



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het Rentederivatendossier: de evaluatie van de evaluatie

Tegelaar, J.T.; Veerman, M.E.

Citation

Tegelaar, J. T., & Veerman, M. E. (2022). Het Rentederivatendossier: de evaluatie van de evaluatie. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2022(20), 283-288. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513687>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513687>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het Rentederivatendossier. De evaluatie van de evaluatie

J.T. Tegelaar & M.E. Veerman, datum 20-09-2022

1. Inleiding

Op 1 juni 2021 berichtte de Autoriteit Financiële Markten (AFM) dat de compensatie voor de verkoop door een aantal banken van niet-passende rentederivaten aan het midden- en kleinbedrijf (mkb) is afgerond.^[2] De nadelige gevolgen van renteswapovereenkomsten voor mkb'ers hebben veel ophef veroorzaakt. In de periode vanaf de eeuwwisseling tot de financiële crisis van 2008 is namelijk een groot aantal renteswapovereenkomsten met het mkb aangegaan, die soms tot zeer nadelige gevolgen voor mkb-ondernemingen hebben geleid. De verwijten die de verkopende banken werden gemaakt zien onder meer op ontoereikende informatievoorziening waar het de mogelijke nadelige gevolgen van rentederivaten betreft en de bevoegdheid van banken om renteopslagen te verhogen.

Het zogeheten Uniform Herstelkader Rentederivaten (hierna: UHK) riep een collectief compensatietraject in het leven. De aanloop daarnaartoe nam vele jaren in beslag en de afwikkeling was uitzonderlijk in omvang en complexiteit. Vele partijen maakten deel uit van het proces, waaronder zes betrokken banken (ABN AMRO, Rabobank, ING, SNS, Van Lanschot en Deutsche Bank), de AFM, de minister van Financiën, de Derivatencommissie, het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid), belangenbehartigers en accountants. In totaal zijn 17.714 mkb-kanten door de betrokken banken gecompenseerd voor een bedrag van in totaal bijna 1,57 miljard euro.^[3] Totale geschatte kosten van het UHK-traject zijn ongeveer 2,4 miljard euro.^[4]

Aanleiding voor deze bijdrage is de recente evaluatie van het afwikkelingsproces in opdracht van het ministerie van Financiën, vanwege een in 2018 unaniem aangenomen motie van Kamerleden Leijten en Van der Linde.^{[5],[6]} Aanleiding voor de evaluatieopdracht vormde de constatering dat 'het hersteltraject rond de rentederivaten mkb nodeloos complex en duur is gebleken en de kosten van de compensatie en herstel extreem hoog zijn geworden' en dat 'de afwikkelingstijd frustrerend lang is voor gedupeerden en de verstrekken van de derivaten'.^[7] In de evaluatie staat de vraag centraal welke lessen daaruit zijn geleerd en zouden kunnen worden gebruikt voor eventuele toekomstige compensatietrajecten met betrekking tot zorgplichtschendingen en of het 'sneller en slimmer' had gekund. De bevindingen uit het evaluatierapport zijn gebaseerd op gesprekken met de bij het afwikkelingsproces betrokken partijen en een documentatiestudie. In deze bijdrage bespreken wij de belangrijkste bevindingen en geven wij enkele reflecties op de in het rapport geformuleerde aanbevelingen. Alvorens in te gaan op het evaluatierapport, zullen wij de problematiek van de rentederivaten en het mkb schetsen, de eerste herstel pogingen in aanloop naar het UHK kort bespreken en het UHK introduceren.

2. Rentederivaten en het mkb: een probleem van grote omvang

In de jaren voor de financiële crisis van 2008 zijn op grote schaal zogeheten renteswaps door banken aan het mkb verkocht.^[8] Een renteswap, een variant van een rentederivaat, is een financieel instrument waarbij – kort gezegd – de variabele (markt)rente wordt verruild voor een vaste rente en de klant zich op die wijze kan beschermen tegen een stijging van de variabele rente. Veel mkb-ondernemingen die een bancaire lening afsloten met een variabele rente werd door de bank aangeboden daarbij een renteswap af te sluiten.

Voor het mkb begonnen de problemen met de afgesloten renteswaps toen de variabele rente niet steeg, maar als gevolg van de financiële crisis daalde. De rentedaling leidde voor het mkb tot een negatieve marktwaarde van de afgesloten renteswaps. Banken liepen nu een financieel risico op de mkb-kanten. Om hun *exposure* op een mkb-klant te verkleinen, konden banken verplichten tot contante bijstortingen, zogeheten *margin calls*, waardoor liquiditeitsproblemen bij de klant konden ontstaan. Klanten konden vanwege de negatieve marktwaarde bovendien alleen tussentijds beëindigen na het betalen van een afkoopsom, variërend van tienduizenden euro's tot een ton.

Dat het een probleem van grote omvang betrof en geen incident, werd duidelijk na een AFM-onderzoek gestart in september 2012 na signalen uit de markt.^[9] In september 2013 verscheen de AFM Rapportage Rentederivaten, een verkennend onderzoek waarin de AFM constateerde dat de dienstverlening door sommige banken te wensen overliet.^[10] In 2014 publiceerde de AFM aanbevelingen voor de verbetertrajecten die banken al waren gestart naar aanleiding van de eerdere AFM-rapportage.^[11] De AFM benadrukte dat de aanbevelingen niet de status hadden van wet- en regelgeving, dat er ook andere manieren bestonden waarop zorgvuldige beleggingsdienstverlening kan plaatsvinden en dat het aan de sector zelf was om de aanbevelingen in de praktijk te implementeren.^[12]

De kwantitatieve omvang van de door het mkb afgesloten renteswaps werd in 2014 duidelijk: in dat jaar stonden ongeveer 17.000 rentederivaten uit bij niet-professionele mkb-ondernemingen en het onderliggende financieringsbedrag waarop zij betrekking hadden betrof ongeveer 26 miljard euro.^[13] De negatieve waarde van de openstaande rentederivaten bedroeg

3. Eerste herstellpogingen

Een eerste poging de problemen met rentederivaten op te lossen, deed de AFM in 2014 door de grootste aanbieders aan te sporen tot het zelfstandig uitvoeren van een herbeoordeling van de afgesloten rentederivaten in het licht van bestaande wettelijke normen. Tot veel succes leidde deze poging niet, want de AFM stelde een jaar later vast dat het herbeoordelingsproces te langzaam ging en dat een op de vijf dossiers niet adequaat was herbeoordeeld.^[15] Na bijsturing door de AFM verbeterde het een en ander. Desalniettemin luidde de conclusie van de AFM eind 2015 dat de herbeoordeling door de banken ondermaats was, evenals de toetsing door de AFM zelf van de herbeoordelingen.^[16] De gebrekkige herbeoordeling zou ertoe leiden dat klanten ofwel onvoldoende zouden worden gecompenseerd ofwel daarvoor in het geheel niet in aanmerking zouden komen.

In een nieuwe poging tot een oplossing te komen stelde de AFM voor onafhankelijke deskundigen aan te stellen die een 'uniform en voorschrijvend herstellkader' met de banken overeen zouden komen om de interpretatieruimte van banken te minimaliseren en waaraan alle rentederivatendossiers opnieuw moesten worden getoetst.^[17] Vertegenwoordigers van het mkb moesten ook bij dit proces worden betrokken. Externe beoordelaars (zogenoemde Externe Dossier Beoordelaars of EDB's, meestal een accountantskantoor) waarborgden een adequate toepassing van het herstellkader. De AFM hield op haar beurt toezicht op de activiteiten van de EDB's. Minister van Financiën Dijsselbloem onderschreef de voorstellen van de AFM.^[18] Met de informele benoeming, dat wil zeggen zonder dat daartoe een wettelijke grondslag bestond, op 1 maart 2016 van drie onafhankelijke deskundigen, Rutger Schimmelpenninck, Ben Knüppe en Theo Kocken, tezamen de Derivatencommissie, kon de vormgeving en uitvoering van het UHK dan echt van start gaan.

4. Het Uniform Herstellkader Rentederivaten

Bij de totstandkoming van het UHK waren zowel de bankensector als belangenbehartigers van het mkb en mkb'ers zelf nauw betrokken.^[19] De zes betrokken banken namen deel op basis van vrijwilligheid, al werd vanuit de AFM en de politiek de nodige druk uitgeoefend. In december 2016 was het UHK al definitief.^[20] Hierin werd vastgelegd: i) welke klanten in aanmerking komen voor compensatie; ii) hoe de compensatie moet worden berekend; en iii) hoe het herstelltraject op hoofdlijnen moet worden uitgevoerd. Het UHK was alleen van toepassing op mkb-klanten die als 'niet-professionele belegger' in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft) kwalificeerden^[21] en 'niet-deskundig'^[22] waren. Van het totale aantal mkb-klanten viel 87% binnen de reikwijdte van het UHK. Van deze mkb-klanten accepteerde 94% het compensatieaanbod.^[23]

Optimisme bestond destijds over de duur van de afwikkeling. In de Kamerbrief van 1 maart 2016 sprak de minister van Financiën de verwachting uit dat medio 2017 alle klanten zouden zijn gecompenseerd.^[24] Er werd echter vertraging opgelopen; pas begin 2020 waren alle zaken behandeld, onder meer vanwege de moeilijkheid alle informatie te verzamelen die verdeeld was over verschillende systemen bij de banken en de (gebrekkige) datakwaliteit.^[25] In maart 2021 is het UHK zo goed als afgerond.

5. De evaluatie

5.1 Bevindingen

Wij lichten in deze paragraaf een aantal bevindingen van de evaluatie uit. Wij onderscheiden daarin, zonder uitputtend te willen zijn, vier thema's:^[26]

- Onderscheid civiel recht en financieel toezicht;
- Informele aanstelling Derivatencommissie;
- Trilemma nauwkeurigheid, snelheid en uitvoerbaarheid;
- Belangenbehartiging.

Het rapport is kritisch ten aanzien van de vermenging van civiel recht en financieel toezicht en de betrokkenheid van de AFM en het ministerie van Financiën bij de totstandkoming en afwikkeling van het traject. De betrokkenheid van deze twee overheidsinstellingen is geen vanzelfsprekende. De AFM is weliswaar belast met het financieel gedragstoezicht,^[27] waaronder ook de rentederivatendienstverlening valt, maar de aard van het compensatietraject en de vraag in hoeverre gedupeerden recht hebben op schadevergoeding is in essentie een civielrechtelijke en geen toezichtrechtelijke. Het civiel recht is niet het domein van de AFM en zij bezat en bezit geen bevoegdheden tot het opstellen en opleggen van een compensatieregeling.^[28] Dat werd destijds ook onderkend door zowel de AFM als de minister van Financiën, als gevolg waarvan werd gekozen voor het aanstellen van onafhankelijke deskundigen.^[29] Desalniettemin bleef de betrokkenheid van

beide partijen bij het proces aanzienlijk. In het evaluatierapport wordt dan ook de (retorische) vraag gesteld of de AFM en het ministerie van Financiën – en met name de AFM – zichzelf bij de uitwerking van het UHK niet een te grote rol hebben toebedeeld.^[30] In de evaluatie wordt opgemerkt dat het rolzuiverder was geweest als de AFM zich had beperkt tot haar toezichtrechtelijke bevoegdheden.^[31] Aan de betrokkenheid van de beide actoren raakt ook de bevinding dat grote politieke druk is uitgeoefend op de banken om hen tot medewerking en deelname aan het UHK te bewegen. Hoewel wordt gesuggereerd dat de politieke druk een 'mogelijk struikelpunt' vormt waar het gaat om zuiverheid van rollen, wordt tegelijkertijd opgemerkt dat deze kan worden gezien als 'kantelpunt om de impasse in de herbeoordeling te doorbreken'.^[32] Over de aanstelling van de Derivatencommissie is het evaluatierapport overwegend positief. Zo wordt opgemerkt dat met het op informele wijze aanstellen van de commissie een impasse is doorbroken en dat uit gesprekken met de betrokken partijen blijkt dat 'de heren' (van de commissie) groot gezag en vertrouwen genoten.^[33] Wel wordt een kanttekening geplaatst bij de rol van de commissie bij de uitvoeringsfase van het UHK. De Derivatencommissie had 'slechts' de opdracht een UHK overeen te komen, niet om actief betrokken te zijn bij de uitvoeringsfase. In de praktijk bleek echter dat de commissie wel degelijk een rol speelde bij de te maken keuzes in het kader van de inrichting van processen en de herbeoordeling van dossiers door banken.^[34] Daarnaast hebben enkele van de betrokken partijen aangegeven dat de samenstelling van de commissie te eenzijdig zou zijn geweest. Er zou, met het oog op de uitvoerbaarheid van het UHK door banken, behoefte zijn geweest aan het betrekken van een deskundige op het gebied van *assurance* of datasystemen en aan meer expertise van accountants bij het opstellen van het UHK.^[35] Het trilemma tussen nauwkeurigheid, snelheid en uitvoerbaarheid is een derde thema in de bevindingen. De grote politieke druk wordt in het rapport (mede) aangemerkt als reden dat de nauwkeurigheidslat in het UHK-afwikkelingstraject zeer hoog is gelegd. Zo hoog, dat in de bevindingen wordt gesproken van een onbalans tussen nauwkeurigheid, snelheid en uitvoerbaarheid.^[36] Uit gesprekken met betrokken partijen wordt afgeleid dat de lange duur en hoge kosten van het traject met name in verband kunnen worden gebracht met de veeleisende controlestappen onder de zogeheten 'COS 3000-norm', op grond waarvan de 'EDB's door middel van het afgeven van een *assurance*-verklaring aangeven dat de door hun uitgevoerde controle 99% nauwkeurig is. Ondanks oproepen tot het hanteren van een minder zware zorgvuldigheidsnorm, gaf de AFM aan hier niet van af te willen wijken; zij voelde op haar beurt geen ruimte concessies te kunnen doen, gelet op de hoge zorgvuldigheidseisen die vanuit de politiek werd gesteld.^[37] Een vierde bevinding heeft betrekking op de belangenbehartiging. In het rapport wordt vastgesteld dat door de versnippering van de mkb-belangenbehartiging signalen van problemen die bestonden bij het mkb niet altijd tijdig konden worden opgemerkt.^[38] Vanaf de totstandkoming van het UHK is het rapport positiever over de betrokkenheid van de belangenbehartigers. Zo deelden zij waardevolle informatie met de AFM en de Derivatencommissie, presenteerden zij ideeën voor een collectief herstell kader en creëerden zij draagvlak bij het mkb voor de acceptatie van het UHK: betrokkenheid ten behoeve van het collectief.^[39] In de uitvoeringsfase kwam de focus van de belangenbehartigers echter (te veel) op het opkomen voor individuele gevallen te liggen, wat het proces verder vertraagde en bovendien de collectieve belangenbehartiging niet ten goede kwam.^[40] Daarnaast stelt het rapport vast dat de individuele mkb'ers weinig zichtbaar waren bij het UHK-totstandkomingsproces, waardoor de persoonlijke belangen van mkb'ers mogelijk niet altijd werden gezien.^[41]

5.2 Aanbevelingen

Naar aanleiding van de bevindingen wordt in het rapport een zestal aanbevelingen gedaan voor het inrichten van toekomstige grootschalige compensatietrajecten: (i) houd het financieel toezicht en het civielrecht uit elkaar; (ii) stel met *stakeholders* spelregels op die een collectieve geschilbeslechting kunnen vergemakkelijken en evidente valkuilen in de uitvoering kunnen vermijden; (iii) evalueer welke mogelijkheden en/of belemmeringen de WAMCA biedt bij grootschalige en/of complexe compensatietrajecten bij financiële producten zoals rentederivaten mkb; (iv) borg adequaat toezicht op de toegankelijkheid en bruikbaarheid van de archiefsystemen van financiële instellingen om risico's snel te kunnen overzien en de schade te kunnen redresseren; (v) organiseer een structurele klantenbehartiging in algemene zin, en specifiek voor financiële dienstverlening; en (vi) organiseer deskundige en objectieve inhoudelijke duiding voor collectieve regelingen, en ga na of inrichting van een Kifid Kamer daartoe een optie zou kunnen zijn.^[42] Op de aanbevelingen waarvan het zwaartepunt juridisch is, te weten de eerste, derde en zesde, zullen wij hieronder kort reflecteren.

Onderscheid civiel recht en financieel toezicht

Zoals hierboven al aan bod kwam, bevindt het compensatietraject van het rentederivatendossier zich op het snijvlak tussen civiel recht en financieel toezicht. Enerzijds stelde de AFM verscheidene zorgplichtschendingen vast op basis waarvan publiekrechtelijk kon worden gehandhaafd, anderzijds bood die route geen oplossing voor de schade geleden door de mkb-klanten. Om het gewenste resultaat, compensatie, toch te bereiken, begaf de AFM zich gedurende het traject geregeld in het civielrechtelijk domein. De aanbeveling luidt dat het civielrechtelijk domein en het financieel toezicht goed uit elkaar moeten worden gehouden. Maar de kern van de kritiek in het rapport ziet onzes inziens niet zozeer op de vermenging tussen civiel recht en financieel toezicht, maar op de intensieve betrokkenheid van de AFM, en het ministerie van Financiën, bij het (in essentie civielrechtelijk) compensatietraject zonder dat zij daartoe bevoegdheden had. De argumenten tegen

dergelijke betrokkenheid blijven wat ons betreft wat onderbelicht in het evaluatierapport.

Om een uitbreiding van haar bevoegdheden heeft de AFM de minister van Financiën gevraagd in haar wetgevingsbrief van 2016.^[43] De AFM verzocht om de bevoegdheid onafhankelijke experts in te kunnen schakelen 'bij impactvolle incidenten of specialistische onderzoeken'.^[44] De onafhankelijke experts bij het rentederivatentractaat waren de EDB's, die weliswaar op verzoek van de AFM, maar op basis van vrijwilligheid, door de banken werden aangesteld. Hoewel de minister in beginsel positief was over dit verzoek,^[45] heeft de AFM deze bevoegdheid tot op heden niet. De Engelse Financial Conduct Authority (FCA) beschikt wel over de bevoegdheid onafhankelijke deskundigen, zogeheten 'skilled persons', aan te stellen. Bovendien kan de FCA 'consumer redress schemes' opleggen.

Het uitrusten van de AFM met wettelijke bevoegdheden ten aanzien van compensatietrajecten zou weliswaar het kritiekpunt wegnemen dat de AFM heeft gehandeld zonder over de benodigde bevoegdheden te beschikken, maar de betrokkenheid van de AFM stuit ook op andere problemen. Een overzicht van zowel praktische als principiële bezwaren tegen de betrokkenheid van de AFM en het ministerie van Financiën bij het rentederivatendossier geeft Busch.^[46] De AFM had, zo betoogt Busch, geen expertise in het civielrechtelijk domein en had de expertise niet in huis om haar toezichhoudende rol op de EDB's die de herbeoordeling door de banken controleerden, adequaat te vervullen. Principiële argumenten die Busch aandraagt betreffen de inherente belangenconflicten van de AFM en de niet-onpartijdige positie van de AFM vanwege haar beleggersbeschermende toezichttaak.

Aan de principiële argumenten tegen betrokkenheid zou de afhankelijkheidsrelatie van banken ten opzichte van de AFM en het ministerie van Financiën kunnen worden toegevoegd. Die afhankelijkheid zorgt ervoor dat druk vanuit de beide actoren banken de facto ertoe dwingt zich te conformeren, ook al is het theoretisch uitgangspunt van medewerking vrijwilligheid. De afhankelijkheidsrelatie tussen het mkb en bank wordt besproken in de evaluatie,^[47] maar die tussen de bancaire sector en AFM en het ministerie van Financiën komt niet expliciet ter sprake. In de evaluatie is wel onderkend dat politieke druk is uitgeoefend op banken, maar deze druk wordt aangemerkt als hetgeen dat 'tot het gewenste resultaat wat betreft commitment aan het UHK' heeft geleid.^[48] Door deze druk in het licht te plaatsen van het resultaat, wordt wat ons betreft onvoldoende stilgestaan bij de zojuist genoemde bezwaren. Hoewel het UHK op basis van vrijwilligheid was, kan daar door de uitgeoefende druk dus het nodige op worden afgedongen.

De vraag is evenwel wat er zou zijn gebeurd als geen druk op de banken was uitgeoefend. Als louter de civielrechtelijke weg was bewandeld zou deze kwestie mogelijk voor alle gedupeerden nog veel langer hebben voortgesleept en de civiele rechtspraak zwaar hebben belast. Zo wordt op dit moment nog steeds geprocedeerd over de aandelenlease-affaire, die begon rond de eeuwwisseling, door gedupeerden die niet akkoord zijn gegaan met de zogeheten Duisenberg-regeling.^[49]

WAMCA

De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) is per 1 januari 2020 in werking getreden en maakt het mogelijk een collectieve schadevergoedingsvordering in te stellen ex artikel 3:305a BW. Deze procedure is ook beschikbaar voor acties die strekken tot het verkrijgen van een verklaring voor recht. De evaluatie noemt de WAMCA als mogelijke alternatieve oplossingsrichting. Omdat de ervaringen met de WAMCA grotendeels nog moeten worden opgedaan, luidt een van de aanbevelingen te onderzoeken in hoeverre de WAMCA kan worden ingezet voor grootschalige compensatietrajecten bij financiële producten.

Een van de knelpunten in verband met het inzetten van de WAMCA bij grootschalige compensatietrajecten die de evaluatie noemt, is het ontvankelijkheidsvereiste van gelijksoortigheid van belangen, of bundelbaarheid van vorderingen.^[50] Enerzijds zou kunnen worden betoogd dat de collectieve afdoening op basis van het UHK een indicatie vormt van de gelijksoortigheid van belangen. Bovendien biedt de WAMCA ruimte voor differentiatie binnen de groep van gedupeerden, net als bij de compensatietoekenning onder het UHK. Anderzijds kan niet worden ontkend dat de aanhangige WAMCA-zaken, waaronder tegen TikTok wegens schending van onder andere de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) met het doorverkopen van gegevens van minderjarige gebruikers en tegen onder meer Volkswagen wegens gebruikmaking van 'sjoemelsoftware', groepen gedupeerden en feitelijke situaties behelzen die in verscheidenheid onder doen voor de groep gedupeerden in het rentederivatendossier.^[51] In 2016 overwoog de rechtbank Oost-Brabant in een collectieve actie over renteswaps ingesteld tegen Rabobank onder het oude artikel 3:305a BW, dat het ging om een zeer uiteenlopende groep van klanten, van particulieren tot (semi-)publieke organisaties, met uiteenlopende kennis en ervaring op het gebied van renteswaps. Bovendien varieerden de typen renteswaps, het kon bijvoorbeeld gaan om reeds bestaande leningen, gelijktijdig afgesloten of toekomstige leningen, en de wijze van dienstverlening per partij.^[52] Relevante individuele omstandigheden die daaraan nog zouden kunnen worden toegevoegd, zijn onder meer de reden voor afsluiten (speculatie of *hedgen*) en waaruit de vermeende onrechtmatige handeling bestond, bijvoorbeeld uit het te gunstig schetsen van de financiële scenario's of omdat ten onrechte de indruk is gewekt dat advies is gegeven. Kortom: een grote verscheidenheid aan dossiers. Van een dergelijke verscheidenheid is in mindere mate sprake in de genoemde TikTok- en sjoemelsoftwarezaak, waar de feitelijke gebeurtenissen in veruit de meeste gevallen gelijk zullen zijn. In het domein van het financieel recht zou men in dit verband kunnen denken aan kwesties die zien op prospectusaansprakelijkheid. In genoemde zaken gaat het immers om één onrechtmatige handeling, bestaande uit het doorverkopen van gegevens in strijd met de AVG, de gebruikmaking van sjoemelsoftware en – in geval van prospectusaansprakelijkheid – het publiceren van onjuiste,

onvolledige of misleidende informatie, die een grote groep gedupeerden heeft geraakt, terwijl in de renteswapzaken duizenden individuele onrechtmatige handelingen hebben plaatsgehad.

Kifid Kamer

De derde te bespreken aanbeveling is het versterken van de rol van het Kifid door het opzetten van een Kifid Kamer. Wat de taakomschrijving van deze kamer zou moeten worden, en of deze bijvoorbeeld zou behelzen dat zaken groepsgewijs kunnen worden afgedaan, wordt niet verder uitgewerkt in het evaluatierapport. Zoals ook opgemerkt in het rapport, richt het Kifid zich op individuele afdoening en niet op groepsgewijze afhandeling van zaken.^[53] Anderzijds kan een Kifid-uitspraak wel een katalysator vormen voor collectieve afdoening door als voorbeelduitspraak te fungeren voor een grote groep gelijksoortige klachten. Eenzelfde geldt als vanzelfsprekend voor uitspraken door de rechtbanken en hoven. In het op dit moment actuele 'variabele rentedossier', over te hoge variabele rentes bij consumentenkredieten, heeft een Kifid-uitspraak bijvoorbeeld ertoe geleid dat banken op eigen initiatief compensatietrajecten zijn gestart.

Wij betwijfelen echter of een Kifid Kamer voor een collectieve klachtenbehandeling voor de hand ligt. Niet alleen bieden de reglementen daarvoor op dit moment de ruimte niet – klachten kunnen worden ingediend door individuele consumenten of kleinzakelijke ondernemers, niet door een collectief of belangenbehartiger –,^[54] maar daarnaast past groepsgewijze afdoening niet bij de fundamenteën van het Kifid: laagdrempelige toegang en de nadruk op individuele geschilbeslechting. Minister van Financiën Kaag benadrukte daarnaast dat een dergelijke taakuitbreiding afbreuk zou doen aan de snelheid en laagdrempeligheid van de geschillenbeslechting door Kifid, doordat collectieve afdoening uiterst complex is en als gevolg daarvan veel capaciteit zal vergen.^[55] Een uitbreiding van die capaciteit is een kwestie van financiering. Nu het Kifid wordt gefinancierd door de aangesloten financiële dienstverleners, zullen die de kosten moeten dragen van een eventuele capaciteitsuitbreiding.

6. Afsluiting

Een decennium na de eerste berichten over de problemen van mkb'ers met rentederivaten, is het veelbesproken rentederivatenhoofdstuk mkb nu gesloten. De resultaten bereikt met het UHK zijn indrukwekkend, maar zowel in de aanloopfase als bij de uitvoering is een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen. Met de blik vooruit, kunnen die kanttekeningen lessen vormen voor toekomstige grootschalige compensatietrajecten. Met die insteek is het evaluatierapport geschreven. De onderzoeksvraag 'had het slimmer en sneller gekund?' wordt in de conclusie van het rapport genuanceerd beantwoord. Hoewel wordt opgemerkt dat bepaalde elementen in het proces zeker (onnodig) vertragend hebben uitgepakt, zoals het gebrek aan regie over het hele proces, wordt ook benadrukt dat een groot compensatietraject als dit nu eenmaal inherent complex en tijdrovend is. In deze bijdrage hebben wij een overzicht willen geven van de belangrijkste bevindingen en aanbevelingen met daarnaast enkele eigen reflecties. Moge het gesloten rentederivatendossier in de toekomst worden geraadpleegd voor de opgedane lessen, want door schade en schande wordt men wijs.

Voetnoten

[1]

Mr. J.T. Tegelaar is als promovenda verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law en mr. M.E. Veerman is als promovenda verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law en de afdeling Strafrecht, Universiteit Leiden.

[2]

AFM, *Eindrapportage Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB*, 11 mei 2021, www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten.

[3]

AFM, *Eindrapportage Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB*, 11 mei 2021, www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten.

[4]

ABD TOPConsult, 'Collectief schadeherstel: kan het sneller en slimmer? Evaluatie afwikkelingsproces rentederivaten mkb', www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/05/17/collectief-schadeherstel-kan-het-snel-en-slimmer, maart 2022 (hierna: Evaluatierapport), p. 51.

[5]

Kamerstukken II 2017/18, 32013, nr. 162.

[6]

Evaluatierapport (zie voetnoot 4).

[7]

Kamerstukken II 2017/18, 32013, nr. 162.

[8]

Overigens niet alleen aan het mkb, ook aan (semi-)publieke instellingen, waaronder woningcorporatie Vestia.

[9]

J. Witterman, 'AFM onderzoekt derivaten bij kleine en middelgrote bedrijven', *Volkskrant* 18 september 2012; J. Heijn & M. Hooft van Huysduynen, 'AFM doet onderzoek naar derivaten in het mkb', *FD* 17 september 2012.

[10]

AFM, *AFM Rapportage Rentederivaten. Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB*, september 2013.

[11]

AFM, *Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB*, februari 2014.

[12]

AFM, *Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB*, februari 2014, p. 1.

[13]

AFM 28 mei 2014, 'Banken geven AFM inzicht in omvang rentederivaten MKB', te raadplegen via www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/mei/banken-geven-inzicht-rentederivaten-mkb.

[14]

AFM 28 mei 2014, 'Banken geven AFM inzicht in omvang rentederivaten MKB', www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/mei/banken-geven-inzicht-rentederivaten-mkb.

[15]

AFM, *Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB. Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB*, maart 2015.

[16]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 163](#), bijlage Brief AFM 'Herbeoordeling rentederivaten'.

[17]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 166](#), bijlage Brief AFM 'Aanpak rentederivaten'.

[18]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 168](#), p. 2.

[19]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 173](#), bijlage Brief Derivatencoïmissie 'Aanbieding uniform herstellkader rentederivaten'.

[20]

De volledige tekst van het UHK is beschikbaar via www.derivatencoïmissie.nl.

[21]

Zie punt 3.1.6-11 UHK. Een mkb-klant kwalificeert als professionele belegger als aan twee van de volgende omvangvereisten wordt voldaan: een balanstotaal van ten minste € 20 miljoen; een netto-omzet van ten minste € 40 miljoen; een eigen vermogen van ten minste € 2 miljoen (zie art. 1:1 Wft onder 'professionele belegger').

[22]

Zie punt 3.1.12-13 UHK.

[23]

AFM, *Eindrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB*, 11 mei 2021, www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten, p. 5; Evaluatierapport, p. 47.

[24]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 166](#).

[25]

Evaluatierapport, p. 50.

[26]

Andere thema's zijn onder meer het gebrek aan vertrouwen tussen de verschillende spelers in de aanloopfase naar het UHK, de gebrekkige informatiesystemen die het ophalen en samenvoegen van de benodigde data bemoeilijkten en het gebrek aan centrale regie.

[27]

Art. 1:25 Wft.

[28]

Voor kritiek op de betrokkenheid van de AFM en het ministerie van Financiën bij de rentederivatenaffaire, zie D. Busch, 'Een rol voor de AFM bij

afwikkeling van massaschade in de financiële sector?', OR 2017, p. 459-463.

[29]

[Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 166](#); [Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 166](#), bijlage Brief AFM 'Aanpak rentederivaten'.

[30]

Evaluatierapport, p. 52.

[31]

Evaluatierapport, p. 66.

[32]

Evaluatierapport, p. 61.

[33]

Evaluatierapport, p. 54.

[34]

Evaluatierapport, p. 55.

[35]

Evaluatierapport, p. 55-56.

[36]

Evaluatierapport, p. 57-59.

[37]

Evaluatierapport, p. 58-59. Zie ook het Reflectiedocument van de AFM, waarin wordt beschreven dat de AFM ervan is 'doordrongen dat de uitvoering niet mag mislukken', AFM, *Reflecties op de uitvoering van het UHK. Compensatietraject rentederivaten mkb*, mei 2021.

[38]

Evaluatierapport, p. 62.

[39]

Evaluatierapport, p. 62.

[40]

Evaluatierapport, p. 63.

[41]

Evaluatierapport, p. 63.

[42]

De AFM doet een aantal vergelijkbare aanbevelingen in haar Reflectiedocument, zie AFM, *Reflecties op de uitvoering van het UHK. Compensatietraject rentederivaten mkb*, mei 2021.

[43]

AFM, 'AFM Wetgevingsbrief 2016', 27 juni 2016.

[44]

AFM, 'AFM Wetgevingsbrief 2016', 27 juni 2016, p. 6-7.

[45]

[Kamerstukken II 2015/16, 32545, nr. 55](#), bijlage Reactie op wetgevingswensen DNB en AFM 2016.

[46]

D. Busch, 'Een rol voor de AFM bij afwikkeling van massaschade in de financiële sector?', OR 2017, p. 459-463.

[47]

Evaluatierapport, p. 64. In het rapport wordt aangegeven dat de afhankelijkheidsrelatie tussen het mkb en bank mogelijk een rol heeft gespeeld bij de hoge acceptatiegraad van het compensatieaanbod.

[48]

Evaluatierapport, p. 56.

[49]

De Duisenberg-regeling kwam tot stand door bemiddeling van W.F. Duisenberg en partij daarbij waren Dexia en vier belangenorganisaties. Deze regeling is via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) in 2007 algemeen verbindend verklaard.

[50]

Evaluatierapport, p. 76.

[51]

Voor een overzicht van alle WAMCA-zaken, zie het centraal register voor collectieve vorderingen via www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen.

[52]

Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, r.o. 5.31.

[53]

Evaluatierapport, p. 75.

[54]

Kifid, 'Reglementen en statuten', te raadplegen via www.kifid.nl/reglementen-en-statuten/.

[55]

[Kamerstukken II 2020/21, 29507, nr. 156](#), p. 9.