

Rondetafelgesprek Rentederivaten in het MKB | 27 september 2016

Visie op het onderwerp “Rentederivaten in het MKB”

Hester Bais & Maartje van der Beek (advocaten)

“Klanten van banken en de samenleving als geheel moeten kunnen rekenen op betrouwbare, dienstbare en transparante banken.”ⁱ

Dit is zomaar één van de vele uitgangspunten zoals opgenomen in het Maatschappelijk Statuut van de Nederlandse Vereniging van Banken. Helaas hebben wij moeten constateren dat hiervan in de praktijk, zeker voor wat betreft de massaal door banken ten behoeve van haar klanten afgesloten rentederivaten, weinig terecht is gekomen. In plaats van het klantbelang centraal te stellen, hebben banken vooral hun eigen belang laten prevaleren. Laten wij vooropstellen dat wij toejuichen dat het Herstelkader tot stand is gekomen. Voor veel (overigens met name kleine) ondernemersⁱⁱ biedt het Herstelkader de nodige compensatie. Helaas geldt dit niet voor alle partijen die op initiatief van de bank een rentederivaat hebben afgesloten. Zo zijn er partijen die – wat ons betreft onterecht - buiten het kader vallen en is er een aantal pijnpunten waarvoor het Herstelkader geen dan wel onvoldoende oplossingen biedt. Ook betwijfelen wij of voor de naleving van het Herstelkader voldoende waarborgen bestaan. In dit position paper zullen wij dat kort toelichten.

Hoeveel herstel biedt het kader en aan wie?

Dat rentederivaten vanaf 2005 door banken in groten getale in de markt zijn gezet, is inmiddels een feit. Helaas zijn de precieze aantallen tot de dag van vandaag onbekend, omdat banken alleen het aantal *MKB-klanten* hebben bekendgemaakt met wie zij rentederivaten hebben afgesloten. Dat deze definitie is gekozen is vreemd, want de Wet op het financieel toezicht (“Wft”) kent, zoals hierna nog zal blijken, het begrip MKB-klant helemaal niet. Bovendien sluit het begrip MKB binnen banken diverse andere niet-professionele klantgroepen uit. Particulieren, sportverenigingen, stichtingen etc. vallen daardoor buiten deze definitie en zijn niet in de aantallen meegenomen die in maart 2015 door de AFM zijn gepubliceerd. Ook het onderwerp van deze hoorzitting verwijst nog altijd enkel naar het MKB.

Bij de totstandkoming van rentederivaten is wettelijk sprake van *het uitvoeren van een order*ⁱⁱⁱ ^{iv} voor rekening van een cliënt met betrekking tot een financieel instrument, zodat banken hiermee een “beleggingsdienst verlenen”^v. Om die reden is de Wft van toepassing.^{vi} Dit is een wezenlijk verschil ten opzichte van zakelijke kredietverlening, welke in het geheel niet gereguleerd wordt door de Wft. Wij zijn dan ook van oordeel dat banken zichzelf in de voet hebben geschoten door een constructie op te tuigen die hetzelfde zou moeten bewerkstelligen als een rentevaste lening, maar streng gereguleerd wordt onder de Wft (vanaf 2007 ook MiFID).

Op basis van de Wft geldt voor alle “niet-professionele beleggers”^{vii} de hoogste mate van bescherming. Dit gaat dus verder dan alleen particulieren of het MKB. Onder het begrip niet-professionele belegger vallen ook alle (semi) publieke instellingen, zoals woningcorporaties, onderwijs- en zorginstellingen, ongeacht de omvang van de instelling.^{viii} In diverse dossiers hebben wij vastgesteld dat banken hun dossiers vanaf 2010 – toen banken zelf kennis hadden gekregen van de onderhavige problematiek – hebben gerepareerd door klanten te herkwalificeren als “professionele belegger”. Het moge echter duidelijk zijn dat de (wettelijk verplichte) cliëntkwalificatie bij aanvang van het rentederivaat moet gelden voor de vraag of de klant onder het Herstelkader valt. Dat is ook bevestigd door de derivatencommissie in artikel 3.1.10 van het Herstelkader.

Wij vermoeden dan ook dat het in zijn totaliteit gaat om een veelvoud van het door de AFM genoemde aantal afgesloten rentederivaten van 17.600.^{ix} Wij verzoeken u dan ook om aan te dringen op transparantie ten aanzien van daadwerkelijke aantallen per bank, zodat duidelijk wordt hoe hoog de daadwerkelijke vergoeding per bank ongeveer zal zijn.^x

Extra “omvangstoets”

Los van de vraag of klanten deugdelijk door hun bank zijn gekwalificeerd, zijn wij van oordeel dat de aanvullende omvangstoets die het Herstelkader introduceert voor wat betreft een klant die onderdeel uitmaakt van een groep^{xi} in strijd is met de Wft (MiFID).^{xii} Wij zijn dan ook van mening dat deze toets achterwege gelaten moet worden.

Extra “deskundigheidstoets”

Juist als een partij kwalificeert als niet-professionele belegger geldt als uitgangspunt dat deze geen of onvoldoende kennis en/of ervaring heeft met rentederivaten. Wij vragen ons hardop af waarom er niet voor is gekozen alle “niet-professionele beleggers” onder de reikwijdte van het Herstelkader te laten vallen. Om onder de reikwijdte van het Herstelkader te vallen, dienen klanten namelijk niet alleen niet-professionele belegger te zijn, zij dienen daarnaast niet-deskundig te zijn. Valt een partij onder één van de in het Herstelkader opgenomen criteria van deskundigheid, dan is het kader op hem of haar niet van toepassing.

Deze “aanvullende deskundigheidstoets” valt wat ons betreft niet te rijmen met de keuzemogelijkheid “*geen kennis en ervaring*” die veel klanten voor het afsluiten van een rentederivaat hebben ingevuld op de inventarisatieformulieren van banken ten behoeve van het verlenen van de beleggingsdienst. Wij zijn dan ook van oordeel dat deze “aanvullende deskundigheidstoets” niet zou mogen worden toegepast op klanten die vooraf expliciet hebben aangegeven dat zij geen enkele kennis van- en ervaring met rentederivaten hebben, ongeacht de omvang van hun vastgoedportefeuille of financiering. De bank heeft immers deze klanten geadviseerd. Klanten mogen erop vertrouwen dat banken hun zorgplicht jegens hen naleven. Het enkele feit *dát* klanten überhaupt deze juridisch gebrekkige constructies op deze wijze zijn aangegaan, bevestigt wat ons betreft bovendien dat zij nimmer als deskundig kunnen worden aangemerkt.

Een van de aanvullende eisen omtrent deskundigheid is het hebben van een treasury-statuut. Wij begrijpen de achterliggende gedachte. Partijen die over een dergelijk statuut beschikken zullen immers vaker financiële instrumenten afsluiten of hebben afgesloten. In de praktijk blijkt echter dat de bank als voorwaarde stelde dat de klant (ook particulieren!) een treasury-statuut opstelde en in veel gevallen hielp de bank de klant bij het opstellen van een dergelijk statuut. Het komt ons onredelijk voor dat een dergelijke partij alleen om die reden niet onder het Herstelkader zou vallen.

Waarom hebben banken nu eigenlijk deze rentederivaten verkocht?

Voordat wij onze visie op de hoogte van de vergoeding opgenomen in het Herstelkader geven, willen wij kort stil staan bij de vraag waarom banken eigenlijk deze constructie aan hun klanten hebben opgedrongen.

Rentederivaten zijn zogenaamde afgeleide financiële instrumenten en bij dit beleggingsproduct wordt geen hoofdsom uitgewisseld. De klant kwam echter juist voor deze hoofdsom naar zijn bank, namelijk voor het verkrijgen van een financiering (en dus niet voor een beleggingsdienst). Banken zijn een juridisch complexe (en ondeugdelijke) constructie gaan optuigen, bestaande uit een krediet (krediet met variabele rente) en een rentederivaat. Deze constructie zou de rente fixeren (renteswap) of maximaliseren (rentecap), maar zou de klant flexibiliteit bieden als gevolg van de kredietovereenkomst met variabele rente. Een kredietovereenkomst met een variabele rente (Euribor) biedt de klant de mogelijkheid om tussentijds kosteloos (bij opslagverhoging en tussentijdse verkoop) dan wel tegen een lage boeterente (1%, bij herfinanciering) af te lossen.

Waarom biedt een bank een dergelijke ingewikkelde constructie aan de klant aan als er tegelijkertijd sprake is van uitwisseling van een hoofdsom? Voor een dergelijke wens van de klant bestaat immers al eeuwenlang een prima financieel product, de geldlening (“krediet”). Een krediet biedt maximale flexibiliteit. Langlopend of kortlopend, met een variabele of vaste rente. Of een deel rentevast en een

deel variabel. Alles is mogelijk. Ook een toekomstige financiering is mogelijk met behulp van een bouwcrediet of een bereidstellingsprovisie.

Wij kunnen daar kort over zijn. De bank biedt deze constructie uitsluitend in haar eigen belang aan. Door deze constructie ontvangt zij niet alleen de provisie over het krediet (doorgaans 1% van de hoofdsom), maar ook over de renteswap (wat wij hierna nog zullen toelichten). Bovendien wentelt de bank de kosten, die zij bij een 'normaal' langlopend rentevast krediet zelf moet betalen voor het afdekken van het renterisico, af op de klant. Banken trekken namelijk voor het financieren van een langlopend krediet zelf ('funding') geld aan op de geldmarkt (tegen een variabele rente). De bank heeft er dus baat bij om op een variabele rentebasis (en opslag) uit te lenen. In het geval dat de bank op een vaste rentebasis gelden uitleent, dan dient de bank dit risico immers zelf te hedgen, omdat de bank tegen een variabel tarief inleent.^{xiii}

Heeft de klant hier een belang bij? Wij hebben reeds jaren geleden aan de banken, de AFM en de NVB gevraagd wat het belang van de klant bij deze ingewikkelde constructie is. Het bleef angstvallig stil. Dat verbaast ons echter niet, want de klant heeft geen enkel belang bij deze constructie. De klant krijgt niet alleen te maken met *drie* geldstromen, maar ook met een juridisch ingewikkeld financieel instrument dat onlosmakelijk gekoppeld is aan zijn krediet, waardoor de constructie zelfs minder flexibel is dan een normale - al dan niet rentevaste - lening. De constructie is bovendien bij veel klanten helemaal niet rentevast, zoals inmiddels is gebleken.

De constructie is contractueel niet vergelijkbaar met een vastrentend krediet

Het Herstelkader vergelijkt de renteswapovereenkomst met een vastrentend krediet. In veel gevallen zal volgens het Herstelkader op basis van zo'n overeenkomst circa 5% per jaar kosteloos mogen worden afgelost.^{xiv} Alleen voor dat gedeelte zullen partijen worden gecompenseerd middels een standaard "coulancevergoeding" (stap 3 van het Herstelkader, waarover later meer).

Het vergelijken van de constructie met een rentevaste lening is wat ons betreft echter niet juist nu deze klanten – zowel voor wat betreft de inhoud van de overeenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden als op basis van de door de banken verstrekte informatiebrochures – erop mochten vertrouwen dat zij (buiten verzuim) kosteloos dan wel tegen een zeer minimale vergoeding tot tussentijdse aflossing en beëindiging van de overeenkomsten konden overgaan. Zij zouden immers flexibel zijn en de enige boeteclausule die in de overeenkomsten van de constructie was opgenomen was die voor het tussentijds beëindigen van het variabelrentende krediet.

Hierbij speelt overigens ook de wettelijke margin- en saldibewakingsplicht^{xv} een grote rol. Hadden banken deze nageleefd, dan waren partijen mogelijk wel bekend geweest met, dan wel gewaarschuwd voor, de financiële risico's die deze constructie met zich meebrengt.

Renteopslagen "coulancehalve" voor 80% teruggedraaid (stap 4 van het Herstelkader) | Hoe zit het met de door banken voorgehouden flexibiliteit van de constructie?

Zoals iedereen weet, doet een van de meest voorkomende problemen zich voor wanneer de bank de opslag heeft verhoogd. Het is belangrijk te beseffen dat bij een constructie met een rentederivaat sprake is van twee losstaande overeenkomsten, namelijk een kredietovereenkomst op basis van een variabele rente (wat een uiterst flexibele overeenkomst is) en een rentederivatenovereenkomst. Uit hoofde van de kredietovereenkomst met variabele rente betaalt de klant aan de bank de variabele rente (meestal Euribor) en een opslag. De bank betaalt vervolgens op grond van de rentederivatenovereenkomst aan de klant de variabele rente en de klant betaalt aan de bank de overeengekomen vaste rente. Uiteindelijk resteert (door middel van verrekening) een betaling van de klant aan de bank van de vaste swaprente plus de opslag. Contractueel is de bank, nu sprake is van een geldlening met een variabele rente, bevoegd de opslagen te verhogen. De bank heeft de constructie bestaande uit een geldlenings- en renteswapovereenkomst echter gepresenteerd als rente fixerend. Daarbij hoort niet dat banken de opslagen alsnog verhogen.^{xvi} Op basis van de kredietovereenkomst zouden banken dit zelfs al direct kunnen doen, zodat van fixatie/maximalisatie van financieringslasten geen sprake

ke is. Met het Herstelkader zal voor veel partijen een oplossing worden geboden voor de (onterechte) verhoging van de opslag.

Waar het Herstelkader echter volledig aan voorbijgaat, is dat banken deze constructie ook hebben voorgespiegeld als zeer flexibel. Omdat klanten van de bank een kredietovereenkomst op basis van een variabele rente sloten, die gekenmerkt wordt door flexibiliteit (onder andere voor wat betreft het kosteloos dan wel tegen een zeer minimale vergoeding aflossen van het krediet) mochten zij uitgaan van die flexibiliteit. Voor partijen die tussentijds extra of soms zelfs het gehele krediet hebben afgelost, biedt het Herstelkader onvoldoende compensatie. Zij werden bij aflossing van het krediet (en beëindiging van het rentederivaat, die zonder onderliggend krediet zinledig zou worden) verrast met een fikse boeterente uit hoofde van de renteswapovereenkomst, die bovendien in rekening werd gebracht *náást* de vergoeding uit hoofde van de kredietovereenkomst. Kortom; zij dienden niet één, maar zelfs twee boeterentes te voldoen. Dit terwijl in de rentederivatenovereenkomst (of daaraan ten grondslag liggende raamovereenkomst) geen boeteclausule is opgenomen, anders dan in geval van verzuim.^{xvii} De flexibiliteit is in deze constructie ver te zoeken.

Dat er klanten zouden zijn die wisten dat de opslag contractueel verhoogd kon worden, moet naar ons oordeel buiten beschouwing worden gelaten. Bij een rentevaste lening is dat contractueel niet mogelijk. Bovendien kan de bank deze renteverhogingen (middels de opslag) in deze constructie onbeperkt doorvoeren, zonder dat de klant kosteloos kan aflossen, zoals dat op basis van de kredietovereenkomst met variabele rente wel het geval is wanneer de bank de opslag verhoogt. Deze mogelijkheid om tussentijds kosteloos tot beëindiging over te kunnen gaan, dient te voorkomen dat het voor de bank een spel zonder nieten wordt, zoals de constructie met een rentederivaat dat wel is.

Eventuele (al dan niet daadwerkelijke) kortingen die de bank beweert te hebben gegeven, zijn bovendien een 'wassen neus', nu de bank contractueel gezien die korting dezelfde dag nog teniet zou kunnen doen door de rente van de constructie (door middel van de opslag) te verhogen.

Dat opslagverhogingen in stap 4 van het Herstelkader "coulancehalve" worden teruggedraaid is terecht (al vinden wij het woord coulance misplaatst), nu geen enkele juist geïnformeerde klant een dergelijke constructie zou hebben geaccepteerd.

"Coulance" vergoeding van maximaal € 100.000 (stap 3 van het Herstelkader) | Verborgene provisie

Ook het gebruik van het woord "coulance" in de coulancevergoeding in stap 3 van het Herstelkader vinden wij incorrect. Banken hebben renteswaps gepromoot door in informatie(-brochures) aan te geven dat het product kosteloos was. Dit in tegenstelling tot de rentecap, waarbij banken wel transparant waren dat (vooraf) een premie moet worden betaald.^{xviii} Dit zou een reden kunnen zijn geweest voor klanten om te kiezen voor een renteswap in plaats van een rentecap (als de bank de rentecap überhaupt al heeft voorgesteld als alternatief). Ook is in veel contracten (in de zogenaamde 'bevestiging') expliciet opgenomen dat de renteswap kosteloos was:

Spread: 0,00000 %

Inmiddels is gebleken dat de renteswap allesbehalve kosteloos was. In vrijwel alle gevallen brengen banken - zonder daar transparant over te zijn en zelfs expliciet op te nemen dat de renteswap kosteloos is - een provisie in rekening van gemiddeld circa 0,2% van de (fictieve) hoofdsom van de renteswap. Deze provisie blijkt versleuteld te zijn in het swaptarief dat de klant betaalt (swaprente). Bij iedere rentebetaling uit hoofde van de renteswapovereenkomst betaalt de klant van de bank een stukje provisie. De banken boekten echter bij aanvang de gehele provisie en deze telde mee in het verkoopresultaat van de medewerkers. Verkopers ontvingen niet alleen een bonus, ook werden periodiek allerlei cadeaus verstrekt (spelcomputers etc.) aan de best presterende treasury "adviseurs" (verkopers). Perverse prikkels waar de AFM al jarenlang de mond vol van heeft, maar in deze dossiers nog geen enkele bank voor heeft gestraft.

Niet alleen hebben klanten op dit punt dan ook massaal gedwaald, in het Herstelkader wordt dit (deels) vergoed onder de noemer van een *coulancevergoeding*. Hoezo coulance? De banken hebben een verborgen provisie in rekening gebracht, waarover zij op grond van de wet haar klanten had moeten informeren.^{xix} Het is zeer de vraag welke klanten, indien zij op de hoogte waren geweest van deze provisie, de renteswapovereenkomst nog zouden zijn aangegaan. Daar komt bij dat banken deze (coulance)vergoeding niet hoeven te betalen, indien “*de klant vanuit het kredietbeleid van de bank de rentelasten diende vast te leggen.*”^{xx} Ten tijde van het massaal aan de man brengen van de rentederivaten hebben banken in vrijwel alle kredietovereenkomsten de voorwaarde opgenomen dat de klant een deel van dan wel het gehele renterisico diende af te dekken met een rentederivaat. Vaak deden zij dit zonder te onderzoeken of daadwerkelijk sprake was van een (rente)risico. Hoeven banken in al die gevallen geen coulancevergoeding te betalen? Dit lijkt ons niet de bedoeling. Niet alleen omdat vaak helemaal geen sprake was van een risico, de bank heeft zelf (bewust) voor haar klanten verborgen gehouden dat zij een provisie in rekening brengt.^{xxi} Wat ons betreft dient de bank in alle gevallen deze 0,2% van de (fictieve) hoofdsom plus de negatieve waarde te voldoen, omdat de constructie in zijn algemeenheid gebrekkig is en het renterisico niet is afgedekt door de contractuele bevoegdheid deze tijdens de looptijd (middels de opslag) te verhogen.

Waarborg van het toezicht op de herbeoordelingen | Onderzoek van Alvarez & Marsal

De reden dat het Herstelkader er ligt, is het gevolg van het ondeugdelijk uitvoeren van de herbeoordelingen door de banken^{xxii}, waarvoor zij al in september 2014 van de Minister de opdracht hebben gekregen^{xxiii}, en het falende toezicht van de AFM.^{xxiv} Een “*unieke samenloop van omstandigheden*” zou eraan ten grondslag liggen dat de AFM tekort is geschoten in haar rol als toezichthouder. Volgens de Minister zet de AFM zich er “*hard voor in om herhaling van een dergelijke samenloop te voorkomen*” en heeft zij “*tegelijkertijd verbetering in haar organisatie doorgevoerd.*” Wij vragen ons af of de AFM nog wel de aangewezen organisatie is die toezicht zou moeten houden op de uitvoering van het Herstelkader. Wat ons betreft heeft de AFM niet alleen haar toezicht verzaakt voor wat betreft het monitoren van de herbeoordelingen, maar ook met betrekking tot de massale “verkoop” van rentederivaten en de uitvoering daarvan. Jaren voordat de banken de opdracht van de Minister kregen tot het uitvoeren van de herbeoordelingen wist dan wel behoorde de AFM te weten^{xxv} dat er tienduizenden rentederivaten waren verkocht aan niet-professionele beleggers en dat banken daarbij diverse wettelijke bepalingen^{xxvi} met voeten hebben getreden. Dit geldt temeer, nu de banken zelf al in 2010 hebben geconstateerd dat zij steken hebben laten vallen en vanaf dat moment met man en macht hebben geprobeerd deze fouten – zonder de klant hierop te wijzen – te herstellen. Waar was de AFM toen banken de rentederivaten ten behoeve van tienduizenden niet-professionele beleggers afsloot? En toen banken stiekem (door het aanpassen van algemene voorwaarden) de verstrekte zekerheden (panden hypotheekrechten) koppelden aan vorderingen uit hoofde van de rentederivaten? En waar was zij toen banken vervolgens weigerden deze zekerheden vrij te geven bij tussentijdse aflossing van het krediet en beëindiging van het rentederivaat totdat de – niet uit de overeenkomsten voortvloeiende – boeterente in rekening werd gebracht?

De scope van het onderzoek van Alvarez & Marsal is beperkt tot het proces met betrekking tot de toetsingen door de AFM van de herbeoordelingen van rentederivaten door banken. Het gaat niet in op de onjuiste uitingen die de AFM publiekelijk heeft gedaan, onder meer ten aanzien van de margin. Bovendien gaat het onderzoek geheel aan het doorlopende toezicht voorbij. Het afsluiten van rentederivaten met klanten is namelijk een vergunningplichtige activiteit (ook al onder de Wet toezicht effectenverkeer 1995) en de AFM houdt daar al decennialang toezicht op.

Wij hebben dan ook met verbijstering kennisgenomen van het artikel in het FD op 29 juni 2016 getiteld “*AFM laat zich niet meer voor politieke karretje spannen*” waarin Vroonhoven, voorzitter van de AFM, zegt de gang van zaken ‘te betreuren’ maar het vooral als een leermoment te zien. Zij legt de schuld bij de druk die vanuit de politiek en maatschappij op de AFM werd uitgeoefend, maar gaat volledig voorbij aan het falen van het doorlopende toezicht op de beleggingsdiensten van de banken en in het bijzonder de derivatenlimieten die banken in hun administratie (AO/IC) hebben opgeboekt en die een

grote negatieve invloed op de kredietpositie (en dus kredietrisico) van de banken hebben gehad. Het is juist de AFM die op deze derivatenlimieten toezicht houdt. Wij verwijzen u naar de nadere regels die door de AFM zelf over deze derivatenlimieten zijn opgesteld en die tot november 2007 waren opgenomen in de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

Daar komt bij dat de AFM tot op heden blijft ontkennen dat voor niet-professionele beleggers de margin- en saldibewakingsverplichting zou gelden.^{xxvii} Ondanks diverse vragen daarover blijft de AFM zich in stilzwijgen hullen waarom zij meent dat deze verplichting, die nota bene gewoon in de wet is opgenomen en waarover door het Gerechtshof Amsterdam op 15 september 2015 is geoordeeld dat deze wel degelijk geldt^{xxviii}, niet van toepassing zou zijn. Hoewel het Herstelkader voorziet in het vrijgeven van margin, vragen wij ons af hoe dit zich verhoudt met de wettelijke saldi- en marginbewakingsplicht (en vooral ook de consequenties daarvan als gevolg van de interne limieten die opgenomen zijn in de systemen van de bank). DNB is toezichthouder van de banken. De door banken in hun systemen (voor de klant onzichtbare) opgeboekte derivatenlimieten zijn van invloed op de financiële positie van de banken en DNB houdt (ondermeer) toezicht op de AO/IC van banken. Waar is DNB in dit hele verhaal?

Wat ons betreft hebben zowel AFM als DNB verwijtbaar stilgezeten en vragen wij ons hardop af of de AFM nu wel kan garanderen dat zij voldoende toezicht houdt op de nalevering van het Herstelkader.

Doorlooptijden

Nederland volgt, met het Herstelkader, het Verenigd Koninkrijk in de wijze waarop laatstgenoemde problematiek omtrent rentederivaten tracht op te lossen. De FCA – de Britse toezichthouder – constateerde dat sprake was van “*poor sales practices*” (*mis-selling*) en heeft in 2012 een compensatieschema opgesteld. Inmiddels zijn in het Verenigd Koninkrijk nog steeds niet alle problemen opgelost. De verwachting van de AFM, dat medio 2017 alle dossiers zijn getoetst aan het Herstelkader en klanten dienovereenkomstig zijn gecompenseerd, lijkt ons – gelet op de situatie in het Verenigd Koninkrijk – nogal overmoedig. Wij vragen ons dan ook ernstig af hoe de AFM verwacht dat banken dit voor elkaar zullen krijgen. Heeft dit (net als bij de herbeoordelingen) gevolgen voor de kwaliteit? Feitelijk is de situatie nu niet anders dan in september 2014, toen de Minister de banken ook al opdroeg de rentederivatendossier te herbeoordelen en gelijke gevallen gelijk te behandelen. We hebben gezien waar dat toe heeft geleid.

Verjaring

Het Herstelkader verbiedt banken om, voor wat betreft vorderingen van haar klanten uit hoofde van dit kader, een beroep te doen op verjaring. Wij stellen voor dat banken niet alleen in dat geval hun verjaringsverweer laten varen, maar dat ook doen in alle gevallen die – om welke reden dan ook – buiten het Herstelkader om worden beslecht. Zoals wij al hebben aangegeven weten banken al sinds 2010 dat zij steken hebben laten vallen. Het heeft er alle schijn van dat ze ervoor hebben gekozen hierover tegenover hun klanten te zwijgen en deze gebreken zo onopvallend mogelijk (trachten) te herstellen.^{xxix} Vervolgens hebben zij er alles aan gedaan zoveel mogelijk tijd te winnen. Hoe meer tijd er verstrijkt voordat een vordering – door middel van een brief of een gerechtelijke procedure – wordt ingesteld, hoe groter de kans dat vorderingen zijn verjaard. Nu het juist de banken zijn die deze problemen hebben veroorzaakt - onder andere doordat zij zich hebben laten leiden door hun eigen gewin c.q. belang (provisies) – zou het juist zijn indien banken geen beroep meer doen op verjaring en op het (in de ogen van de banken) te laat klagen door de klant. Vanwege de bijzondere functie van banken, die in deze kwesties tegenover een niet deskundige niet-professionele belegger staan, dient de verjaringstermijn wat ons betreft niet eerder in te gaan dan het moment van de door de bank aan de klant bekend gemaakte herbeoordeling (indien daarvan sprake is). Ontbreekt zo'n herbeoordeling, dan dient de verjaringstermijn een aanvang te nemen vanaf het moment dat de bank aan de klant bekend maakt of zij al dan niet onder het Herstelkader valt. Het heeft er alle schijn van dat banken er namelijk zelf alles aan hebben gedaan om deze affaire in de doofpot te stoppen en het kan niet-professionele beleggers, die geen enkele kennis en ervaring van rentederivaten hebben, niet worden aangerekend

dat zij hiervan niet op de hoogte waren.^{xxx} Zij konden er met het oog op al het reeds opgemerkte niet eens van op de hoogte zijn.

ⁱ Zie pagina 4 van het Maatschappelijk Statuut dat op 18 november 2014 is gepubliceerd op <https://www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/3573/toekomstgericht-bankieren-maatschappelijk-statuut-code-banken-en-gedragsregels.html>.

ⁱⁱ De definitie in van MKB-Klant in het Herstelkader is de afnemer van een door een Bank aangeboden Rentederivaat waarop op grond van paragraaf 3.1 het Herstelkader van toepassing is. Deze definitie is naar onze mening ongelukkig gekozen, nu ook niet-professionele niet-MKB klanten onder deze definitie kunnen vallen.

ⁱⁱⁱ Het begrip order dient ruim te worden uitgelegd, namelijk als elk handelen voor een cliënt door een beleggingsonderneming dat er op gericht is om een overeenkomst tot stand te brengen die strekt tot verkoop of aankoop van een of meer financiële instrumenten voor rekening van die cliënt. Zie Kamerstuk 31.086, nr 3 (MiFID).

^{iv} Dat sprake is van het uitvoeren van een order voor rekening van de klant (en dus een beleggingsdienst is verleend) als gevolg waarvan diverse bepalingen uit hoofde van de Wft van toepassing zijn, is door de AFM zelf erkend in het boetebesluit van 23 oktober 2015, waarin de AFM een boete van € 2 miljoen aan ABN AMRO Bank N.V. oplegt. Deze boete had niet opgelegd kunnen worden, indien daarvan geen sprake zou zijn geweest.

^v Artikel 1:1 Wft (sub b van de definitie): "voor rekening van die cliënten uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten". Bovendien is in veel gevallen ook sprake van beleggingsadvies, wat conform Artikel 1:1 Wft (sub d van definitie) ook het verlenen van een beleggingsdienst inhoudt: "in de uitoefening van beroep of bedrijf adviseren over financiële instrumenten".

^{vi} Belangrijke bepalingen in dat kader zijn onder andere de artikelen 4:19, 4:20, 4:22, 4:23, 4:24, 4:89, 4:90 Wft.

^{vii} Artikel 1:1 Wft.

^{viii} Het omvangscriterium in de definitie van professionele belegger in de MiFID is beperkt tot "undertakings" en naar onze mening niet juist vertaald in de definitie van professionele belegger in artikel 1:1 van de Wft. Op grond van artikel 1:1 Wft (sub f van de definitie van professionele belegger) is uitsluitend een "nationale of regionaal overheidslichaam of overheidslichaam dat de overheidsschuld beheert" een professionele belegger. Andere publiekrechtelijke lichamen zijn van de definitie van professionele belegger uitgesloten. Dit is bevestigd in het antwoord in "Your Questions on MiFID" van de Europese Commissie (ID 249, internal reference 83, <http://ec.europa.eu/finance/koel/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=249>): "It follows that the reference to regional governments does not extend to public administrations at large and does not include eg local governments or municipalities or their respective administrations." Uit de parlementaire geschiedenis van de Wft (Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3, pag. 85) volgt dat bij een "regionaal overheidslichaam" gedacht moet worden aan de Duitse deelstaten, de *régions* in Frankrijk en België. Daaronder vallen dus niet een provincie, gemeente of waterschap. Zij zijn derhalve niet-professionele beleggers. Gelet hierop zullen semipublieke instellingen zoals woningcorporaties, onderwijs- en zorginstellingen evenmin moeten worden gezien als "regionale overheden", zodat ook zij niet-professionele beleggers zijn. Zie in gelijke zin prof. mr. D. Busch, *semipublieke instellingen zoals woningcorporaties, onderwijsinstellingen en zorginstellingen moeten worden aangemerkt als 'regionale overheden'* Ondernemingsrecht 2013/33, paragraaf 24.

^{ix} Rapport AFM d.d. 31 maart 2015.

^x Een niet-professionele belegger wordt ingevolge artikel 4:18c Wft bovendien wettelijk geacht over voldoende deskundigheid, kennis en ervaring te beschikken om door de bank als "professionele belegger" aangemerkt te kunnen worden indien hij voldoet aan ten minste twee van de volgende drie criteria:

1°. tijdens de voorafgaande vier kwartalen heeft de cliënt op de desbetreffende markt per kwartaal gemiddeld tien transacties van significante omvang verricht;

2°. de omvang van de portefeuille financiële instrumenten en deposito's in geld van de niet-professionele belegger is groter dan € 500 000; of

3°. de niet-professionele belegger is gedurende ten minste een jaar werkzaam of werkzaam geweest in de financiële sector, waar hij een beroep uitoefent of heeft uitgeoefend waarbij kennis van de beoogde beleggingsdiensten, beleggingsactiviteiten of nevendiensten vereist is of was.

^{xi} Artikel 3.1.10 van het Herstelkader.

^{xii} Kamerstukken II, 2006-2007, 31 086, nr. 3, p. 85. Zie in gelijke zin: mw. mr. L.J. Silverentand in *Handboek Beleggingsondernemingen* (Deventer: Kluwer 2009), Hoofdstuk 11 Cliëntenclassificatie, pag. 591.

^{xiii} Zie: mw. mr. C.H. Schot, *Onderneming en Financiering* 2009 (17) 2, *Financiering en derivaten*

Valkuilen in de ISDA-documentatie, p. 42. Het lezen van het gehele artikel is de moeite waard, omdat daaruit blijkt dat het deugdelijk afstemmen van deze rentederivaten op de financiering zelfs in de professionele markt bij financiële ondernemingen problemen oplevert.

^{xiv} In de praktijk varieert dit van 5 tot wel 20% per jaar.

^{xv} De marginverplichting is een zeer wezenlijk element van de renteswap. De margin dient ter zekerheid voor actuele verplichtingen voortvloeiende uit de renteswap, zijnde de (voortdurend veranderende) contante marktwaarde van de renteswap tijdens de gehele looptijd van de renteswap. Dit is geregeld in de artikelen 85 en 86 Bgfo. Artikel 86 Bgfo bepaalt dat een beleggingsonderneming erop moet toezien dat haar klanten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan de actuele verplichtingen te voldoen (saldibewakingsplicht). In de toelichting op artikel 86 Bgfo is opgenomen dat artikel 85 en artikel 86 van het Bgfo voorheen in één artikel waren opgenomen, namelijk artikel 28 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002. Saldi zijn op naam van de betreffende cliënt bij de bank aan te houden gelden en/of effecten. Uit de toelichting van de wetgever volgt dat ook een door de bank verleend krediet daaronder kan worden begrepen (Staatsblad 2006, 520, pag. 249 en 250). Margin kan dus worden aangehouden middels (in de praktijk geblokkeerde) effectenrekeningen en/of geldrekeningen (afhankelijk van het soort financieel instrument) dan

wel door middel van een kredietovereenkomst. De AFM, de NVB en banken ontkennen nog altijd, ons inziens onterecht, dat de marginverplichting van toepassing zou zijn. Waar zij dit op baseren is ons niet duidelijk. Banken hebben in veel gevallen de marginverplichting wel (voor de klant onzichtbaar) uitgevoerd, door een soort "limiet" (krediet) op te boeken, waaraan vervolgens zekerheden zoals pand- en hypotheekrechten werden gekoppeld (hetgeen overigens in strijd is met de wet). Deze limiet werd door de banken meegewogen in het totale obligo (schuld) van de klant.

^{xvi} Uit veel lagere rechtspraak volgt dat het verhogen van de opslagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is ex art. 6:248 lid 2 BW. Het Gerechtshof Amsterdam heeft op 10 november 2015 zelfs een beroep op dwaling gehonoreerd (ECLI:NL: ECLI:NL:GHAMS:2015:4647).

^{xvii} Dit had geleet op de eisen die volgen uit artikel 168 Bgfo wel het geval moeten zijn.

^{xviii} Een rentecap is als het ware een plafond. Het voordeel van een rentecap is dat door de "payer" wordt geprofiteerd van de lage rente en er dus geen negatieve waarde kan ontstaan. Dit betekent dat de rentecap kosteloos zou moeten kunnen worden beëindigd, dit in tegenstelling tot de renteswap.

^{xix} Artikel 168 Bgfo. Bovendien handelen banken hiermee in strijd met het provisieverbod van artikel 168a Bgfo.

^{xx} Kamerstukken II, vergaderjaar 2015-2016, 31 311, nr. 175, pag. 13.

^{xxi} Dit neigt mogelijk zelfs naar bedrog, artikel 3:44 BW.

^{xxii} Rapport AFM d.d. 4 december 2015.

^{xxiii} Brief van de minister van Financiën d.d. 1 september 2014.

^{xxiv} Rapport Alvarez & Marsal d.d. 28 juni 2016.

^{xxv} Alleen mr. drs. Bais heeft sinds 2012 al tientallen e-mailberichten aan de AFM toegezonden, waarbij zij haar ongenoegen heeft geuit. Het probleem van het falende toezicht speelde naar onze mening dan ook al ruimschoots voor de verplichte herbeoordelingen.

^{xxvi} Denk aan de ken-uw-cliëntregels van artikel 4:23 / 4:24 Wft, de informatieverplichting van artikel 4:19 / 4:20 Wft. Ook maken niet alle banken (bijvoorbeeld ABN AMRO Bank N.V.) gebruik van een zogeheten raamovereenkomst (in artikel 168 Bgfo gedefinieerd als cliëntovereenkomst). Bovendien is in geen van de gevallen waarin wel een raamovereenkomst is gehanteerd, voldaan aan de wettelijke eisen die door het Bgfo worden gesteld omtrent de inhoud van deze overeenkomst. Denk daarbij onder andere aan de kosten van beëindiging van een rentederivaat.

^{xxvii} Rapport AFM d.d. 31 maart 2015. Ook het Herstelkader lijkt er vanuit te gaan dat de margin- en saldbewakingsverplichting niet geldt, nu deze dient te worden hersteld door de banken. Wij begrijpen hier niets van. Niet alleen volgt de toepasselijkheid gewoon uit de wet, ook heeft het Gerechtshof Amsterdam op 15 september 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:3842) geoordeeld dat de margin- en saldbewakingsverplichting van toepassing is. Het Gerechtshof oordeelt in dit arrest bovendien dat de bank, door de niet-professionele belegger niet te wijzen op de marginverplichting en de daaraan verbonden risico's, tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen en wordt een beroep op dwaling toegewezen. Het lijkt ons nu juist aan de rechtsprekende macht uitleg te geven over wettelijke bepalingen en niet aan de AFM. Wij pleiten er dan ook voor dat de AFM haar eerdere standpunt herziet. Even leek het erop dat dit ook het geval was in het artikel van het FD d.d. 18 februari 2016 waarin mevrouw Van Vroonhoven (bestuursvoorzitter van de AFM) zei: *"De huidige lage rente scheidt deze groep evenwel op met een nijpend financieel probleem op, omdat zij nu moeten bijstorten."* Helaas is hier geen gevolg aan gegeven.

^{xxviii} Artikel 85 en 86 Bgfo en het Gerechtshof Amsterdam op 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842.

^{xxix} Door het aanpassen van algemene voorwaarden en overeenkomsten, zonder de klanten expliciet te wijzen op deze aanpassingen en de gevolgen daarvan.

^{xxx} Dit is ook in lijn met de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de zorgplicht van banken. Uit het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY4600) volgt dat een cliënt van de bank (vanwege het feit dat de bank te gelden heeft als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener en bij de cliënt deze professionaliteit en deskundigheid ontbreken) niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de zorgplicht van de bank. Bovendien mag een cliënt van de bank, indien hij wel op de hoogte is van deze zorgplicht, ervan uitgaan dat de bank deze zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust pas een onderzoeksplicht indien hij van de zorgplicht op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. De Hoge Raad oordeelt in rechtsoverweging 4.3.4 dat een cliënt, eventueel na het inschakelen van een deskundige, binnen bekwame tijd dient te klagen.