

SAMENVATTING UNIFORM HERSTELKADER RENTEDERIVATEN MKB

Inleiding:

De Minister van Financiën heeft de Derivatencommissie opdracht gegeven om een Uniform Herstellkader vast te stellen en indien mogelijk met de banken overeen te komen.

De Derivatencommissie is in maart 2016 begonnen met haar werkzaamheden. Op 5 april 2016 zijn de banken akkoord gegaan met een verlenging van de verjaringstermijn van vorderingen aangaande rentederivaten, die in de periode van 1 maart tot 1 oktober 2016 mogelijk zouden verjaren.

Op 5 juli 2016 heeft de Derivatencommissie het "[Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB](#)" voor de afwikkeling van MKB-rentederivaten gepresenteerd.

Het is een tekst van 47 pagina's. Om een snel begrip te bevorderen is de inhoud van het Herstellkader hieronder in 6 pagina's samengevat. Deze samenvatting is daardoor niet uitputtend. Bij twijfel: raadpleeg steeds de originele tekst!

Het Uniform Herstellkader is van toepassing op MKB-kanten die binnen een bepaalde periode een rentederivaat hadden en die, volgens de toegepaste definities "niet-professioneel" en "niet-deskundig" waren op het gebied van derivaten.

Nagenoeg alle banken die rentederivaten hebben verkocht aan het Nederlandse MKB ([ABN AMRO](#), [ING](#), [SNS](#), [van Lanschot](#)) en inmiddels ook [Rabobank](#) hebben zich aan het Herstellkader gecommitteerd. Deutsche Bank beraadt zich nog.

Deelnemende banken bieden aan MKB-kanten, die binnen het bereik van het Herstellkader vallen, een generieke coulantevergoeding aan, tot maximaal € 100.000,=. Daarnaast vergoeden banken eventuele opslagen die zij hun MKB-kanten in rekening hebben gebracht.

Juridische én cognitieve aspecten:

De Commissie schetst allereerst de juridisch relevante regels en licht deze toe. Het burgerlijk recht vergt dat partijen bij een overeenkomst -ook in de pré-contractuele fase- volgens de eisen van "redelijkheid en billijkheid" hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Op banken rust voorts een "zorgplicht". Tevens zijn banken gebonden aan toezichtrechtelijke regels (sinds 2007: Wet financieel toezicht) die voortkomen uit Richtlijn 93/22/EEG. Hierbij geldt dat een bank zich op een eerlijke, billijke en professionele wijze moet inzetten voor de belangen van haar klanten. Toezichtrechtelijke regels werken dóór in het burgerlijk recht: een schending van een toezichtrechtelijke regel is doorgaans een schending van de zorgplicht.

De Derivatencommissie heeft ook andere belangrijke aspecten (dan alleen maar: juridische) bij het afsluiten van rentederivaten meegewogen: bijvoorbeeld dat klanten vaak al jarenlang bankieren bij één en dezelfde bank, dat zij afhankelijk zijn van de bank voor hun financieringsbehoefte en de vaak gebrekkige voorlichting over rente-derivaten door de bank. Bij de verkoop van rentederivaten werden klanten vaak geconfronteerd met nieuwe begrippen, die zij niet altijd goed begrepen.

Uitgangspunten Herstelkader:

De commissie neemt als uitgangspunt dat het bij de beoordeling van een rentederivatendossier steeds moeilijk is om na te gaan of *ontoereikende informatievoorziening* een schending van de zorgplicht van een bank oplevert, en of de betreffende klant *daardoor* schade heeft geleden. Zo'n toets is alleen mogelijk in *individuele* dossiers die veel tijd vergt en tot hoge kosten leidt. Eerder was al duidelijk geworden dat rentederivatendossiers zich niet lenen voor collectieve behandeling door een rechter. De rechtbank Oost-Brabant heeft op 29 juni jl. de stichting Rentewapschadeclaim niet ontvankelijk verklaard in haar 28 vorderingen jegens een bank, zie <http://bit.ly/29nPmxO>

De Commissie heeft daarom gezocht naar een *Integrale Oplossing* die “mede gezien het aantal dossiers, de eenvoud en snelheid waarmee het Herstel moet kunnen worden verkregen, voor de meeste betrokkenen een doeltreffende oplossing biedt”. Het Herstelkader voorziet in een door de bank te betalen coulantevergoeding *zonder* dat de bank erkent dat zij schadelijktig is.

Vereiste 1: temporeel bereik:

Het Herstelkader is van toepassing op MKB-klienten die “niet-professioneel” zijn en die “niet-deskundig” worden geacht, en die een rentederivaat hadden gedurende enige tijd in de periode tussen 1 april 2011 en 1 april 2014. Indien een klant een rentederivaat met een bank is aangegaan, en binnen het tijdsbestek valt, en voorts als niet-professioneel en niet-deskundig kwalificeert, is op de klant het Herstelkader van toepassing.

Een klant kan tevens voor het Herstelkader in aanmerking komen indien het rentederivaat na 1 januari 2005 is gesloten (waarbij de einddatum na 1 april 2011 was gelegen), indien het derivaat *voortijdig* is geëindigd. Daarvoor moet de klant zich uiterlijk 5 januari 2017 zelf aanmelden voor beoordeling conform het Herstelkader.

Vereiste 2: Herstelkader alleen van toepassing op niet-professionele klienten:

Op een “professionele klant” is het Herstelkader *niet* van toepassing. Iedere natuurlijke persoon wordt overigens aangemerkt als niet-professioneel.

Een rechtspersoon als MKB-klient kwalificeert als “professioneel” als deze -op het moment van het afsluiten van het rentederivaat- aan twee van de drie omvangscriteria voldeed:

- a. Balanstotaal van tenminste € 20 miljoen
- b. Omzet van tenminste € 40 miljoen; of
- c. Eigen vermogen is tenminste € 2 miljoen;

Indien *niet* is voldaan aan twee of meer omvangsvereisten wordt een rechtspersoon-klient in beginsel als niet-professioneel aangemerkt.

Beoordeling van de omvangscriteria geschiedt op basis van de meest recente jaarrekening die beschikbaar was op het moment van het afsluiten van het rentederivaat. Als de rechtspersoon/MKB-klient deel uit maakt van een groep, dan geschiedt de toetsing op basis van de geconsolideerde jaarrekening van die groep.

Daarnaast kán een klant, die niet aan twee of meer van de omvangsvereisten voldoet, toch als professioneel worden aangemerkt: zie art. 1.1 Wet financieel toezicht. In dat geval geldt de klant tóch als professioneel en is het Herstelkader toch niet van toepassing.

Vereiste 3: Herstelkader alleen van toepassing op niet-deskundige klanten:

Indien een klant als *niet-professioneel* wordt aangemerkt, moet voor de toepassing van het Herstelkader ook worden vastgesteld of de klant *niet-deskundig* is. Een klant is *deskundig*, als de bank aantoonbaar dat hij, ten tijde van het afsluiten van de derivaat, ten minste aan één van de onderstaande criteria voldoet (waarbij hieronder de belangrijkste criteria worden genoemd):

- a. (..)
- b. Op het moment van het sluiten van het Rentederivaat i het balanstotaal van de klant € 10 miljoen of meer, én de actiefzijde van de balans van de klant bestaat voor ten minste 80% uit:
 - i. Vastgoed
 - ii. Financiële activa, gerelateerd aan vastgoed; en/of
 - iii. EffectenWelk criterium geen toepassing vindt in het geval de klant het vastgoed uitsluitend voor eigen bedrijfsmatig gebruik (ook in groepsverband) houdt en/of voor eigen bewoning.
- c. (..)
- d. De klant bij het afsluiten van het Rentederivaat:
 - i. De beschikking had over een directie of personeel met ten minste 5 jaar specialistische treasury ervaring, die is opgedaan binnen een bank, treasury-adviesorganisatie, vermogensbeheerder of treasury afdeling van een grootzakelijke onderneming; of
 - ii. Werd bijgestaan door een van de bank onafhankelijk adviseur, met dezelfde kwalificaties als hierboven onder d i. genoemd.
- e. De klant is onderdeel van een Groep die de beschikking had over personeel met dezelfde kwalificaties als hierboven onder d i genoemd.
- f. De klant is een natuurlijk persoon en beschikt over de kwalificaties zoals onder d. genoemd (..)
- g. De klant is een samenwerkingsverband van natuurlijke en/of rechtspersonen en één van de partijen, die in overwegende mate belang en/of zeggenschap heeft, kwalificeert als een “professionele belegger” of als “deskundige klant”

Voldoet de klant niet aan één van de bovenstaande criteria dan kwalificeert de klant als niet-deskundig voor de toepassing van het Herstelkader.

De vier stappen van het Uniform Herstelkader:

Stap 1: *gestructureerde rentederivaten* worden omgezet in een cap, collar of swap.

Stap 2: technisch herstel van mismatches, overhedge, vervroegd aflossen en bedrijfsbeëindiging;

Stap 3: generieke coulanevergoeding

Stap 4: vergoeding voor onterechte rente-opslagen

De hoogte van de generieke coulanevergoeding:

Retrospectief vergoedt de bank de MKB klant een percentage van alle netto kasstromen die tot het moment van toekennen van de compensatie zijn uitgewisseld.

Prospectief vergoedt de bank aan de MKB-klant een percentage van de markwaarde van de op het moment van toekennen van de compensatie nog uitstaande renteswap. De gehanteerde percentages: 20% indien de hoofdsom van de renteswap lag tussen € 0 en 2,5 miljoen.

10% indien de hoofdsom van de renteswap was gelegen tussen € 2,5 en 10 miljoen.

Het maximum van de generieke coulancevergoeding is € 100.000,=.

Pas met ingang van 1 januari 2017 vindt oprenting plaats.

Vergoeding rente-opslagen:

Retrospectief wordt de MKB-klant gecompenseerd indien de bank op enig moment de rente-opslag op haar variabel-rentende lening heeft verhoogd. De doorgevoerde opslagverhogingen worden ongedaan gemaakt.

Prospectief fixeert de bank de rente-opslag op het oorspronkelijke niveau en past deze in de toekomst niet meer aan.

Beide compensaties gelden uitsluitend voor dat gedeelte van de hoofdsom waarover de bank géén coulancevergoeding verschuldigd is.

Kwijting en gevolgschade:

Een MKB-klant die herstel uit hoofde van het Herstelkader aanvaardt, verleent finale kwijting aan de bank terzake van alle klachten, aanspraken en vorderingen jegens de bank in verband met het rentederivaat. Acceptatie van het herstel door een MKB-klant heeft tevens tot gevolg dat de klant tevens finale kwijting verleent t.a.v. *gevolgschade*.

Verjaring en klachtplicht:

De commissie roept de banken op om terughoudendheid te betrachten met een beroep op een verjaringstermijn of het verzaken van de klachtplicht. Voor de toepassing van het Herstelkader geldt bovendien het volgende:

- a. Banken zullen zich niet beroepen op verjaring of het door een MKB klant verzaken van de klachtplicht, in het kader van de actieve herbeoordeling onder het Herstelkader.
- b. Alle verjarings- en klachtplichttermijnen die in de periode 1 maart 2016 tot en met de datum van de afronding van de Pilot-fase omkomen, worden met zes maanden verlengd, ingaande de datum van afronding van de Pilot fase (nog vast te stellen door de Derivatencommissie).

Eerder overeengekomen vaststellingsovereenkomsten en afgekomen bindende uitspraken:

In de context van het Herstelkader geldt, dat tot stand gekomen vaststellingsovereenkomsten en bindende einduitspraken ongemoeid blijven, zij het met de volgende uitzonderingen:

- a. Een bank zal de MKB-klant ongeacht de inhoud van een eventueel toepasselijke vaststellingsovereenkomst of de uitkomst van een bindende uitspraak, coulance halve deel laten nemen aan het Herstelkader;
- b. Een bank zal de uitkomst van het Herstelkader voor een individuele MKB-klant coulance halve toepassen, ongeacht de inhoud van een vaststellingsovereenkomst of de uitkomst van een bindende uitspraak;
- c. Indien toepassing van het Herstelkader leidt tot een hogere financiële vergoeding voor de MKB-klant, dan heeft hij aanspraak op het meerdere; en

- d. Indien toepassing van het herstellkader leidt tot een lagere financiële vergoeding voor de MKB-klant, dan heeft dat geen (financiële) gevolgen voor de MKB-klant.

Vergoeding buitengerechtelijke kosten:

Een MKB-klant die recht heeft op herstel uit hoofde van het Herstellkader én die ten behoeve van de discussie met de bank over een rentederivaat een advocaat en/of een technisch adviseur heeft ingeschakeld, kan aanspraak maken op een vergoeding. Indien de MKB klant kan aantonen dat hij vóór 1 maart ter zake van de bedoelde discussie met de bank:

- a. op individuele basis een advocaat en/of financieel-technisch adviseur heeft ingeschakeld, ontvangt de MKB klant een vergoeding voor daadwerkelijk aangetoonde kosten van maximaal € 10.000 (excl. BTW);
- b. zich bij een belangenorganisatie heeft aangesloten, ontvangt de MKB-klant een vergoeding door daadwerkelijk aangetoonde kosten van maximaal € 3.000,= (excl. BTW).

Uitvoering van het Herstellkader:

Voor de inrichting van het uitvoeringsproces wordt gebruikt gemaakt van een “pilot fase” van 2 à 3 maanden na publicatie van het Herstellkader, waarin banken de uitvoering van het Herstellkader kunnen inrichten en testen. De Derivatencommissie is bij dat proces betrokken.

Daarna worden de banken geacht het Herstellkader ten aanzien van MKB-klanten zélf pro-actief uit te voeren.

De banken berichten de betreffende MKB-klanten per brief over het aan de MKB-klant toekomende herstel.

Om prioriteit te geven aan kwetsbare groepen, wordt door banken de volgende volgorde aangehouden:

- a. eerst worden alle MKB klanten die onder Bijzonder Beheer van de bank vallen, hersteld;
- b. daarna worden alle MKB klanten met nog lopende rentederivaten hersteld, en wel in die volgorde dat MKB-klanten met de laagste hoofdsommen als eerste worden hersteld;
- c. tot slot worden alle overige MKB-klanten hersteld, eveneens in die volgorde dat MKB klanten met de laagste hoofdsommen eerst worden hersteld.

MKB-klanten wier rentederivaat vóór 1 april 2011 is geëindigd wegens voortijdige afwikkeling, maar die toch voor beoordeling van het Herstellkader in aanmerking willen komen, moeten zich uiterlijk 5 januari 2017 zélf bij hun bank aanmelden.

De klant dient het door de bank voor te stellen herstel binnen een nog vast te stellen termijn schriftelijk te aanvaarden.

Een klant die het van de Bank ontvangen voorstel tot herstel niet aanvaardt, is hieraan niet gebonden en kan hieraan geen rechten ontleen. Ook de bank is hieraan dan niet gebonden. Zulke klanten kunnen hun vorderingen individueel aan een rechtbank of aan het Kifid voorleggen.

Daarnaast: (in uitzonderlijke gevallen) bindend advies door de Derivatencommissie:

Het Herstelkader voorziet in een aantal limitatief omschreven bijzondere individuele gevallen in de mogelijkheid dat deze gevallen, binnen een nader te bepalen termijn, gemotiveerd door de klant bij wege van bindend advies aan de Derivatencommissie worden voorgelegd. Dit bindend advies staat alleen open voor klanten die het herstel in beginsel hebben aanvaard. De Derivatencommissie beslist naar billijkheid en in lijn met het Herstelkader. Voor een goede gang van zaken zal de commissie een procesreglement opstellen. De kosten van het bindend advies worden grotendeels gedragen door de betreffende bank. De klant betaalt € 250,= maar dit bedrag wordt gerestitueerd indien ten gunste van de klant wordt beslist.