondernemers als een vergaande

⁶ <http://www.derivatenco commissie.nl/over/>

bescherming leidt tot grote standaardisatie in het productaanbod. Maatwerk moet mogelijk blijven. Daarbij lijkt het dat recente jurisprudentie de rechten van ondernemers heeft versterkt. De eerste stap is een grondige vergelijking van recente jurisprudentie om de rechten van ondernemers in kaart te brengen.

3. Wat vindt u van de huidige mogelijkheden voor handhaving (bij schending van wettelijke voorschriften die beogen kleine ondernemers te beschermen)? Zijn deze mogelijkheden effectief?

De huidige mogelijkheden voor handhaving zien vooral toe op het proces van de verkoop van financiële producten. Handhaving geschiedt door gedragsregels en steekproeven. Individuele ondernemers die benadeeld worden hebben juridisch echter pas een zaak wanneer de toezichthouder achteraf concludeert dat er fouten zijn gemaakt in het verkoopproces. Vanaf dat moment kunnen zij in een privaatrechtelijke procedure verwijzen naar onrechtmatig handelen door in financiële instelling vanuit een publiekrechtelijke verplichting.

4. Vindt u het wenselijk, nodig of noodzakelijk dat deze mogelijkheden voor handhaving aangepast of uitgebreid worden? Zo ja, hoe en voor welk type ondernemers en producten? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Het kan onderzocht worden of het mogelijk is om steekproeven door de toezichthouder openbaar te maken wanneer onrechtmatige handelingen zijn geconstateerd. Op deze manier kunnen andere ondernemers in rechtszaken verwijzen naar deze constatering.

5. Wat zijn volgens u de verschillen tussen consumenten en kleine ondernemers die het verschil in bescherming bij financiële diensten en producten rechtvaardigen?

Ondernemers sluiten financiële diensten en producten af als onderdeel van hun bedrijfsvoering. Daarbij mag verwacht worden dat zij zich verdiepen in het product en weloverwogen het contract tekenen, inclusief de bijzondere en algemene voorwaarden.

6. Wat zijn volgens u de overeenkomsten tussen consumenten en kleine ondernemers die het verschil in bescherming niet rechtvaardigen?

Ondernemers hebben vaak dezelfde kennis en kunde als consumenten wanneer het financiële producten betreft. Zij hebben geen specifieke financiële expertise en kunnen niet altijd de consequenties overzien van de mogelijke risico's die zij lopen. Ook al mag van ondernemers verwacht worden dat zij zich verdiepen in de details van het product, zij zijn net als consumenten niet in staat om de mogelijke impact van alle specifieke bepalingen te doorgronden.

7. Geven deze verschillen en overeenkomsten (kenmerken) volgens u aanleiding tot (minder/aanvullende) bescherming van kleinzakelijke klanten? Zo ja, welke en waarom? In hoeverre komen deze kenmerken voor bij kleinzakelijke klanten en voor welke diensten en producten zijn deze kenmerken relevant?

De principes van bijzondere zorgplicht in het kader van bescherming tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht moeten onverkort worden geboden. De toets hiervoor is de complexiteit van het financiële product en de grootte van de risico's die het product met zich meebrengt. De verkoper van het financiële product moet zich er van overtuigen dat een ondernemer bij een zeer complex financieel product alle risico's begrijpt en bewust aanvaardt.

8. Welke kleine ondernemers zijn volgens u beschermingsbehoefstig? En welke definitie zou volgens u gebruikt kunnen worden om deze kleinzakelijke klanten af te bakenen? Wat zijn hiervan de voor- en nadelen?

De toets over welke ondernemers meer bescherming nodig hebben moet afhangen van het product, niet van de grootte van de onderneming. Het principe is dat de risico's van het product afgewogen moeten worden tegen de baten. Dit houdt in dat zelfs middelgrote ondernemingen bij zeer complexe producten dezelfde bescherming zouden kunnen genieten als particulieren indien aan blijkt dat het product niet aansluit bij de behoefte, het risicoprofiel of de deskundigheid van de medewerkers bij het bedrijf.

9. Vindt u het wenselijk dat de reikwijdte van de algemene zorgplicht aangepast dan wel uitgebreid wordt naar (een deel van) kleinzakelijke klanten? Zo ja, waarom en naar welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Wij pleiten voor een inventarisatie van de recente jurisprudentie over de algemene en bijzondere zorgplicht van banken richting ondernemers. Jurisprudentie geeft nu al de mogelijkheid om de bijzondere zorgplicht toe te passen op ondernemers. Na inventarisatie van de jurisprudentie kunnen algemene principes worden opgesteld zodat ondernemers éénvoudig kunnen zien wat hun rechten zijn. Dit maakt het makkelijker voor ondernemers om ook daadwerkelijk hun recht te halen.

10. Vindt u het wenselijk dat de reikwijdte van informatie- of adviesplichten aangepast dan wel uitgebreid wordt naar (een deel van) kleinzakelijke klanten? Zo ja, waarom en naar welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Dit hangt samen met eerdere antwoorden over de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht richting ondernemers afhankelijk van het risico van het product. Hoe meer risico's een product met zich meebrengt hoe hoger de informatieplicht. Uiteindelijk is de toets of een ondernemer alle relevante informatie heeft gehad om een bewuste en verstandige keuze te maken over het aangaan van risico's.

11. Vindt u het wenselijk dat de reikwijdte van het provisieverbod aangepast dan wel uitgebreid wordt naar (een deel van) kleinzakelijke klanten? Zo ja, waarom en naar welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Het advies is om de status quo te handhaven. Wij hebben de indruk dat op dit moment rondom provisie bij verkoop van financiële producten aan ondernemers zich geen systematische problemen voordoen.

12. Vindt u het wenselijk een wettelijke plicht op te nemen voor financiers van kleinzakelijke klanten om hen door te verwijzen naar (platforms van) alternatieve financiers? Zo ja, waarom en hoe ver zou deze moeten strekken? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?

Het gaat er niet om dat banken ondernemers doorverwijzen naar specifieke alternatieve financiers. Het gaat erom dat banken aangeven welk soort alternatieve financiering wél geschikt zou zijn.

13. *Vindt u een wettelijke bevoegdheid wenselijk voor het kunnen aanstellen van externe beoordelaars om schendingen van zorgplichten te onderzoeken bij dienstverlening aan kleinzakelijke klanten? Zo ja, waarom en naar welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?*

Dit hoort een normale bevoegdheid van de AFM te zijn.

14. *Vindt u een wettelijke bevoegdheid wenselijk voor het kunnen opleggen van een compensatieschema n.a.v. (grootschalige) schendingen van zorgplichten bij dienstverlening aan kleinzakelijke klanten? Zo ja, waarom en naar welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?*

Ja. Op dit moment ontbreekt in het wettelijk kader de mogelijkheid om bij constatering van grote fouten in de verkoop van financiële producten een bindend herstelkader te ontwerpen. De medewerking van de banken aan het herstelkader voor rentederivaten⁷ was vrijwillig. Het is zeer te prijzen dat alle banken hun onvoorwaardelijke medewerking aan dit kader hebben toegezegd. Voor mogelijke gevallen in de toekomst is het echter wenselijk dat de AFM hier een bindende bevoegdheid krijgt.

15. *Vindt u uitbreiding van de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting via het Kifid naar kleinzakelijke klanten wenselijk? Zo ja, waarom en voor welk deel? Wat zijn hiervan de eventuele nadelige gevolgen? Zo, nee, waarom niet?*

Nee, een uitbreiding is niet wenselijk. Kifid heeft ook bij rentederivaten niet het verschil gemaakt voor ondernemers. Ondernemers zijn vrijwel onbekend met het bestaan van Kifid.

16. *Welke andere maatregelen zijn volgens u wenselijk t.a.v. de bescherming van kleinzakelijke klanten bij financiële diensten en producten? Waarom en voor welk deel van kleinzakelijke klanten? Wat zijn hiervan de gevolgen?*

- Het is voor ondernemers onduidelijk welke rechten zij ontleen aan de, al dan niet bijzondere, zorgplichten van de banken. Recente rechtspraak over geschillen rondom bijzonder beheer en rentederivaten heeft nieuwe jurisprudentie ontwikkeld. Vertaling van deze jurisprudentie in begrijpelijke regelgeving is van belang om de rechten en plichten tussen banken en ondernemers te verduidelijken. Deze jurisprudentie kan vervolgens worden omgezet in begrijpelijke vuistregels zodat ondernemers beter in staat zijn hun recht uit te oefenen.
- De bijzondere contractvoorwaarden van banken bij financiële producten dienen onder de loep genomen te worden. De bijzondere voorwaarden zijn in zeer grote mate een vrijbrief voor financiële instellingen om gedurende de looptijd van een contract tarieven en rentes te verhogen. De bijzondere voorwaarden kunnen gebruikt worden om ondernemers onder druk te zetten, bijvoorbeeld door te dreigen met het opzeggen van de kredietovereenkomst. ONL verwacht dat op basis van een inventarisatie van recente jurisprudentie een evenwichtigere relatie tussen banken en ondernemers kan worden bewerkstelligd.
- De bevoegdheid van de AFM om de regie te nemen bij collectieve schade en compensatieregelingen dient te worden uitgebreid.

⁷ <http://www.derivatencommissie.nl/over/>

