

Negatieve rente: min maal min is plus?

Ondernemingsrecht 2016/32

Column

Mag een bank bij een negatieve marktrente haar cliënten een negatieve rente in rekening brengen over creditsaldi op een betaal- of spaarrekening? Moet een bank haar cliënten bij een negatieve marktrente rente betalen over debetsaldi en uitstaande leningen? Dient een partij onder een derivatentransactie rente te betalen aan haar wederpartij als de rente negatief is? En hoe zit dat met de rente die betaald moet worden over verstrekte zekerheden in de vorm van *cash*? Het betreft hier vragen waarbij behalve juridische aspecten – waaronder de bancaire zorgplicht – ook andere aspecten een rol spelen, zoals de financiële consequenties voor de bank en de cliënt en fiscale en operationele aspecten.

Juridisch zal een bank haar cliënten alleen negatieve rente in rekening mogen brengen over creditgelden als de met deze cliënten gemaakte contractuele afspraken hierin voorzien of hiervoor een basis bieden. In de praktijk zullen de voorwaarden van de meeste banken niet voorzien in de berekening van negatieve rente over creditgelden. Deze voorwaarden en overeenkomsten refereren over het algemeen alleen aan de betaling van negatieve rente, debetrente, als er sprake is van een debetstand. Verder voorzien zij alleen in de vergoeding van creditrente. Het interpreteren van deze voorwaarden op een zodanige wijze dat deze creditrente ook een negatieve rente kan zijn, is moeilijk te rijmen met hetgeen partijen over en weer in verband met de desbetreffende betaal- of spaarrekening van elkaar mogen verwachten. Soms zal zelfs expliciet met de cliënt zijn afgesproken dat creditrente niet negatief kan zijn of niet lager dan 0%. Het eenzijdig wijzigen van de voorwaarden door de bank teneinde het in rekening brengen van negatieve rente mogelijk te maken, lijkt voor de banken over het algemeen evenmin een begaanbare weg. Als de voorwaarden al voorzien in een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid voor de bank, zal het zeker tot discussie met cliënten leiden als deze bevoegdheid wordt gebruikt om een wijziging te bewerkstelligen die de bank de bevoegdheid verleent een prestatie van de cliënt te verlangen die wezenlijk van de door deze toegezegde prestatie afwijkt.

Om voor nieuwe cliënten en nieuwe producten te voorzien in de mogelijkheid om negatieve rente in rekening te brengen over creditsaldi is juridisch minder problematisch. In de praktijk wordt al in een beperkt aantal gevallen negatieve rente in rekening gebracht. Het gaat dan om professionele marktpartijen, zoals verzekeraars en pensioenfondsen, die voor korte tijd tijdelijke kasoverschotten bij de banken plaatsen. Omdat de banken deze gelden niet kunnen aanwenden voor kredietverlening, wordt er met wederzijds goedvinden een negatieve rente gehanteerd.

Van een verplichting van een bank om haar cliënten bij een negatieve marktrente rente te betalen over debetsaldi en uitstaande leningen zal in beginsel eveneens alleen sprake zijn als de gemaakte contractuele afspraken hierin voorzien of hiervoor een basis bieden. Het enkele ontbreken van een *zero floor* lijkt daarvoor niet voldoende. Essentieel voor een debetrelatie is immers dat de cliënt een vergoeding betaalt aan de bank en niet andersom. Wellicht zou in dit verband nog betoogd kunnen worden dat de bank het door haar genoten voordeel aan de cliënt moet afdragen – uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking –, maar een dergelijke afdrachtverplichting kan mijns inziens nooit het bedrag van de door de cliënt bespaarde kosten te boven gaan.

1 Prof. mr. W.A.K. Rank is advocaat te Amsterdam en hoogleraar Financieel Recht aan de Universiteit Leiden.

In de derivatenpraktijk is de markt erin geslaagd om een regeling te treffen voor de gevolgen voor partijen van negatieve rentevoeten. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de gevolgen van negatieve rentevoeten voor betalingsverplichtingen onder het derivaat enerzijds en de rentevergoeding over verstrekte zekerheden in de vorm van *cash* anderzijds. In de 2006 ISDA Definitions wordt een regeling getroffen voor de eerste situatie. Partijen kunnen door het kiezen van de *Negative Interest Rate Method* (voor een variabele of vaste rentevoet) bepalen dat de rente die door een partij zou moeten worden betaald volledig wordt doorberekend ten laste van de wederpartij ingeval deze negatief is. Door het kiezen van de *Zero Interest Rate Method* (voor een variabele rentevoet) kunnen partijen bepalen dat een negatieve variabele rentevoet op nul wordt gesteld en dat geen van partijen uit dien hoofde iets aan de ander is verschuldigd. Door middel van het ISDA 2014 Collateral Agreement Negative Interest Protocol kunnen partijen een regeling treffen voor de rentevergoeding over onderpand verstrekt in de vorm van *cash*. Als het Protocol van toepassing is, wordt de renteafspraak in de toepasselijke zekerheden-documentatie geacht zo te zijn aangepast dat de zekerheidsgever in het geval van een negatieve rentevoet aan de zekerheidsnemer een bedrag moet betalen gelijk aan de absolute waarde van die rentevergoeding berekend over de door de zekerheidsgever aan de zekerheidsnemer verstrekte zekerheden in de vorm van *cash*. De derivatenpraktijk is in zoverre anders dan de rest van de bankpraktijk dat de bank daar veelal niet met cliënten te maken heeft, maar met wederpartijen, waarbij geen sprake is van een dienstverleningsrelatie tussen de bank en een cliënt.

Aan het in rekening brengen van negatieve rente kleven vanuit maatschappelijk oogpunt verschillende bezwaren, waarbij ik de derivatenpraktijk even buiten beschouwing laat. Banken die ertoe overgaan negatieve rente in rekening te brengen over creditsaldi lopen het risico dat cliënten hun creditgelden elders zullen onderbrengen. Dat kan gevolgen hebben voor de door deze banken aan te houden buffers in het kader van de CRR. Cliënten zullen geneigd zijn hun creditgelden te stallen bij banken die nog gewoon een creditrente vergoeden. Niet uitgesloten is dat zij daarbij hun gelden onderbrengen bij risicovolle banken in exotische jurisdicties of dat zij zullen opteren voor beleggen in plaats van sparen in de hoop op die manier een hoger rendement te kunnen behalen. Als deze cliënten daarvoor niet de juiste kennis en ervaring hebben kan dit verkeerd aflopen. Het betalen van rente door een bank bij debetstanden of uitstaande leningen kan voor de bank onvoorziene financiële consequenties hebben en leiden tot mismatches en operationele risico's. Voor de bank en de cliënt kunnen er ook fiscale gevolgen zijn, bijvoorbeeld het verlies van bepaalde aftrekposten. Aldus bezien is min maal min toch min.