



Algemene Bestuursdienst
Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Collectief schadeherstel: kan het sneller en slimmer?

Evaluatie afwikkelingsproces
rentederivaten mkb



ABDTOPConsult

Dichtbij en onafhankelijk

Colofon

ABDTOPConsult

Muzenstraat 97
2511 WB DEN HAAG
www.abdtopconsult.nl

Bernard ter Haar

ABDTOPConsult

Dichtbij en onafhankelijk

De consultants van ABDTOPConsult zijn lid van de topmanagementgroep (TMG) van de Algemene Bestuursdienst en worden benoemd door de Ministerraad. Ze zijn rijksbreed en interbestuurlijk inzetbaar voor interimopdrachten, projecten en onafhankelijke advisering bij complexe en (politiek) gevoelige zaken.

Collectief schadeherstel: kan het sneller en slimmer?

Evaluatie afwikkelingsproces rentederivaten mkb

Maart 2022

Voorwoord

Voor u ligt het evaluatierapport over het afwikkelingsproces van de compensatie die door banken aan mkb'ers is verstrekt voor geleden financiële schade door aan hen verkochte rentederivaten. Nadat vanaf 2012 is geconstateerd dat de verkoop van die derivaten aan mkb'ers niet goed was verlopen en daardoor financiële schade was ontstaan, heeft het nog vele jaren geduurd voordat deze schade is gecompenseerd. De Tweede Kamer heeft gevraagd of dit afwikkelingsproces niet slimmer en sneller had gekund en welke lessen we eruit kunnen leren, waarop de minister van Financiën ABDTOPConsult om een evaluatie heeft verzocht. Het uiteindelijke resultaat van de afwikkeling oogt positief. Het probleem dat speelde was in alle opzichten bijzonder complex. De politieke druk op het proces en het wantrouwen tussen de betrokken partijen is hoog geweest. Met het resulterende hersteltraject is een totaal compensatiebedrag van ruim 1,5 miljard euro bij zes banken afgedwongen, waarmee bijna 19 duizend gedupeerde mkb-kanten zijn gecompenseerd voor de geleden financiële schade.

Desalniettemin constateren wij in dit evaluatierapport een rommelig en langdurig afwikkelingsproces, met verschillende fases en ook veel betrokken actoren. Bij terugblik had dat zeker efficiënter gekund. Opvallend is daarbij dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) weliswaar zelf constateert geen bevoegdheid te bezitten in het (civielrechtelijke) domein van compensatie, maar de toezichthouder wel nadrukkelijk betrokken is bij, en een belangrijk stempel heeft gedrukt op het gehele afwikkelingsproces. Dat dient bij een volgende keer te worden vermeden, en daarbij ligt ook een rol voor de minister van Financiën en de Tweede Kamer om hierop alerter te zijn. Verder constateren we in dit rapport dat in een collectief compensatietraject drie rollen belangrijk zijn: de belangenbehartiging, de arbitrage en de regie. Bij een reeks van collectieve compensatiezaken, waaronder ook deze, geeft de belangenbehartiging een onoverzichtelijk beeld, zowel voor de klant als voor de aanbieder. Dit vraagt een structurele oplossing. Voor de arbitrage heeft in het onderhavige geval van de rentederivaten mkb het model van een commissie van wijzen goed gefunctioneerd. In andere gevallen in het financiële domein is er via onderhandelingen tussen aanbieders en belangenbehartigers tot een resultaat gekomen, soms op basis van (individuele) voorbeelduitspraken van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid). Het Kifid zou ook zelf collectieve zaken kunnen oppakken, mits vanuit deskundigheid en met oog voor de maatschappelijke dimensie van een collectief schadetraject. Bij rentederivaten mkb bleek in de uitvoeringsfase een gebrek aan regie en daardoor is veel onzekerheid en twijfel ontstaan over de betrouwbaarheid van de afwikkeling. Dit kan verholpen worden als de stakeholders deze regiefunctie expliciet beleggen.

Tot slot constateren wij dat de wetgever de afgelopen periode ruimte heeft gecreëerd voor civielrechtelijke uitspraken inzake massacompensatie, de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA). Die ruimte is nog niet benut voor financiële diensten, er dient bezien te worden of de WAMCA daartoe wel effectieve mogelijkheden bevat.

Voor de totstandkoming van deze evaluatie is veel documentatie bestudeerd en is met veel betrokkenen gesproken. Bij deze willen we alle gesprekspartners bedanken voor de open en constructieve gesprekken die wij de afgelopen maanden hebben mogen voeren. Niet alle betrokkenen hebben met ons willen spreken. Een aantal belangenbehartigers hebben dit geweigerd vanuit een vermeend gebrek van onafhankelijkheid onzerzijds. Wij betreuren dat, maar menen desondanks dat wij wel de volledige breedte van het afwikkelingsproces in het vizier hebben kunnen krijgen, en onafhankelijk van alle betrokken partijen een beeld hebben kunnen vormen.

Dit voorwoord is tot zover in de 'wij' vorm geschreven. Dat brengt tot uitdrukking dat ik bij alle werkzaamheden enorm geholpen ben door Zoë Pankow, Tanja Wachter, Martijn Hubers en Florian Keulers. Heel veel dank daarvoor! Dank ook aan Wilma Keus voor het plannen van de gesprekken en de hulp bij de eindredactie van dit rapport. Voor het uiteindelijke resultaat van deze evaluatie rust de verantwoordelijkheid volledig bij mij.

Ik hoop dat deze evaluatie niet alleen een zo objectief mogelijke terugblik werpt op het afwikkelingsproces rentederivaten mkb, maar ook van nut kan zijn bij (uiteraard onverhoopte) nieuwe gevallen van collectieve schade voortkomend uit financiële diensten of producten, zodat die slimmer en sneller kunnen worden afgewikkeld.

Bernard ter Haar

Inhoud

| | | |
|-----------------------|---|-----------|
| Voorwoord | | 4 |
| Lijst van afkortingen | | 9 |
| Samenvatting | | 10 |
| 1 | Inleiding | 16 |
| 1.1 | Aanleiding | 16 |
| 1.2 | Opdracht | 17 |
| 1.3 | Aanpak en verantwoording | 18 |
| 1.4 | Leeswijzer | 19 |
| 2 | De gekozen oplossingsrichting – het Uniform Herstelkader | 20 |
| 2.1 | De situatie tot 2016 | 20 |
| 2.1.1 | Rentederivaten en mkb-financiering | 20 |
| 2.1.2 | Signalen van problemen bij mkb-ondernemers | 21 |
| 2.1.3 | Onderzoek van de AFM naar rentederivaten | 23 |
| 2.1.4 | Aanbevelingen voor dienstverlening betreffende rentederivaten | 27 |
| 2.1.5 | Onvolkomenheden bij de eerste herbeoordelingsfase | 29 |
| 2.2 | Totstandkoming Uniform Herstelkader | 32 |
| 2.2.1 | Gepresenteerde oplossingsrichting door de AFM | 32 |
| 2.2.2 | Nadere uitwerking gepresenteerde oplossingsrichting | 35 |
| 2.2.3 | Afronding totstandkoming UHK | 37 |
| 2.2.4 | Inrichting van het toezicht | 38 |
| 2.3 | Het Uniform Herstelkader | 39 |
| 2.3.1 | Scope | 39 |
| 2.3.2 | Herstelstappen | 40 |
| 2.3.3 | Uitvoering | 41 |
| 3 | Uitvoering en uitkomsten UHK-traject | 43 |
| 3.1 | Uitvoering | 43 |
| 3.1.1 | Opstartproblemen en vertraging door data- en automatiseringsproblemen | 43 |
| 3.1.2 | Proces komt op stoom door procesoptimalisaties | 44 |
| 3.1.3 | Op weg naar de afronding | 45 |
| 3.1.4 | Belangenbehartiging tijdens de uitvoeringsfase | 46 |
| 3.2 | Uitkomsten | 47 |
| 3.2.1 | Scope | 47 |

| | | |
|-----------------|---|-----------|
| 3.2.2 | Compensatieaanbod en acceptatiegraad | 47 |
| 3.2.3 | Tijdspad | 50 |
| 3.2.4 | Uitvoeringskosten | 50 |
| 4 | Bevindingen afwikkelingsproces rentderivaten mkb | 52 |
| 4.1 | De ongelukkige start leidt tot padafhankelijkheid | 52 |
| 4.2 | De Derivatencommissie: informeel doch gezaghebbend | 54 |
| 4.2.1 | Aanstelling doorbreekt impasse | 54 |
| 4.2.2 | Opdracht leidt tot beperkte aandacht voor uitvoering | 55 |
| 4.2.3 | Een eenzijdige samenstelling van de Derivatencommissie | 55 |
| 4.2.4 | Grondige aanpak | 56 |
| 4.3 | Onbalans tussen nauwkeurigheid, snelheid en uitvoerbaarheid | 57 |
| 4.3.1 | Nauwkeurigheid centraal gesteld | 57 |
| 4.3.2 | Oproep tot aanpassing van de nauwkeurigheidseis vindt geen gehoor | 58 |
| 4.3.3 | Pilotfase brengt onbalans onvoldoende in beeld | 59 |
| 4.4 | Een samenspel van onderliggend wantrouwen en politieke druk | 59 |
| 4.4.1 | Een gebrek aan onderling vertrouwen | 60 |
| 4.4.2 | Politieke druk | 61 |
| 4.5 | De positie van de gedupeerde mkb'er | 62 |
| 4.5.1 | Rol van de belangenbehartiger | 62 |
| 4.5.2 | Relatie tussen klant en bank | 64 |
| 5 | Bevindingen compensatietrajecten | 65 |
| 5.1 | Zijn de AFM en Financiën verwaald geraakt in een civielrechtelijk proces? | 65 |
| 5.2 | Trilemma bij compensatietrajecten: nauwkeurigheid, snelheid en kosten | 66 |
| 5.3 | Relevante rechtsontwikkeling in de Wft en het BW | 68 |
| 5.3.1 | Productontwikkelingsproces | 69 |
| 5.3.2 | Uitbreiding toegang tot het Kifid | 69 |
| 5.3.3 | Collectieve actie en ontwikkelingen rondom massaschade | 70 |
| 5.4 | Compensatie variabele rente consumentenkrediet | 71 |
| 5.4.1 | Toepassing van geleerde lessen | 72 |
| 5.4.2 | Vergelijkbare kwetsbaarheden | 73 |
| 5.5 | Alternatieve oplossingsrichtingen | 74 |
| 5.5.1 | Een compensatiemechanisme | 74 |
| 5.5.2 | Een sterkere rol voor het Kifid | 75 |
| 5.5.3 | Mogelijkheden voor collectieve massaschadevergoeding | 76 |
| 6 | Conclusie | 78 |
| 7 | Aanbevelingen | 83 |
| Bijlagen | 86 | |

| | | |
|-----------|--|----|
| Bijlage 1 | Opdrachtbrief Ministerie van Financiën | 87 |
| Bijlage 2 | Gesprekspartners | 91 |
| Bijlage 3 | Secretariaat | 93 |
| Bijlage 4 | Reflectiedocumenten | 94 |

Lijst van afkortingen

| | |
|--------------------|---|
| AFM | Autoriteit Financiële Markten |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| Derivatencommissie | De onafhankelijke deskundigen aangesteld door de minister van Financiën, te weten: de heren R.J. Schimmelpenninck, B.F.M. Knüppe en T.P. Kocken |
| DNB | De Nederlandsche Bank |
| EDB | Externe dossierbeoordelaar |
| FCA | Financial Conduct Authority, de Britse toezichthouder voor de financiële markten als opvolger van de Financial Services Authority |
| FSA | Financial Services Authority, per 1 april 2013 opgevolgd door de FCA |
| KCR | Kenniscentrum Rentederivaten, een initiatief van enkele advocaten en financieel adviseurs om hun praktijkkennis en ervaringen inzake rentederivaten mkb te bundelen |
| Kifid | Klachteninstituut Financiële Dienstverlening |
| MiFID II | Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (Markets in Financial Instruments Directive II) |
| mkb | Midden- en kleinbedrijf |
| NVB | Nederlandse Vereniging van Banken |
| ONL | Ondernemend Nederland |
| POP | Productontwikkelingsproces |
| SGB | Stichting Geschillencommissies voor Beroep en het Bedrijf |
| UHK | Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB |
| VK | Verenigd Koninkrijk |
| WAMCA | Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie |
| WCA | Wet collectieve actie |
| WCAM | Wet collectieve afwikkeling massaschade |
| Wft | Wet op het financieel toezicht |

Samenvatting

De minister van Financiën heeft ABDTOPConsult gevraagd het afwikkelingsproces rentederivaten mkb te evalueren, ter uitvoering van een motie uit 2018 van Kamerleden Leijten en Van der Linde. In dit evaluatierapport wordt antwoord gegeven op de vraag welke lessen geleerd kunnen worden uit dit proces. Deze lessen kunnen nuttig zijn voor eventuele toekomstige compensatie van zorgplichtschendingen. Daarvoor zijn gesprekken gevoerd met betrokkenen en experts, en is een uitgebreide documentenstudie uitgevoerd. In dit rapport wordt ingegaan op (i) de gekozen oplossingsrichting en chronologie van het afwikkelingsproces, (ii) de chronologie van de uitvoering en uitkomsten van het UHK-hersteltraject, (iii) bevindingen bij het gehele afwikkelingsproces en (iv) bevindingen bij compensatietrajecten. Het rapport sluit af met conclusies en aanbevelingen voor verbetering van de mogelijkheden tot en inrichting van toekomstige compensatietrajecten.

De gekozen oplossingsrichting

Banken verkopen in het begin van deze eeuw rentederivaten in combinatie met variabele rente leningen aan mkb'ers, ter bescherming tegen een stijgende rente. Doordat met de kredietcrisis de rente daalt, komen sommige klanten in financiële problemen. Uit onderzoeken van toezichthouder AFM blijkt dat deze ondernemers onvoldoende of onjuist geïnformeerd zijn over de werking en risico's van het aan hen verkochte rentederivaat. Banken hebben hun zorgplicht jegens deze groep kwetsbare mkb-klanten, met beperkte kennis en ervaring, geschonden. De AFM roept in 2014 de zes betrokken banken op om hun rentederivatendossiers te herbeoordelen en doet hiervoor aanbevelingen. Tevens wordt in 2015 een loket bij het Kifid ingericht waar klanten met klachten terecht kunnen. Eind dat jaar concludeert de AFM dat de herbeoordeling onzorgvuldig is uitgevoerd door de banken, maar ook onzorgvuldig is begeleid door de toezichthouder zelf, en opnieuw dient te geschieden.

De AFM adviseert de minister van Financiën om drie onafhankelijke deskundigen aan te stellen en hen de opdracht te geven een uniform herstell kader (UHK) op te stellen — de Derivatenco commissie. De minister stelt dat deze herbeoordeling onbetwistbaar goed en zorgvuldig moet plaatsvinden. De Derivatenco commissie werkt het UHK in de eerste helft van 2016 uit, waarna de banken aan de slag gaan met het inrichten van hun processen. In de tweede helft van 2016 vindt een pilotfase plaats. Daarna wordt het UHK uitgebreid en de definitieve afwikkeling gestart. De AFM toetst de externe dossierbeoordelaars (EDB's), die erop toezien dat de banken

correcte compensatiebrieven aan hun klanten sturen, en houdt toezicht op de uitvoering van het herstelproces.

Het UHK bepaalt het toepassingsbereik van het compensatieproces. Verder schrijft het kader in vier stappen voor hoe de compensatie moet worden berekend door de banken. Er wordt, mede op verzoek van de Tweede Kamer, aandacht gevraagd voor kwetsbare groepen, die voorrang moeten krijgen bij het ontvangen van compensatie. Klanten hebben de mogelijkheid op het compensatieaanbod te reageren, het aanbod te accepteren of op specifieke aspecten van het herstel bindend advies te vragen.

Uitvoering en uitkomsten

Na afronding van de pilotfase loopt de uitvoering in 2017 al snel vertraging op. Het vertalen van het complexe UHK naar een uitvoerbaar, en in sommige gevallen geautomatiseerd, herstelproces duurt bij de banken met meer klantdossiers langer dan verwacht. Ook blijkt de benodigde data verspreid in verschillende systemen en archieven, of niet beschikbaar, waardoor besloten moet worden over te hanteren aannames. De Derivatencommissie geeft door middel van *Questions and Answers* en bankspecifieke duiding richting aan deze inhoudelijke keuzes. De AFM verkent met de banken procesoptimalisaties, zoals het uitkeren van voorschotten op de compensatie, zodat klanten niet de dupe worden van de vertraging. Vanaf 2018 komt het versturen van de aanbodbrieven echt op gang en ontvangen veel mkb'ers hun compensatie. De Kamer, minister en AFM blijven tot dan toe druk zetten op het proces. Eind 2019 is aan iedere gedupeerde een compensatieaanbod gedaan. De acceptatie en uitkering daarvan loopt in 2020 en 2021 door, evenals beoordeling over de bindend advies-verzoeken.

In totaal is aan 18.917 klanten compensatie aangeboden, met een totale omvang van 1,57 miljard euro. De overgrote meerderheid (94%) accepteert het aanbod, slechts 0,4% start een gerechtelijke procedure. Er wordt door ongeveer 100 klanten bindend advies aangevraagd. 2.725 mkb-klanten komen niet in aanmerking voor compensatie omdat zij buiten de reikwijdte van het UHK vallen. De compensatie per herstelstap en per klant verschilt aanzienlijk. Van de totaal uitgekeerde compensatie bedraagt 56% de uit herstelstap 3 volgende coulancevergoeding, die aan bijna alle klanten wordt toegekend. De uitvoeringskosten bedragen naar schatting ongeveer de helft van het totaal aan gedupeerde mkb'ers uitgekeerde bedrag.

Bevindingen

Het afwikkelingsproces wordt gekenmerkt door 'padafhankelijkheid'. Doordat de eerste herstelpoging onder een onzeker gezag van de AFM mislukt, wordt onder grote politiek-maatschappelijke druk in het UHK-traject de zorgvuldigheidslat erg hoog gelegd. In combinatie met de complexiteit van de rentederivatenproducten en het compensatiekader, leidt dit tot uitvoeringsproblemen en vertraging. Verder is het voor klanten en belangenvertegenwoordigers lastig de berekeningen te verifiëren. De EDB's en het toezicht van de AFM daarop borgen de zorgvuldigheid, maar leiden tot aanzienlijke kosten. De complexiteit van de uitvoeringsaspecten van de oplossingsrichting is in 2016 bij alle betrokkenen onvoldoende in beeld gekomen.

Het gebrek aan onderling vertrouwen tussen de publieke en private betrokkenen leidt tot een moeizame start van het proces. Bovendien is er geen consensus over de problematiek; niet alle banken erkennen dat de dienstverlening onzorgvuldig is geweest. Daarmee leidt het onderlinge wantrouwen tussen de toezichthouder, banken en klantenvertegenwoordigers tot een suboptimale samenwerking in de beginfase van het UHK-traject. Mogelijk zijn (potentiële) problemen ten aanzien van de uitvoering daarom niet (tijdig) opgemerkt, onder meer tijdens de pilotfase. Ook de politieke druk om het proces snel én zorgvuldig uit te voeren, leiden tot een situatie waarin signalen hieromtrent niet worden afgegeven. De geschetste verwachtingen wat betreft de tijdslijnen blijken onrealistisch, waardoor het vertrouwen van de politiek en gedupeerden in een vlotte afhandeling van het langlopende dossier verder afneemt. Pas na het doorvoeren van procesoptimalisaties en beter wederzijds begrip voor de complexe uitdagingen komt een meer constructieve samenwerking tot stand.

Uit de gesprekken volgt eensgezind dat de aanstelling van de Derivatencommissie een goede keuze is geweest. De onafhankelijke deskundigen hebben met hun opdracht de ontstane impasse kunnen doorbreken. Ondanks hun informele rol en beperkte bevoegdheden, worden zij als gezaghebbend gezien en kunnen zij deze omvangrijke compensatieoperatie bij zes banken afdwingen. Al is daarnaast politieke druk van de minister bij enkele banken nodig. Desondanks bevat het afwikkelingsproces een belangrijke omissie; de taak om expliciet naar de uitvoerbaarheid te kijken en daar regie op te voeren is niet belegd. De AFM heeft een zekere mate van regie proberen te voeren, maar ook hier blijkt deze rol niet passend. In combinatie met de houding van de banken, die met verzoeken tot verduidelijking van het UHK tot aanzienlijke complexiteit zorgen, wordt bij het opstellen van het UHK onvoldoende aandacht besteed aan de toegankelijkheid van data en mogelijkheid tot inrichting van (eenvoudige) processen. Gelet op de hoge zorgvuldigheidseis die door de politiek wordt gesteld en door de AFM in een hoge assurance-standaard wordt vertaald (de COS-3000 norm), lijkt een ruimere

samenstelling van de Derivatencmissie die tevens een rol speelt bij de uitvoering, met toevoeging van een expert op assurance-gebied, achteraf gezien wenselijk.

Belangenbehartigers spelen een belangrijke rol in het proces, maar het landschap van belangenbehartiging is versnipperd. Daardoor worden signalen van gedupeerde mkb'ers niet altijd (tijdig) opgemerkt. De betrokkenheid bij het UHK-traject verschilt per type vertegenwoordiger. Brancheverenigingen voor het mkb kaarten het probleem aan, maar houden zich meer afzijdig bij het vormgeven van de compensatieregeling. Zij kunnen de inhoud ervan ook niet goed overzien. Claimorganisaties en vertegenwoordigers van individuele klanten zijn meer vocaal, zowel richting de Derivatencmissie, de AFM als de politiek en media. De rol van de gedupeerde mkb'er bij het proces is lastig; de mkb'er begrijpt weinig van het geleverde product, kan de opties van belangenbehartiging slecht overzien, is bezorgd over zijn relatie met zijn bank en kan ook het effect van het UHK voor zichzelf slecht doorgronden. De banken dienen proactief compensatie aan te bieden. Echter, de complexiteit van de compensatieberekening maakt het lastig dit aanbod zelfstandig te controleren. Daarom wordt de nauwkeurigheid getoetst door EDB's. De hierboven beschreven positie van de mkb'er verklaart deels de hoge acceptatiegraad. De afhankelijke financieringsrelatie die de klant met de bank heeft wordt door veel partijen als aandachtspunt benoemd.

De AFM constateert in de jaren 2014-2016 terecht dat het eigen toezichtmandaat zoals dat door de Wft wordt verstrekt geen ingang biedt in het civielrechtelijke domein, dat compensatie van collectieve schade zou kunnen regelen. Toch mengt de AFM zich wel in dit domein, daartoe aangemoedigd door het ministerie van Financiën en de Tweede Kamer, die zich ook niet bewust tonen van dit onderscheid tussen het Wft- en het BW-domein. Opvallend is ook de volledige afwezigheid van het ministerie van Justitie en Veiligheid in deze zaak. Deze vermenging van domeinen schaadt de overzichtelijkheid van het proces en leidt tot onzekerheid bij de andere stakeholders.

Nederland kent inmiddels een reeks van zaken met collectieve schade van financiële diensten en producten. In de afwikkeling van dergelijke zaken blijken drie elementen essentieel: een goede en betrouwbare belangenbehartiging, een heldere bepaling van de inhoud van de compensatieregeling, en een goede regie op de uitvoering. Bij rentederivaten mkb is het tweede element goed gelukt, dankzij de instelling van de Derivatencmissie. Ten aanzien van alle drie elementen zal het verstandig zijn hier voor de toekomst meer structurele oplossingen en spelregels voor te vinden.

Sinds 2016 heeft zowel in het Wft- als in het BW-domein rechtsontwikkeling plaatsgevonden die de kans op toekomstige zorgplichtschending tracht te verkleinen, en die bij toekomstige compensatietrajecten alternatieven kan bieden.

De Wft-regelgeving omtrent het ontwikkelen van producten en bepalen van de doelgroep beoogt schade te voorkomen doordat producten niet goed aansluiten bij de situatie van de klant (*misselling*). Met de gedragscodes voor kleinzakelijke financiering kunnen mkb-klanten sinds enkele jaren terecht bij het Kifid in geval van klachten over hun financiering of financier. En sinds de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) is sinds 2020 het collectief vorderen van schadevergoeding mogelijk gemaakt. De WAMCA is nog niet ingezet voor financiële diensten of producten en lijkt ook complex en tijdrovend te zijn, maar kan zeker als stok achter de deur fungeren voor toekomstige collectieve compensatiezaken in de financiële sfeer.

Conclusie en aanbevelingen

De bovenstaande bevindingen resulteren in lessen voor het inrichten van toekomstige grootschalige compensatietrajecten. Voorop kan worden gesteld dat het van belang is om financieel toezicht te blijven scheiden van het civielrecht. Daarnaast is het van essentieel belang dat informatie- en documentatiesystemen bij financiële instellingen op orde zijn, en het toezicht hierop adequaat is ingericht. Bij grootschalige compensatietrajecten dienen alle stakeholders gezamenlijk de spelregels voor het proces te bepalen, met een scherp oog op de drie bovengenoemde elementen van belangenbehartiging, inhoudsbepaling en regie op de uitvoering. Het is ook een publiek belang dat deze elementen duurzaam zijn geborgd, zodat ook de overheid hierbij een rol zal moeten nemen. Dit alles leidt in deze evaluatie tot de volgende concrete aanbevelingen:

1. **Houd het financieel toezicht en het civielrecht uit elkaar.** De AFM kan in het toezicht wel financiële schade door zorgplichtschendingen constateren en dat ook publiekelijk signaleren, maar moet geen rol vervullen in de civielrechtelijke behandeling van die schade.
2. **Stel met stakeholders spelregels op die een collectieve geschilbeslechting kunnen vergemakkelijken en evidente valkuilen in de uitvoering kunnen vermijden.** Onder die spelregels vallen de aanwijzing van de belangenbehartiger, de keuze van het proces van inhoudsbepaling van de compensatie, een pilotfase waarin de uitvoerbaarheid wordt getoetst, en een regiefunctie op de uitvoering.
3. **Evalueer welke mogelijkheden en/of belemmeringen de WAMCA biedt bij grootschalige en/of complexe compensatietrajecten bij financiële producten zoals rentederivaten mkb.** De WAMCA zal als stok achter de deur een rol spelen bij collectieve geschilbeslechting, maar kan die rol alleen spelen als de WAMCA-procedure zelf toegankelijk genoeg is en niet heel langdurig is.
4. **Borg adequaat toezicht op de toegankelijkheid en bruikbaarheid van de archiefsystemen van financiële instellingen om risico's snel te kunnen overzien en schade te kunnen redresseren.** De ontoegankelijkheid van

historische data bij financiële instellingen verdient aandacht zowel bij de instellingen als bij de beide financiële toezichthouders.

5. **Organiseer een structurele klantenbelangenbehartiging in algemene zin, en specifiek voor financiële dienstverlening.** Het is een publiek belang dat er een toegankelijke, transparante en betrouwbare belangenbehartiger bestaat, die ook als procespartij voor collectieve zaken kan optreden.
6. **Organiseer deskundige en objectieve inhoudelijke duiding voor collectieve regelingen, en ga na of inrichting van een Kifid Kamer daartoe een optie zou kunnen zijn.** Een dergelijke laagdrempelige manier van geschillenbeslechting kan functioneren mits signalen tijdig worden opgepakt en via een duidelijk proces bij de Kifid Kamer binnenkomen.

1 Inleiding

De afwikkeling van het rentederivatendossier heeft een lange tijd in beslag genomen. De eerste signalen over mogelijke zorgplichtschendingen door banken en over klanten die hierdoor in de financiële problemen geraken, zijn al in 2012 geuit. Rentederivaten zijn vanaf het begin van deze eeuw tot de kredietcrisis van 2008/2009 aan het midden- en kleinbedrijf (mkb) verkocht. Veel klantdossiers zijn sindsdien meermaals herbeoordeeld door de banken of deze voor een compensatie in aanmerking kwamen. Eerst nadat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) de zes betrokken banken hiertoe opriep medio 2014. Vervolgens opnieuw conform het Uniform Herstelkader (UHK) dat in 2016 is opgesteld. De uitvoering van het UHK voor mkb-ondernemingen met rentederivaten is in de eerste helft van 2021 vrijwel afgerond. Ruim 21.600 dossiers zijn opnieuw bekeken en in totaal hebben 18.917 gedupeerde mkb'ers een compensatie-aanbod ontvangen van hun bank. In totaal is door de zes betrokken banken voor ruim 1,5 miljard euro gecompenseerd. Nu de afronding van de afwikkeling van dit omvangrijke en complexe compensatietraject bijna volledig is voltooid is de minister van Financiën, in samenspraak met de Tweede Kamer, van mening dat het moment is aangebroken om het afwikkelingsproces te evalueren en daaruit lessen te trekken voor de eventuele toekomstige grootschalige compensatietrajecten.

1.1 Aanleiding

De Tweede Kamer heeft de minister van Financiën in 2018 opgeroepen tot een evaluatie van het afwikkelingsproces rentederivaten mkb middels de motie Leijten en Van der Linde.¹ Deze motie verzoekt de regering om het afwikkelingsproces rentederivaten grondig te evalueren en lessen te trekken voor eventuele toekomstige compensatie van zorgplichtschendingen in de financiële sector. Het afwikkelingsproces rentederivaten wordt daarin door de Tweede Kamer aangemerkt als nodeloos complex en duur. Daarnaast wordt door de Tweede Kamer geconstateerd dat de afwikkelingstijd (te) lang is geweest.

De motie Leijten en Van der Linde is ingediend tijdens een debat over de bankensector in februari 2018, waarin werd gesproken over de vertraging die de afhandeling van het rentederivatendossier heeft opgelopen en de rolverdeling in het proces. Voorafgaand aan dit overleg heeft een hoorzitting plaatsgevonden tussen de Tweede Kamer en de banken die onder andere hebben toegezegd elk kwartaal een update over de voortgang te geven. Naast dat geconstateerd werd dat de uitvoering van het UHK was vertraagd, bleek dat het proces een grote mate van complexiteit kent en gepaard gaat met hoge kosten. Daarop hebben verschillende Kamerleden

¹ Kamerstukken II, 2017/18, 32 013, nr. 162

aandacht gevraagd voor een terugblik op het proces, zodat daaruit lessen kunnen worden geleerd voor de toekomst. Toenmalig minister van Financiën Hoekstra zei wel wat te voelen voor de suggestie een *post mortem* te doen:

"Eerlijk gezegd voel ik wel wat voor die suggestie, maar dan wel op een later moment in de tijd. Het is belangrijk voor ons allemaal om ons bij de diverse dossiers af te vragen wat hier is gebeurd en welke lessen wij als politiek kunnen trekken uit de aanpak daarvan. Hoe hebben we dat aangepakt als politiek? Wat hebben we daarbij terecht of niet terecht verwacht van de toezichthouder? Of daar spelregels of andere conclusies uit te destilleren zijn, is vers twee."

Tijdens het voortgezet algemeen overleg van 21 februari 2018 is naar aanleiding van dit debat de motie ingediend. De motie is unaniem aangenomen door de Tweede Kamer tijdens het plenair debat van 8 maart 2018.

1.2 Opdracht

Ter uitvoering van bovengenoemde motie om het afwikkelingsproces rentederivaten te evalueren, heeft de minister van Financiën in juni 2021 de opdracht tot deze evaluatie gegeven aan ABDTOPConsult. Bij de evaluatie wordt ABDTOPConsult ondersteund door een inhoudelijk secretariaat bestaande uit medewerkers van het ministerie van Financiën en de AFM. Het secretariaat, zie bijlage 3, werkt zonder last of ruggespraak van de eigen organisatie om de onafhankelijkheid van de evaluatie te kunnen borgen.

De evaluatieopdracht, met de vertaling van de motie naar een onderzoeksopdracht met hoofd- en deelvragen, is als bijlage 1 bij dit rapport opgenomen. In deze opdracht legt de minister van Financiën de nadruk op de evaluatie van het proces rondom de uitvoering van het UHK door de banken, het tijdspad ervan en de daarbij gemaakte kosten. Om inzicht te krijgen in het tijdsverloop en de kosten en alsmede om lessen te kunnen trekken uit het afwikkelingsproces, dienen in ieder geval de volgende drie onderdelen bij de evaluatie te worden betrokken:

- Een overzicht van de chronologie van het afwikkelingsproces rentederivaten;
- Een verdieping van de data over het afwikkelingsproces;
- En een uiteenzetting van de ervaringen en geleerde lessen van de stakeholders.

Een inhoudelijk oordeel over het UHK, de scope van het afwikkelingstraject en de door de banken aangeboden compensaties is geen onderdeel van de opdracht. Deze keuze is gebaseerd op de inhoud van de motie en om de uitkomst van de in het UHK-traject bereikte overeenkomst tussen klant en bank te respecteren. Met oog op bovenstaande is de opdrachtgever gekomen tot de volgende onderzoeksvragen:

Hoofdvraag

Welke lessen kunnen worden geleerd uit de aanpak van de afwikkeling van het dossier rentederivaten in het mkb voor eventuele toekomstige compensatietrajecten bij zorgplichtschendingen?

Deelvragen

- Hoe zag de gekozen oplossingsrichting eruit?
- Wat zijn de resultaten van de gekozen oplossingsrichting?
- Hoe kijken betrokken partijen terug op de verschillende aspecten van het afwikkelingsproces?
- Wat hebben de betrokken partijen geleerd uit hun betrokkenheid/ rol bij het proces?

1.3 Aanpak en verantwoording

Voor de evaluatie zijn interviews gehouden met verschillende stakeholders en is een documentstudie uitgevoerd. Voor de interviews heeft het ministerie een aantal suggesties gedaan van organisaties die bij het afwikkelingsproces betrokken zijn geweest. Tevens is bij de Derivatencoömissie een lijst opgevraagd van partijen die betrokken zijn geweest bij het opstellen van het UHK. Een lijst met gesprekspartners is opgenomen in bijlage 2. De gesprekken hebben tussen september 2021 en januari 2022 plaatsgevonden, waar mogelijk digitaal gelet op de situatie met betrekking tot COVID-19. Om bij te kunnen dragen aan de bevindingen van deze evaluatie zijn de gesprekken open van karakter geweest en is met gesprekspartners afgesproken dat er — tenzij hier nadrukkelijke toestemming voor is gegeven — geen herleidbare uitspraken in het rapport zullen worden vermeld. In aanvulling op de uitnodiging voor een interview is stakeholders de mogelijkheid geboden om een reflectiedocument aan te leveren. Daarmee is ruimte geboden om bepaalde standpunten vast te leggen en reflecties die stakeholders mogelijk intern zelf al hebben opgesteld, mee te geven ten behoeve van de evaluatie. Een aantal partijen heeft hier gebruik van gemaakt en heeft voorafgaand aan het gesprek, of in plaats van een gesprek, een of meerdere documenten toegestuurd. Deze reflectiedocumenten zijn in bijlage 4 aan dit rapport toegevoegd.

Een aantal van de uitgenodigde stakeholders heeft het verzoek tot een interview afgewezen, onder andere vanwege beperkte betrokkenheid bij het afwikkelingsproces of vanuit de opvatting dat een overheidsfunctionaris deze evaluatie niet (onafhankelijk) zou kunnen uitvoeren. Ook hebben enkele aangeschreven stakeholders niet gereageerd op de uitnodiging tot een gesprek. Een tweetal gesprekspartners heeft zich gedurende het evaluatieproces teruggetrokken vanwege een vermeend gebrek aan onafhankelijkheid van het ondersteunende secretariaat van deze evaluatie. Op hun verzoek zijn de gesprekken die met hen zijn

gevoerd niet meegenomen in de evaluatie en de (reflectie)documenten die zij hebben toegezonden, verwijderd.

Als start voor de documentstudie is gebruik gemaakt van een chronologisch overzicht van het ontwikkelingsproces aan de hand van onder meer brieven die de minister van Financiën hierover aan de Tweede Kamer heeft geschreven. Dit overzicht is door de opdrachtgever aangereikt. Daarnaast is (openbare) informatie geraadpleegd, waaronder brieven die de minister van de Financiën aan de Tweede Kamer heeft gestuurd over dit onderwerp, brieven en (voortgangs)rapportages van de AFM en stukken van de Derivatenc commissie. Op grond van de documentenstudie, en de gevoerde gesprekken zijn voorlopige bevindingen vastgelegd ten aanzien van de geleerde lessen bij het ontwikkelingsproces rentederivaten. Deze voorlopige bevindingen zijn voor wederhoor voorgelegd aan enkele direct betrokkenen. De definitieve versie van de bevindingen zoals opgenomen in dit rapport vormen de basis voor de gepresenteerde aanbevelingen. De opdrachtnemer van deze evaluatie is uiteindelijk als enige verantwoordelijk voor alle conclusies in dit rapport.

1.4 Leeswijzer

Dit rapport geeft antwoord op de vraag welke lessen kunnen worden geleerd uit de afwikkeling van het rentederivatendossier waarin banken herbeoordelingen van hun mkb-klantdossiers hebben uitgevoerd. Hoofdstuk 2 omvat een beschrijving van de chronologie van het ontwikkelingsproces rentederivaten tot en met het opstellen van het UHK. Vervolgens worden in hoofdstuk 3 het proces omtrent de uitvoering en uitkomsten van het UHK gepresenteerd. Op basis van deze beschrijvingen van het proces, de uitkomsten en gesprekken volgt in hoofdstuk 4 een uiteenzetting van de bevindingen ten aanzien van het UHK-traject. In hoofdstuk 5 worden deze bevindingen in een breder perspectief geplaatst van ook andere compensatietrajecten met het oog op verheldering van de benodigde rollen en elementen van een collectieve compensatie. Hoofdstuk 6 bevat de resulterende conclusies, waarna aanbevelingen worden beschreven in hoofdstuk 7.

2 De gekozen oplossingsrichting – het Uniform Herstelkader

Om de afwikkeling van het derivatendossier op een juiste wijze te kunnen evalueren is het allereerst noodzakelijk om kort toe te lichten welke situatie zich hieraan voorafgaand voordeed. Dit hoofdstuk bevat een chronologie waarin uiteengezet wordt hoe de situatie er eind 2015 uitzag die aanleiding is geweest tot het aanstellen van de Derivatencommissie voor het opstellen van het UHK (2.1). Vervolgens wordt beschreven hoe het UHK in 2016 tot stand is gekomen (2.2) en wat het UHK voorschrijft ten aanzien van het compensatietraject (2.3).

2.1 De situatie tot 2016

2.1.1 Rentederivaten en mkb-financiering

Ondernemers met behoefte aan bedrijfsfinanciering komen begin van deze eeuw in sommige gevallen met een nieuw product van hun bank in aanraking: rentederivaten, ook wel renteswaps genoemd. Deze producten, afkomstig uit de dienstverlening aan grote (financiële) ondernemingen, worden door Nederlandse banken vanaf het begin van deze eeuw tot de financiële crisis van 2008 steeds vaker aan het mkb evenals aan semipublieke instellingen verkocht. Rentederivaten worden in combinatie met een lening met een variabele rente aan het mkb aangeboden. Zakelijke dienstverlening betreft in veel gevallen maatwerk per klant. Het kent daarmee in vergelijking tot consumptieve dienstverlening een minder homogeen productaanbod.² De derivatenproducten zijn vaak aangeboden met als uitleg dat de klant met een rentederivaat de variabele rente met de bank ruilt tegen een vaste rente. Daarmee kan de ondernemer zich beschermen tegen een stijgende rente (zie voor een nadere toelichting over rentederivatenproducten onderstaand kader). Mkb-ondernemers accepteerden bij het aangaan van nieuwe leningen op initiatief van hun bank veelvuldig de combinatie met een rentederivaat. Een uitvraag van de AFM toonde aan dat naar schatting ongeveer 17.000 rentederivaten uitstonden bij het mkb in 2014. Daarmee wordt ruim 28 miljard euro aan financieringen afgedekt, circa 8% van de totale zakelijke financieringsmarkt.³

De werking en het doel van een rentederivaat

Een **rentederivaat** is een financieel product waarmee een bedrijf renterisico's bij langlopende verplichtingen kan afdekken. Zo kan de klant zich beschermen tegen een stijging van de rente met een **renteswap**, bij het afsluiten van een langlopende lening met een variabel rentepercentage. Met een renteswap wordt

² Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (11 juni 2014)

³ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (11 juni 2014)

de variabele rente geruild met de vaste rente. De klant betaalt dan de vaste rente aan de bank en de bank verrekent de variabele rente met de klant. Als de variabele (markt) rente boven de afgesproken swaprente komt, is dit voor rekening van de bank. Zodra de variabele rente onder deze vaste rente daalt, krijgt het rentederivaat een negatieve waarde. De waardeontwikkeling van een renteswap is afhankelijk van de renteontwikkeling gedurende de looptijd. De swap stijgt in waarde als de kapitaalmarktrente stijgt. Tegen het einde van de looptijd gaat de waarde richting nul. Bij voortijdige afwikkeling, bijvoorbeeld als de aan het derivaat gekoppelde lening vervroegd wordt afgelost, moet de klant het verschil tussen de marktwaarde en eindwaarde betalen.

Naast renteswaps zijn er andere varianten van rentederivaten. Bijvoorbeeld **renteopties**, waarbij de koper een premie betaalt voor het recht op een vergoeding wanneer de rente een ongunstige ontwikkeling laat zien. Met een **rentecap** wordt afgesproken boven welke marktrente de koper een vergoeding ontvangt, terwijl bij een **rentefloor** de ondergrens waaronder de koper een vergoeding krijgt wordt vastgelegd. De waarde van een renteoptie kan nooit negatief worden. Een **rentecollar** is een combinatie van een cap en een floor, waarmee een maximale en minimale rente wordt vastgelegd die de klant gedurende de looptijd zal betalen. Daarnaast zijn nog complexere varianten denkbaar, zoals een *forward starting* renteswap die pas op een toekomstige datum van start gaat, of een optie om op een toekomstige datum een swap af te sluiten (*swaption*).

Als rentederivaten worden gebruikt om renterisico's van een financiering of belegging af te dekken, wordt dit **hedging** genoemd. Voor een *hedging* transactie is bovendien van belang dat het bedrag van de onderliggende financiering of belegging niet kleiner is dan het bedrag van het derivaat en dat de looptijd gelijk is. Anders is sprake van *overhedge*.

2.1.2 Signalen van problemen bij mkb-ondernemers

Op 17 september 2012 meldt het Financiële Dagblad dat de AFM onderzoek doet naar de verkoop van rentederivaten aan mkb-ondernemers en semipublieke instellingen. De AFM houdt toezicht op beleggingsdienstverlening aan mkb'ers, zie het kader hierna. De aanleiding voor dit onderzoek was dat er signalen waren dat meerdere mkb-ondernemers in de problemen zijn gekomen door hun rentederivatenportefeuilles.⁴ Zo kregen mkb-klanten in sommige gevallen wel met kostenverhogingen te maken, terwijl zij dachten dat het derivaat deze zou afdekken. Echter bleek dat bijvoorbeeld renteopslagen niet door het rentederivaat

⁴ 'Mkb-bedrijven in problemen met derivaten'. Financiële Dagblad, 13 juni 2013, te vinden op: <https://fd.nl/frontpage/ondernemen/37867/mkb-bedrijven-in-problemen-met-derivaten>

worden afgedekt; het derivaat dekt enkel het risico af van een stijging van de marktrente. Een ander risico waar klanten mee geconfronteerd kunnen worden is een voortijdige beëindiging van het rentederivaat.⁵ De waarde van het rentederivaat is immers afhankelijk van de ontwikkeling van de marktrente en de resterende looptijd. Bij een dalende marktrente wordt de waarde van het derivaat voor de klant negatief. Bij financiële instrumenten zoals derivaten kunnen banken in het kader van de kredietwaardigheid van de klant het instrument van *margin calls* inroepen. Bij een margin call moet de klant extra geld bijstorten om de negatieve waarde van het derivaat af te dekken. Die negatieve waarde ontstaat als de variabele rente tot onder het niveau van de vaste rente, de swaprente, daalt. Met de start van de financiële crisis in 2008 daalde de rente sterk en bleef daarna ook laag, waardoor veel derivaten een negatieve waarde hadden en een klein deel van de klanten werd geconfronteerd met dergelijke margin calls.⁶ Naar mate de afloopdatum nadert, gaat de waarde van het rentederivaat richting nul. De actuele waarde van het derivaat bepaalt het bedrag dat moet worden verrekend tussen de klant en de bank bij voortijdige beëindiging van het rentederivaatcontract. In 2012 kwam al aan het licht dat woningcoöperatie Vestia in zwaar weer terecht was gekomen door grote tegenvallers met gekochte rentederivaten. Deze negatieve connotatie bij het product 'rentederivaten' heeft tot extra (politieke) aandacht voor de problematiek rondom rentederivaten bij andere klanten geleid.

Het aantal klachten van mkb-ondernemers over rentederivaten valt in 2014 nog mee. Zowel de banken, MKB Nederland en Ondernemend Nederland (ONL) melden dat het aantal klachten beperkt is. De AFM heeft enkele tientallen signalen ontvangen. Volgens het in dat jaar geïnitieerde Kenniscentrum Rentederivaten (KCR, zie 2.1.4) is een mogelijke verklaring voor het geringe aantal klanten dat mkb'ers vrezen dat de bank het krediet zal opzeggen. Er zijn volgens de minister echter geen signalen dat dit op grote schaal bij mkb-ondernemingen speelt.⁷

De rol van de AFM – toezicht op beleggingsdienstverlening

De wettelijke bescherming van (klein)zakelijke klanten zoals opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) verschilt per financieel product en per type klant, deels volgend uit Europese (sectorale) wetgeving. Vergeleken met consumenten is er minder bescherming (en toezicht) voor kleinzakelijke klanten bij onder andere betaalrekeningen en kredieten. Voor beleggingsproducten en verzekeringen is er wel bescherming voor deze laatste groep. Voor bescherming wordt in de regel het begrip *zorgplicht* gebruikt om aan te geven dat op een financiële dienstverlener de plicht rust om de gerechtvaardigde belangen van een klant in acht te nemen. Afhankelijk van het type klant en het type dienst

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (11 juni 2014)

⁶ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (28 mei 2014)

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (28 mei 2014)

geldt ook de eigen verantwoordelijkheid van klanten. Verder is vanuit het civiele recht ook een contractuele zorgplicht richting klanten van toepassing, zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW).⁸

Bij beleggingsproducten — waaronder rentederivaten — volgt de bescherming van klanten uit de Europese richtlijn markten voor financiële instrumenten (MiFID II)⁹, waarin is opgenomen dat niet-professionele klanten meer bescherming genieten dan professionele partijen. De AFM is als gedragstoezichthouder belast met het toezicht op zorgplichten in de Wft. De AFM houdt daarmee, op grond van MiFID II, toezicht op beleggingsdienstverlening aan mkb'ers.

Voor haar toezicht beschikt de AFM over haar bestuursrechtelijk handhavingsbevoegdheden ten aanzien van dit type dienstverlening. Bij overtreding van wettelijke vereisten kan de AFM de onder toezicht staande instelling een aanwijzing geven en een boete of last onder dwangsom opleggen. De AFM kan instellingen zoals banken niet verplichten om dienstverlening te herbeoordelen en met oplossingen te komen. Zij kan dus niet schendingen van zorgplichten ongedaan maken of de gevolgen van schendingen oplossen voor een individuele klant. De Wft kent geen normen in het kader van compensatie voor klanten die reeds schade hebben geleden en de Wft biedt de AFM ook geen mogelijkheden om onder toezicht staande instellingen te verplichten om tot compensatie over te gaan. Wat betreft onder meer kredietverlening aan mkb'ers heeft de AFM geen handhavingsbevoegdheden.¹⁰ Het verkrijgen van eventuele compensatie dient dus te geschieden via het BW en aanvullende civielrechtelijke wetgeving voor massaschade. Het betreft hierbij een zaak tussen de klant en de aanbieder van het product, waar de toezichthouder zich in principe niet in kan mengen.

2.1.3 Onderzoek van de AFM naar rentederivaten

Op 25 september 2013 wordt het verkennende onderzoek van de AFM naar de wijze waarop banken rentederivaten aan het mkb en semipublieke instellingen hebben aangeboden gepubliceerd. Daarin concludeert de AFM dat de dienstverlening van

⁸ Ministerie van Financiën, *Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten*, 1 september 2016, te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk/document/2442>

⁹ MiFID II (Markets in Financial Instruments Directive II) is sinds 3 januari 2018 van kracht en betreft een herziening van de in 2007 ingevoerde Europese richtlijn MiFID.

¹⁰ Ministerie van Financiën, *Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten*, 1 september 2016, te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk/document/2442>

sommige banken bij het afsluiten van rentederivaten voor verbetering vatbaar is.¹¹ In het rapport doet de AFM enkele constatering:

- Mkb'ers vormen ten aanzien van derivaten een kwetsbare groep klanten vanwege de relatief beperkte financiële middelen en kennis. Daarnaast ervaren mkb'ers drempels bij het inroepen van bijstand vanwege kosten of vrees dat dit de relatie met de bank zou schaden. Het is daarom van belang dat zij kunnen rekenen op adequate dienstverlening op het gebied van rentederivaten.
- Bij het aanbieden van rentederivaten maken sommige banken onvoldoende duidelijk dat zij geen advies geven, terwijl zij dit in de regel bij andere producten wel doen. Bij deze zogeheten execution only dienstverlening is het van belang dat de klant zelf bewuster is van zijn eigen verantwoordelijkheden, de bank treedt dan enkel op als wederpartij in de transactie.¹² In sommige gevallen is bij de klant de indruk gewekt dat advies is gegeven, bijvoorbeeld omdat een rentederivatenspecialist als adviseur is aangemerkt.
- In de informatievoorziening over rentederivaten wordt vaak een te gunstig beeld geschetst van de verwachtingen. Negatieve scenario's zoals de gevolgen van een rentedaling voor de marktwaarde van het derivaat blijven onderbelicht. Ook over de classificering van de klant, als professionele of als niet-professionele cliënt in de zin van de Wft, en de gevolgen daarvan, worden klanten onvoldoende geïnformeerd.
- In veel rentederivatendossiers ontbreken de gegevens van het initiële dienstverleningsproces en periodieke herziening van de klantrelatie. Door het ontbreken van o.a. gespreksverslagen kan de totstandkoming van de transactie lastig worden gereconstrueerd. Ook is niet altijd duidelijk of de bank de kennis en ervaring van de klant heeft getoetst. Beantwoording van de vraag of de dienstverlening passend kan worden geacht, is achteraf dan ook niet goed vast te stellen.

In dit verkennende onderzoek stelt de AFM dat de dienstverlening op het gebied van rentederivaten aan het mkb sterk verschilt per bank. Zowel op het gebied van het aantal derivaten dat is afgesloten, het type dienstverlening dat wordt aangeboden en de complexiteit van de verkochte derivaten.

De AFM heeft in de tweede helft van 2013 vervolgonderzoek gedaan naar de dienstverlening aan het mkb met betrekking tot rentederivaten. Daarbij heeft de AFM de dienstverlening aan semipublieke instellingen niet betrokken, mede gelet op nieuwe regelgeving betreffende de passende en verantwoordelijke wijze van het

¹¹ AFM, *Rapportage Rentederivaten. Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB*, september 2013, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2013/sep/rapport-rentederivaten>

¹² Bij execution only dienstverlening beslist de klant zelfstandig om een product aan te schaffen, zonder dat de distributeur of ontwikkelaar van het product hierover adviseren, of dat een (onafhankelijke) adviseur de klant adviseert. De ontwikkelaar en distributeur moeten er wel voor zorgen dat het product binnen de voor het product vastgestelde doelgroep wordt verkocht.

inzetten van rentederivaten door deze instellingen, die naar aanleiding van de Vestia-affaire door het Rijk is geïntroduceerd.¹³

In dit vervolgonderzoek gaat de AFM in op de prikkels die banken hebben om rentederivaten aan te bieden aan hun klanten, naast het financiële motief van de extra inkomsten die het derivaat de bank oplevert. Het renterisico voor leningen met een vaste rente is voor banken hoger dan voor leningen met een variabele rente. In dat laatste geval ligt dit renterisico immers bij de klant. Dat kan de positie van de klant verslechteren en de continuïteit van de klant bedreigen. Daarom wordt door sommige banken als voorwaarde voor kredietverlening gesteld dat dit renterisico wordt afgedekt met een rentederivaat, waarbij niet altijd als alternatief een lening met vaste rente wordt aangeboden. De AFM stelt dat moet worden voorkomen dat een dergelijke kredietvoorwaarde leidt tot het afsluiten van een niet geschikt product, gelet op de kennis, ervaring, risicobereidheid en doelstelling van de klant.

De situatie in het Verenigd Koninkrijk

In 2012 wordt in het Verenigd Koninkrijk (VK) ook een onderzoek ingesteld naar de ongepaste verkoop van rentederivaten aan kleine ondernemingen. De Britse toezichthouder destijds, de Financial Services Authority (FSA; in 2013 opgevolgd door de Financial Conduct Authority, FCA), constateert ernstige tekortkomingen in de dienstverlening, onder meer bij de informatievoorziening van de bank aan de klant. De FSA maakt daarop met elf banken afspraken voor de herbeoordeling van ongeveer 20.000 rentederivaten die sinds 2001 aan ondeskundige klanten zijn verkocht. Een additionele 10.000 rentederivaten die aan deskundige (*sophisticated*) klanten zijn verkocht worden buiten de reikwijdte van het VK-herstelkader geplaatst. Compensatie volgt in het geval een of meer wettelijke voorschriften door de bank zijn overtreden. De schadevergoeding is erop gericht de klant in de positie te brengen die zou gelden als er geen sprake was van een overtreding.¹⁴

Het herstelproces loopt tegen aanzienlijke vertraging aan. De eerste herstelovereenkomst met de banken wordt in juli 2012 door de FSA gepresenteerd. In januari 2013 communiceert de toezichthouder publiekelijk dat het merendeel van de banken binnen een halfjaar de herbeoordelingen af zouden hebben. De overige banken, met meer dossiers, zouden binnen een jaar klaar moeten zijn. Uiteindelijk heeft het tot het najaar van 2015 geduurd voordat het merendeel van de compensatiebrieven verstuurd zijn. Sommige zaken zijn nog tot 2019 behandeld. Een groot aandeel van de klanten accepteert

¹³ De AFM verwijst hierbij naar het dan in ontwikkeling zijnde Beleidskader Derivaten; te vinden op: <https://www.rijksfinancien.nl/financieel-jaarverslag/2014/d16e5269>

¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (28 mei 2014)

het compensatieaanbod; de acceptatiegraad is in september 2016 ongeveer 95%.

In mei 2014 schrijft de minister van Financiën aan de Tweede Kamer dat de situatie in Nederland enige overeenkomsten kent met de situatie in het VK. In beide landen is de dienstverlening met betrekking tot rentederivaten voor verbetering vatbaar. Ook is er zowel in Nederland als in het VK sprake van (een beperkte mate van) *overhedging*. Volgens de minister verschilt de Nederlandse situatie van die in het VK onder meer waar het gaat om aan wie rentederivaten zijn verkocht. De FSA heeft een groep ondeskundige klanten geïdentificeerd waar problemen moeten worden geadresseerd. Die criteria die door de FSA wordt gebruikt wijken af van de criteria van door de AFM gehanteerde definitie voor het niet-professionele mkb. Mede omdat de Nederlandse situatie — de omvang en het karakter van mogelijke tekortkomingen in de naleving van wet- en regelgeving — nog onvoldoende in beeld is gebracht, acht de minister het dan nog niet wenselijk een vergelijkbare oplossing als in het VK toe te passen. Bovendien zijn er grote kosten gemoeid met een volledige herziening met een rol voor onafhankelijke experts, evenals een grote capaciteitsvraag bij de toezichthouder.¹⁵

In juni 2019 krijgt John Swift QC van de FCA de opdracht het Britse compensatietraject van maart 2012 tot december 2018 te evalueren. In december 2021 publiceert de FCA het definitieve evaluatierapport en haar reactie daarop.¹⁶ Swift oordeelt positief over het resultaat. Hij schrijft dat met het Britse model ongeveer 20.000 benadeelde klanten op billijke en consequente (*fair and consistent*) wijze zijn gecompenseerd. Desalniettemin identificeert Swift een aantal lessen die geleerd kunnen worden uit het hersteltraject. Zo concludeert Swift onder meer dat de FSA onvoldoende transparant is geweest bij het opzetten van het herstelkader en geen consultatie bij alle relevante stakeholders heeft gedaan. Het is de vraag of de urgentie van het vinden van een oplossing en de benodigde geheimhouding voldoende reden geven tot het niet breed consulteren van de oplossingsrichting. Vooral het besluit om bepaalde deskundige klanten buiten de reikwijdte van het compensatietraject te plaatsen, is destijds niet goed gecommuniceerd, aldus Swift. Hierdoor kregen ongeveer 10.000 klanten relatief laat te horen dat zij niet in aanmerking zouden komen voor herstel. Deze klanten hebben weinig ruimte gekregen om deel te nemen aan de beraadslaging, en de FSA/FCA heeft het gelijk speelveld tussen bank en

¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (28 mei 2014)

¹⁶ FCA, *Lessons learned review commissioned by the non-executive directors of the FCA into the supervisory intervention on interest rate hedging products (IRHPs)*, december 2021, te vinden op: <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/independent-review-of-interest-rate-hedging-products-final-report.pdf>

klant onvoldoende gewaarborgd. Swift schrijft dat het genomen besluit ten opzichte van *in-* en *out-scoping* daarmee niet te verantwoorden is. Verder is het VK-herstelkader erg complex. Dit leidt tot onduidelijkheid wegens verschillende interpretaties. Volgens Swift dient onnodige complexiteit vermeden te worden zodat duidelijkheid en eenvoudige implementatie kan worden bewerkstelligd.

Swift noemt de Nederlandse situatie en aanpak niet in zijn uitgebreide rapport. Desalniettemin worden een aantal soortgelijke vraagstukken behandeld. Zo bood de benoeming van een aantal *skilled persons* — een rol vergelijkbaar met die van de EDB's bij het UHK-traject — benadeelde klanten de zekerheid dat hun dossier op billijke wijze zou worden behandeld. Wel adviseert Swift dat deze *skilled persons* een meer actieve rol richting de klanten kunnen spelen, in plaats van slechts de controle achteraf op zich te nemen. Swift betreurt het gebrek aan een onafhankelijk beroepsmechanisme, zoals wel in Nederland is opgezet in de vorm van de Bindend Advies commissie. Ook concludeert Swift dat de FSA/FCA na de oprichtingsfase van het compensatietraject een te beperkte (regie)rol speelde bij de uitvoering daarvan. Het ontbrak de toezichthouder onder meer aan een monitoringsmechanisme om de consistentie van resultaten tussen de banken te analyseren. Ook zijn onvoldoende medewerkers op dit dossier geplaatst. Swift is daarnaast kritisch over de bij aanvang onrealistische verwachtingen met betrekking tot de voortgang en de uiteindelijk lange duur van het traject.

2.1.4 Aanbevelingen voor dienstverlening betreffende rentederivaten

In het rapport van de AFM ten aanzien van aanbevelingen voor passende dienstverlening met betrekking tot rentederivaten aan het niet-professionele mkb, van februari 2014, geeft de AFM handvatten bij het verbetertraject dat verschillende banken naar aanleiding van de vorige rapportage zijn gestart.¹⁷ Dit AFM-rapport heeft niet de status van wet- en regelgeving en de AFM verwacht van banken en beleggingsondernemingen dat zij de vertaling naar de dagelijkse praktijk zelf kunnen maken. De AFM vindt het van belang dat rentederivaten op een zorgvuldige manier met de klant worden afgesloten. Het is daarbij belangrijk dat voor de klant duidelijk moet zijn welke dienst de beleggingsonderneming verleent en wat dit betekent voor de zorgplicht die de bank heeft ten opzichte van de klant. De aangeboden dienst moet passen bij de kennis en ervaring van de (niet-professionele) klant, en wanneer *execution only* daarbij niet past dient de klant te worden gewaarschuwd. Bij advies moet het voorstel passen bij de klant, en moet de beleggingsonderneming ervoor zorgen dat de klant het begrijpt, de risico's kan

¹⁷ AFM, *Publicatie Aanbevelingen rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB*, februari 2014, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/feb/aanbevelingen-rentederivaten>

overzien en kan dragen. De dossiervastlegging dient te allen tijde op orde te zijn. De AFM doet een aantal aanbevelingen:

- Bij de start van de dienstverlening dienen klanten op basis van inhoudelijke criteria, rekening houdend met de deskundigheid en niet uitsluitend op basis van omvang, te worden geclassificeerd als professioneel of niet-professioneel, ongeacht of er sprake is van advies- of *execution only* dienstverlening.
- Bij *execution only* dienstverlening dient er een duidelijke scheiding te zijn met adviesdienstverlening over andere financiële producten bij dezelfde klant.
- Bij advies dienstverlening moet gecontroleerd worden of de klant de producten begrijpt, waarbij concrete bedragen helpen bij het beoordelen ervan. Schriftelijke informatie over het advies met toelichting en jaarlijkse bespreking van de ontwikkelingen zijn belangrijk.
- Tijdens de looptijd dient een periodieke opgave van de actuele marktwaarde van het derivaat met een toelichting op de berekening aan de klant te worden verstrekt.

Kenniscentrum Rentederivaten

Het KCR heeft de problematiek betreffende de tekortschietende dienstverlening bij rentederivaten aan het mkb begin 2014 aangekaart. Het KCR is een initiatief van enkele advocaten en financieel specialisten. In reactie op het rapport van de AFM stelt het KCR dat het AFM-rapport een aantal tekortkomingen bevat, zowel wat betreft de reikwijdte als de inhoud. Zij bevelen — mede vanuit hun praktijkervaringen — aan tot (i) een alternatieve mogelijkheid voor geschillenbeslechting bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) en (ii) een door de banken in te stellen afkoelperiode waarin de financiering niet wordt stopgezet tot dat geschillen zijn beslecht en renteopslagen niet worden verhoogd. Daarmee wordt volgens het KCR voorkomen dat klanten niet in verweer durven te komen tegen hun bank.^{18 19}

In een schriftelijk overleg over rentederivaten in het mkb in mei 2014 schrijft de minister van Financiën over het verzoek van het KCR aan de AFM om te oordelen dat rentederivaten bij het mkb altijd een niet-passend product zijn, dat dit niet in generieke zin gesteld kan worden. "De mate van passendheid [hangt namelijk] samen met de vraag in hoeverre het product aansluit op de specifieke situatie van de klant waaronder de kennis en ervaring van de klant." Verder deelt de minister niet de zorg van het KCR dat de AFM afgezien van aanbevelingen geen actie onderneemt. De AFM zal namelijk rapporteren over de herbeoordeling waar zij de grootste aanbieders tot heeft opgeroepen.²⁰

¹⁸ Accountant, *Kenniscentrum doet aanbevelingen rentederivaten mkb*, 15 april 2014, te vinden op: <https://www.accountant.nl/nieuws/2014/4/kenniscentrum-doet-aanbevelingen-rentederivaten-mkb/>

¹⁹ Cadension, *Reactie kenniscentrum rentederivaten op rapport AFM*, februari 2014, te vinden op: http://www.cadension.com/wp-content/uploads/KCR_reactie-rapport-AFM_14april2014.pdf

²⁰ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 124 (28 mei 2014)

Instelling van het Kifid loket

Tijdens het Algemeen Overleg van 4 juni 2014 heeft de minister van Financiën met de Tweede Kamer gesproken over de rol van Kifid bij de afhandeling van klachten over rentederivaten.²¹ Daarop hebben het Kifid, de banken en mkb-organisaties gesprekken hierover gevoerd. Zij zijn overeengekomen dat er een tijdelijk specifiek loket bij het Kifid wordt ingericht voor klanten met rentederivaten.²² Het tijdelijk loket Rentederivaten MKB van het Kifid wordt op 1 januari 2015 geopend en behandelt klachten van kleinzakelijke ondernemers met een bedrijf met maximaal 50 werknemers en een omzet of balanstotaal van minder dan 10 miljoen euro. De klacht moet betrekking hebben op een rentederivaat dat was afgesloten in het kader van zakelijke dienstverlening bij ABN AMRO, Deutsche Bank, ING, Rabobank, SNS of Van Lanschot. Daarnaast mag de looptijd van het rentederivaat op 1 april 2011 nog niet zijn geëindigd. Het loket staat open voor voornoemde klanten nadat de interne klachtenprocedure van de bank doorlopen was. Verder dienen geschilpartijen in te stemmen met de bindende uitspraken van Kifid.²³

Het tijdelijk loket Rentederivaten MKB van het Kifid is vijf jaar open geweest. In die periode hebben ruim 80 ondernemers met een rentederivaat zich bij Kifid gemeld met een klacht. Een groot aantal klachten is in 2019 en 2020 ingetrokken, nadat ondernemers van hun bank een aanbod hadden ontvangen volgens het UHK. Hangende de uitvoering van het UHK is de behandeling van klachten over rentederivaten door Kifid aangehouden.²⁴

2.1.5 Onvolkomenheden bij de eerste herbeoordelingsfase

In juli 2014 heeft de AFM zes banken opgeroepen om hun dienstverlening ten aanzien van uitstaande rentederivaten bij niet-professionele mkb'ers opnieuw te beoordelen.²⁵ Uit latere documenten blijkt dat het gaat om ABN AMRO, Rabobank, ING, SNS, Van Lanschot en Deutsche Bank. De zes betrokken banken hebben hier gehoor aan gegeven en beoordelen zelf of de dienstverlening bij het afsluiten van het product en gedurende de looptijd passend is geweest. In september 2014 is de verwachting van de banken dat de herbeoordeling van meest kwetsbare klantgroepen dat jaar afgerond kan worden.²⁶ Indien de bank concludeert dat de dienstverlening in het verleden niet-passend of onzorgvuldig is geweest, wordt de mkb-klant een oplossing geboden. De AFM houdt toezicht op deze herbeoordeling door middel van steekproeven waarbij zij toeziet op de toepassing van de geformuleerde uitgangspunten.²⁷

²¹ Kamerstukken II 2013/14, 31 311, nr. 130 (7 juli 2014) en nr. 135 (4 juni 2014)

²² Kamerstukken II 2014/15, 31 311, nr. 136 (1 september 2014)

²³ Jaarverslag Kifid 2020 en Kamerstukken II 2014/15, 31 311, nr. 136 (1 september 2014)

²⁴ Jaarverslag Kifid 2016, Jaarverslag Kifid 2020

²⁵ Kamerstukken II 2014/15, 31 311, nr. 147 (31 maart 2015)

²⁶ Kamerstukken II 2014/15, 31 311, nr. 136 (1 september 2014)

²⁷ AFM, *Voortgang herbeoordeling rentederivaten MKB valt tegen, zorgvuldigheid vergt extra tijd*, 31 maart 2015, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/mrt/herbeoordeling-rentederivaten-MKB>

Eind maart 2015 rapporteert de AFM over de eerste fase van herbeoordelingen door banken van rentederivaten, waarbij de stand per eind december 2014 is weergegeven.²⁸ Op dat moment is 15% van de circa 17.600 rentederivaten (14.316 mkb-klantdossiers) herbeoordeeld, waarvan 55% van kwetsbare klantgroepen.²⁹ De AFM constateert dat de herbeoordeling vertraging heeft opgelopen, omdat de kwaliteit aanvankelijk niet voldeed. Een op de vijf dossiers is door de banken niet adequaat herbeoordeeld, waarop de AFM de banken heeft aangedrongen diverse dossiers nogmaals te beoordelen. Na bijsturingen van de AFM blijkt de kwaliteit over het algemeen voldoende, maar door de beperkt aantal afgeronde dossiers is het dan nog te vroeg om conclusies te trekken over de uitkomsten.

De minister geeft in zijn brief aan de Tweede Kamer van 31 maart 2015 aan dat hij net als de AFM van mening is dat de kwaliteit van de herbeoordeling voorop moet staan, omdat alleen dan tot passende oplossingen kan worden gekomen. De banken verwachten dat de herbeoordeling medio 2015 zou zijn afgerond, waarbij uiterlijk eind 2015 klanten — waarbij sprake was van niet-passende of onzorgvuldige dienstverlening — een oplossing zal worden geboden.

Begin december 2015 informeert de AFM de minister van Financiën dat het proces van herbeoordelingen door de banken dat jaar niet kan worden afgerond, omdat een substantieel deel van de herbeoordelingen opnieuw plaats dient te vinden.³⁰ Zowel in de herbeoordelingen, waar onvoldoende vanuit klantbelang is geredeneerd, als bij de toetsing daarvan door de AFM, zijn door de AFM tekortkomingen geconstateerd. Ondanks de inspanningen van de banken, is het wettelijk toetsingskader onvoldoende toegepast bij de herbeoordelingen. Een eerste poging om de geconstateerde problemen te verhelpen slaagt niet.³¹ De AFM komt wel met een aantal maatregelen om het eigen toetsingsproces te verbeteren:

- Per november 2015 heeft de AFM een Taskforce Rentederivaten opgericht, waarmee extra capaciteit en kennis is vrijgemaakt.
- Met elke bank worden afspraken gemaakt over de herbeoordelingen en criteria die daarbij in acht dienen te worden genomen.
- De Raad van Toezicht van de AFM heeft de opdracht gegeven naar een onafhankelijk onderzoek naar het ontstaan van de tekortkomingen bij de AFM.

De minister van Financiën onderschrijft de constatering van de AFM en is van oordeel dat het herbeoordelingsproces voor een substantieel deel opnieuw moet

²⁸ Kamerstukken II 2015/16, 31311, nr. 147, bijlage "rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB" (31 maart 2015)

²⁹ Kwetsbare klantgroepen zijn mkb-ondernemingen met een *overhedge* (hoogte of looptijd derivaat komt niet overeen met krediet), klanten in bijzonder beheer en klanten met een complex rentederivaat.

³⁰ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 163, bijlage "Brief van de AFM over herbeoordeling rentederivaten" (4 december 2015)

³¹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 163, bijlage "Brief van de AFM over herbeoordeling rentederivaten" (4 december 2015)

plaatsvinden.³² Deze herbeoordeling moet immers onbetwistbaar goed en zorgvuldig gebeuren. Verder acht hij het verstandig dat er door de AFM aanvullende maatregelen worden verkend om de juistheid en volledigheid van de herbeoordelingen in de toekomst te waarborgen, inclusief de mogelijkheid voor het inzetten van onafhankelijke externe partijen.

Kenniscentrum Rentederivaten – Deltaplan Derivaten

Naar aanleiding van de geconstateerde onvolledigheden bij de herbeoordelingen heeft het KCR "een conceptplan opgesteld om tot een concrete en kordate aanpak van het probleem te komen".³³ Het 'Deltaplan Derivaten' behelst alle derivatenklanten in het mkb, dus niet alleen het niet-professionele mkb, maar ook particulieren zoals vastgoedbeleggers en niet-professionele (semi)publieke instellingen. Alle herbeoordelingen dienen volgens het KCR over gedaan te worden, waarbij de klant middels duidelijke communicatie en een checklist van criteria kan controleren hoe de herbeoordeling heeft plaatsgevonden. Ook beveelt het KCR aan een gestandaardiseerde aanpak te hanteren met concrete richtlijnen voor bijvoorbeeld het vaststellen van de (vergoedingen voor) *overhedges* (verschil omvang lening en rentederivaat) en mismatches (verschillen in looptijd lening en rentederivaat). Verder stelt het KCR dat exotische derivaten dienen te worden teruggedraaid waarbij naar het belang van de klant dient te worden gekeken, en moet bij de beoordeling of het advies passend was gekeken worden naar een aantal uitgangspunten.³⁴

Onderzoek naar tekortkomingen bij de AFM

De raad van toezicht van de AFM heeft naar aanleiding van de geconstateerde tekortkomingen besloten een onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren naar het ontstaan van de tekortkomingen in de AFM toetsingen van de herbeoordelingen van rentederivaten door de banken. Daartoe heeft de raad van toezicht adviesbureau Alvarez&Marsal geselecteerd en vervolgens op 11 januari 2016 de opdracht gegeven dit onderzoek uit te voeren.³⁵ De minister van Financiën heeft de Kamer toegezegd de resultaten van dit onderzoek te delen.³⁶

In haar onderzoeksrapport van 28 juni 2016 concludeert Alvarez&Marsal dat de samenloop van een aantal oorzaken heeft geleid tot de tekortkomingen in de toetsingen door de AFM van de herbeoordeling van rentederivaten door banken. Deze oorzaken houden verband met de complexiteit van het dossier, de bemensing van het project, de projectgovernance, de kwaliteitsbewaking en de communicatie

³² Kamerstukken II 2014/15, 31 311, nr. 163 (4 december 2015)

³³ Cadension, *KCR presenteert 'Deltaplan Derivaten aan AFM'*, december 2015, te vinden op: <http://www.cadension.com/kcr-presenteert-deltaplan-derivaten-aan-afm-2/>

³⁴ Cadension, *Deltaplan Derivaten*, 21 december 2015, te vinden op: http://www.cadension.com/wp-content/uploads/Deltaplan-Derivaten_dec2015_v0.1.docx.pdf

³⁵ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 172, bijlage "Brief raad van toezicht AFM aan Ministerie van Financiën d.d. 28 juni 2016 inzake extern onderzoek Alvarez&Marsal naar project rentederivaten AFM"

³⁶ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 172 (29 juni 2016)

binnen het project. Naast de oorzaken van de tekortkomingen in het rentederivatenproject beschrijft het rapport een vijftal leerpunten die liggen op het terrein van het structureel monitoren van de risico's van het project, meer aandacht voor het aansluiten van de bemensing bij de complexiteit van het project, striktere projectgovernance, betere kwaliteitsbewaking en het sneller signaleren van mogelijke tekortkomingen. Verder heeft de AFM een analyse gemaakt van alle andere lopende projecten binnen de AFM. Alvarez&Marsal komt op basis daarvan tot de conclusie dat het niet is gebleken dat de samenloop van oorzaken zoals in het rentederivatenproject binnen de AFM structureel van aard is.³⁷

De AFM erkent in de managementreactie de oorzaken en geeft aan dat zij aan de hand van de leerpunten structureel zal monitoren op de risico's van projecten, meer aandacht zal besteden aan het aansluiten van de bemensing bij de complexiteit van het project, en maatregelen zal nemen om de projectgovernance, kwaliteitsbewaking en onderlinge communicatie te verbeteren.³⁸ De AFM verwacht met een voortvarende aanpak van de leerpunten en het doorvoeren van verbetermaatregelen vergelijkbare tekortkomingen zoals bij het rentederivatenproject in de toekomst te voorkomen.³⁹

2.2 Totstandkoming Uniform Herstelkader

2.2.1 Gepresenteerde oplossingsrichting door de AFM

Om de tekortkomingen in de herbeoordelingen te ondervangen heeft de AFM in december 2015 een Taskforce opgezet die tot doel heeft om zo snel mogelijk tot een oplossing te komen.⁴⁰ Deze Taskforce heeft diepgaand onderzoek gedaan naar de geconstateerde tekortkomingen in de herbeoordelingen en is het gesprek aangegaan met banken en vertegenwoordigers om tot een oplossing te komen.⁴¹ Daar via de publiekrechtelijke weg op basis van de Wft de AFM enkel de banken kan aanspreken op tekortkomingen en aandringen op verbeteringen ten aanzien van hun toekomstige dienstverlening en eventueel een boete kan opleggen, is de gedupeerde mkb'er daar niet mee geholpen. De formele civielrechtelijke weg (via de rechtbank of het Kifid) vergt veel initiatief en doorzettingsvermogen van de gedupeerde mkb'er en dat heeft dan ook niet de voorkeur. De AFM acht het van belang dat naar een andere collectieve oplossing wordt gezocht om gedupeerde mkb'ers daadwerkelijk te compenseren voor de geleden schade.

³⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 172, bijlage "Brief raad van toezicht AFM aan Ministerie van Financiën d.d. 28 juni 2016 inzake extern onderzoek Alvarez&Marsal naar project rentederivaten AFM"

³⁸ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 172, bijlage "Managementreactie Autoriteit Financiële Markten op het onderzoek door Alvarez & Marsal naar de toetsingen door de AFM van de herbeoordelingen van rentederivaten door banken" (28 juni 2016)

³⁹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 172, bijlage "Extern onderzoek Alvarez&Marsal naar project rentederivaten AFM (28 juni 2016)

⁴⁰ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166, bijlage "Aanpak rentederivaten" (1 maart 2016)

⁴¹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166, bijlage "Aanpak rentederivaten" (1 maart 2016)

Per brief van 29 februari 2016 presenteert de AFM aan de minister van Financiën haar beoogde oplossingsrichting. Om herhaling van de eerste poging tot herstel te voorkomen wordt het door de AFM van belang geacht dat de interpretatieruimte van banken bij de herbeoordeling wordt geminimaliseerd. Voorafgaand aan dit advies van de AFM, is door de AFM veel met bestuurders van de betrokken banken gesproken. De AFM heeft erop aangedrongen om gedupeerde mkb'ers ruimhartig te compenseren. In eerste instantie leek het voor de AFM nog een mogelijkheid om één compensatiebedrag per klant (*lumpsum*) aan te bieden. Deze manier van compenseren zou de afwikkeling relatief simpel houden maar stuit op veel verzet bij zowel banken als belangenvertegenwoordigers. Gezien de grote diversiteit aan klantdossiers zou deze oplossingsrichting geen recht doen aan de geleden schade van mkb'ers.

Sinds de geconstateerde tekortkomingen in de herbeoordelingen in december 2015 zijn door banken dan al enkele stappen gezet richting een ruimhartiger compensatiebeleid. Ondanks dat banken deze stappen hebben ondernomen is dan nog geen sprake van een uniforme afwikkeling. De AFM stelt dan ook voor om onafhankelijke deskundigen aan te stellen die een uniform en voorschrijvend herstelkader met de banken overeenkomen in samenspraak met vertegenwoordigers van het mkb. Aan dit uniforme en voorschrijvende herstelkader moeten alle rentederivatendossiers opnieuw worden getoetst. Het beoogde kader dient voor specifieke situaties acties voor te schrijven die nodig zijn om de geleden schade te compenseren. De AFM heeft de voorkeur voor het aanstellen van onafhankelijke deskundigen daar het gaat om schade die is ontstaan in het civielrechtelijk domein. Het rentederivatencontract betreft namelijk een overeenkomst tussen klant en bank. Daarbij is van belang om op te merken dat de AFM als toezichthouder enkel een bestuursrechtelijk mandaat heeft en is dan ook geen partij in een overeenkomst tussen klant en bank. Hetzelfde geldt voor de minister van Financiën.

De minister van Financiën gaat mee in de constatering van de AFM, en onderstreept dat het niet de rol van de AFM is om zich als toezichthouder te mengen in een civielrechtelijke aangelegenheid.⁴² De AFM maakt in de brief van 29 februari 2016 kenbaar dat ABN AMRO, Rabobank, ING, SNS en Van Lanschot op dat moment reeds hebben aangegeven mee te werken aan de beoogde oplossingsrichting.⁴³ Het feit dat Deutsche Bank zich op dat moment nog niet achter de beoogde oplossingsrichting schaarft krijgt de nodige aandacht van zowel de politiek als de media. De Tweede Kamer verzoekt de regering per motie om Deutsche Bank alsnog te laten meedoen aan het herstelkader en te onderzoeken hoe de bevoegdheden van de AFM zo kunnen worden vormgegeven dat meedoen aan dergelijke

⁴² Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

⁴³ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166, bijlage "Aanpak rentederivaten" (1 maart 2016)

herstelacties niet meer op basis van vrijwilligheid gaat, maar verplicht kan worden.⁴⁴

De aanstelling van de onafhankelijke deskundigen en het commitment van de zes betrokken banken aan het traject tot het overeenkomen van een UHK is gebeurd op informele basis. De minister noch de AFM heeft de bevoegdheid om instemming met en uitvoering van een dergelijk compensatiekader door de banken af te dwingen.⁴⁵ Ondanks het civielrechtelijke karakter van een compensatie zijn de Raad voor de Rechtspraak of het ministerie van Justitie en Veiligheid niet bij de aanstelling betrokken. Uit een mailwisseling tussen het ministerie van Financiën en de (aan te stellen) deskundigen blijkt dat naast de informele route die is gevolgd met het melden van de aanstelling in een Kamerbrief, de deskundigen door de minister als leden van een (advies)commissie benoemd konden worden. Dan vallen zij onder de Wet vergoedingen adviescolleges en commissies en mogelijk onder de Kaderwet adviescolleges. Voor dit alternatief is niet gekozen, de deskundigen worden op "informele wijze" aangesteld door de minister, waarbij wordt afgesproken met de banken dat vergoeding geschiedt via de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB).⁴⁶ Mede gelet op deze informele status is door het ministerie met de onafhankelijke deskundigen afgesproken dat zij tijdens het opstellen van het UHK zullen rapporteren over de voortgang. Uit het werkprotocol van de Derivatencommissie volgt dat deze rapportage niet inhoudelijk van aard zal zijn.⁴⁷ Er zullen geen mededelingen of informatie van betrokken partijen met de minister worden gedeeld, mede gelet op de geheimhoudingsovereenkomsten die de Derivatencommissie met betrokken partijen sluit, wegens het belang dat zij hecht aan het in vertrouwen kunnen uitwisselen van informatie en standpunten.

Ervaringen met de aanpak van de afwikkeling van rentederivatendossiers in andere landen, zoals het VK, bieden inspiratie voor de Nederlandse aanpak maar worden niet een op een overgenomen. Zo adviseert de AFM om externe dossierbeoordelaars in te zetten om de kwaliteit van de herbeoordeling te kunnen garanderen.⁴⁸ De aanpak in het VK is gebaseerd op de *independent reviewer* als alternatief voor de beoordeling door de banken zelf. In Nederland wordt gekozen voor *independent reviewer* in de vorm van externe dossierbeoordelaars (EDB) waardoor de bank zelf verantwoordelijk blijft voor de herbeoordelingen.

⁴⁴ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 168 (16 maart 2016)

⁴⁵ In 2016 heeft de AFM in haar wetgevingsbrief aan het ministerie kenbaar gemaakt dat zij de wens van DNB deelt om de bevoegdheid te krijgen om onafhankelijke experts te kunnen inschakelen, zie <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2016/jul/wetgevingsbrief>. Bij impactvolle incidenten of specialistische onderzoeken kan op korte termijn veel specialistische kennis en/of onafhankelijke deskundigheid nodig zijn die niet direct voorhanden is bij de betrokken financiële onderneming of de AFM. De inzet van onafhankelijke experts kan volgens de AFM van belangrijke toegevoegde waarde zijn in dergelijke situaties, waarbij de AFM verwijst naar de bevoegdheden van de Britse autoriteit voor de financiële markten (de FCA).

⁴⁶ Ministerie van Financiën, *Besluit Wob-verzoek inzake rentederivaten*, 12 januari 2018, p.14, te vinden op: <https://w-o-o.nl/wob/archive/documentcloud/dc-4356773.pdf>

⁴⁷ Derivatencommissie, *Werkprotocol voor samenwerkingen en totstandkoming herstellkader rentederivaten*, 4 april 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁴⁸ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166, bijlage "Aanpak rentederivaten" (1 maart 2016)

De EDB, in bijna alle gevallen een accountantskantoor, staat de bank bij door de herbeoordelingen te toetsen. De AFM zal de taak op zich nemen om toezicht te houden op de activiteiten van de EDB. De EDB's zijn op basis van selectiecriteria van de AFM voorgedragen door de banken en goedgekeurd door de AFM. De AFM heeft bepaalde selectiecriteria gesteld ten aanzien van de aanstelling van EDB's. Deze selectiecriteria zoals: (i) de rol van de externe beoordelaars mag niet worden ingevuld door een partij die dezelfde bank eerder heeft bijgestaan bij de herbeoordeling van individuele rentederivatencontracten; (ii) de rol van de externe beoordelaars mag niet worden ingevuld door een partij die vanaf 1 januari 2012 heeft geopereerd als huisaccountant van de bank; en (iii) de externe beoordelaar dient economisch onafhankelijk te zijn van de opdrachtgevende bank, waarborgen dat de onafhankelijkheid van de externe beoordelaars niet in het geding is. Daarnaast dienen de externe beoordelaars over voldoende expertise te beschikken. De externe beoordelaars rapporteren onafhankelijk aan de AFM over de voortgang van de herbeoordelingen en het herstel door banken.⁴⁹ In de Kamerbrief stemt de minister in met verkenning van aanvullende maatregelen om de juistheid en volledigheid van de herbeoordelingen in de toekomst te waarborgen, inclusief de inzet van onafhankelijke externe partijen.⁵⁰

2.2.2 Nadere uitwerking gepresenteerde oplossingsrichting

Per Kamerbrief d.d. 1 maart 2016 worden de heren R. J. Schimmelpenninck en B. F. M. Knüppe (deskundigen op het terrein van collectieve schadeafwikkeling) en de heer T. P. Kocken (deskundige op het terrein van rentederivaten) aangesteld om als onafhankelijke deskundigen (hierna: Derivatencommissie) de taak op zich te nemen om een uniform en voorschrijvend kader, het Uniform Herstel Kader (UHK), te ontwikkelen. Het UHK dient een samenspel te zijn tussen bank en klant. Banken dienen achter het kader te staan en uiteindelijk de compensatie uit te keren terwijl aan de andere kant belangenorganisaties ervan overtuigd dienen te zijn dat mkb'ers een juiste compensatie ontvangen. Dit geheel bezien vanuit de politieke aandacht voor het dossier waarin zorgvuldige en tijdige afwikkeling centraal staat. Deze verschillende belangen dienen in evenwicht in het UHK tot uitwerking te worden gebracht. In de Kamerbrief waarin de Derivatencommissie wordt aangesteld wordt eveneens aangegeven dat wordt verwacht dat het UHK uiterlijk medio 2016 wordt overeengekomen, wat eveneens de verwachting met zich meebrengt dat alle klanten medio 2017 zullen zijn gecompenseerd.⁵¹ Per motie wordt de regering verzocht om in overleg met de Derivatencommissie zorg te dragen voor een adequate prioritering van gevallen, zodat de meest schrijnende gevallen en de evidente *quick wins* niet worden doorgeschoven naar het allerlaatste moment.

⁴⁹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 175 (5 september 2016)

⁵⁰ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 163 (4 december 2015)

⁵¹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

Eveneens volgt uit deze motie het verzoek om de Tweede Kamer halfjaarlijks te informeren over de stand van zaken van de herbeoordelingen.⁵²

De Derivatencommissie krijgt de opdracht om een kader te ontwikkelen dat open wordt gesteld voor klanten die zijn te classificeren als niet-professionele belegger. Hierbij wordt aangesloten bij de definitie uit de Wft (gebaseerd op Europese richtlijn MiFID II). Deze classificering brengt met zich mee dat de toegang wordt beperkt tot klanten die door informatieasymmetrie een kwetsbare positie innemen. Op deze wijze worden specifieke klanten waarvan men een zekere mate van deskundigheid mag verwachten (zoals vastgoedbeleggers) uitgesloten.⁵³ Na de aanstelling van de Derivatencommissie gaan de deskundigen begin 2016 aan de slag met het opstellen van een herstellkader, waarbij het uitgangspunt is om een eenvoudig kader op te leveren. Om een zo goed mogelijk kader te ontwikkelen wordt de Derivatencommissie bij het opstellen van het UHK bijgestaan door expertise van Cardano en Houthoff.⁵⁴

Het UHK bepaalt op welke wijze herbeoordeling zal moeten plaatsvinden en welke acties zullen moeten worden uitgevoerd om de schade te compenseren. Voor een nadere uiteenzetting van de inhoud van het UHK, zie paragraaf 2.3. Om de werkzaamheden van de Derivatencommissie zo transparant mogelijk te laten verlopen hebben de deskundigen een werkprotocol opgesteld.⁵⁵ Uit het werkprotocol blijkt dat bij de totstandkoming van het UHK door de Derivatencommissie de inbreng van betrokken banken en belangenbehartigers van groot belang wordt geacht. Er is dan ook specifiek uitgewerkt op welke wijze het UHK tot stand dient te komen.⁵⁶

Conform het verzoek van de minister van Financiën aan de Derivatencommissie om niet alleen met banken te spreken maar ook met vertegenwoordigers van het mkb zijn door de Derivatencommissie verschillende gesprekken gevoerd,⁵⁷ onder meer met de deelnemende banken (in eerste instantie ABN AMRO, ING, Rabobank, SNS en Van Lanschot en vanaf 19 april 2016 ook Deutsche Bank)⁵⁸, met belangenorganisaties die belangen van mkb-klanten vertegenwoordigen en mkb-klanten zelf.⁵⁹ Deze partijen zijn met de Derivatencommissie een geheimhoudingsovereenkomst aangegaan zodat in vertrouwen informatie en

⁵² Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 169 (16 maart 2016)

⁵³ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 173 (5 juli 2016)

⁵⁴ Derivatencommissie, *Werkprotocol voor samenwerkingen en totstandkoming herstellkader rentederivaten*, 4 april 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁵⁵ Derivatencommissie, *Werkprotocol voor samenwerkingen en totstandkoming herstellkader rentederivaten*, 4 april 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁵⁶ Derivatencommissie, *Werkprotocol voor samenwerkingen en totstandkoming herstellkader rentederivaten*, 4 april 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 173 bijlage "Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB" (5 juli 2016)

⁵⁸ AFM, *Deutsche Bank sluit zich aan bij aanpak voor beoordeling van rentederivatencontracten*, 19 april 2016, te vinden op: www.afm.nl

⁵⁹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 173, bijlage "Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB" (5 juli 2016)

gedachten gewisseld kunnen worden.⁶⁰ Belangenorganisaties geven uiteindelijk aan dat zij verwachten dat een groot deel van hun achterban met het UHK geholpen kan worden. Dit was een belangrijk signaal voor de banken dat er draagvlak bestond.

2.2.3 Afronding totstandkoming UHK

Per brief van 5 juli 2016 laat de Derivatencommissie aan de minister van Financiën weten dat het opstellen van het UHK is voltooid. In de afzienbare tijd van vier maanden hebben zij hun taak verricht.⁶¹ Op dat moment hebben ABN AMRO, ING, SNS en Van Lanschot zich reeds geëngageerd aan het UHK. Deutsche Bank en Rabobank moeten zich op dat moment nog beraden over het opgestelde kader. In zowel de politiek als in de media wordt onvrede geuit over het feit dat deze twee banken op dat moment zich niet committeren aan het kader. De minister van Financiën spreekt deze banken aan met als doel hen ook te laten committeren aan het UHK. Mede naar aanleiding van deze gesprekken maakt Rabobank op 7 juli 2016 bekend dat ook zij zich aansluiten bij het UHK.⁶² Op 21 juli 2016 maakt de Derivatencommissie bekend dat ook Deutsche Bank zich commiteert aan het UHK.⁶³

Met de aanbieding en publicatie van het herstellkader is de pilot-fase begonnen op 5 juli 2016.⁶⁴ In deze fase hebben banken, belangenorganisaties, advocaten van mkb-klanten, de externe dossierbeoordelaars van de banken alsmede de AFM vragen gesteld aan de Derivatencommissie over de inhoud en duiding van het UHK.⁶⁵ Deze periode om verduidelijkingen aan te brengen heeft geleid tot een uitgebreider en complexer kader. Tevens is deze periode gebruikt om proefberekeningen te maken op basis van fictieve dossiers om te onderzoeken waar zich praktische problemen zouden voordoen.⁶⁶ Op 19 december 2016 is met de publicatie van het definitieve UHK de pilot-fase tot een afronding gekomen.⁶⁷

Na afronding van de pilot-fase blijft de Derivatencommissie betrokken om in beginsel incidenteel verduidelijkingen te geven ten aanzien van het UHK. Een andere taak die de Derivatencommissie op zich heeft genomen is om in enkele specifieke gevallen bindend advies te geven, zie hiervoor het Reglement Bindend Advies. De commissie Bindend Advies is een samenwerking tussen de Derivatencommissie en de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (SGB). Deze Geschillencommissie UHK MKB-Rentederivaten is in de volksmond

⁶⁰ Derivatencommissie, *Werkprotocol voor samenwerkingen en totstandkoming herstellkader rentederivaten*, 4 april 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁶¹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 173, bijlage "Aanbieding Uniform Herstellkader rentederivaten"

⁶² Rabobank, *Rabobank sluit zich aan bij herstellkader rentederivaten*, 7 juli 2016, te vinden op: www.rabobank.com

⁶³ Derivatencommissie, *Aanvulling: Deutsche Bank*, 21 juli 2016, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁶⁴ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 173, bijlage "Aanbieding Uniform Herstellkader rentederivaten"

⁶⁵ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 178, bijlage "Brief van de Derivatencommissie aan de minister over uniform herstellkader rentederivaten – afronding pilot-fase" (19 december 2016)

⁶⁶ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 178, bijlage "Brief van de Derivatencommissie aan de minister over uniform herstellkader rentederivaten – afronding pilot-fase" (19 december 2016)

⁶⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 178, (19 december 2016)

bekend als de Bindend Advies commissie en bestaat uit de heren R. J. Schimmelpenninck, B. F. M. Knüppe, T. P. Kocken en R. Lord. Gezien hun expertise ten aanzien van het UHK is ervoor gekozen deze heren aan te stellen. Deze leden zijn benoemd door het bestuur van de SGB.⁶⁸

De uitkomsten van het bindend advies zijn bindend voor zowel bank als klant. Er is vastgelegd op welke punten bindend advies kan worden gevraagd alsmede wanneer er sprake is van acceptatie van het bod van de bank. In het geval een klant het aanbod van de bank niet accepteert, staat het de klant vrij op het geschil alsnog voor te leggen bij de rechter of het Kifid.⁶⁹ De minister van Financiën benadrukt dat met deze inrichting van het proces en de mogelijkheid om voor de klant alsnog naar de rechter of het Kifid te stappen het proces zorgvuldig is ingericht.⁷⁰ Met de komst van het UHK is het tijdelijk loket Rentederivaten MKB van het Kifid aangepast om het loket te laten aansluiten bij het UHK.⁷¹

2.2.4 Inrichting van het toezicht

Naast de totstandkoming van het UHK is ook het toezicht op de afhandeling van de rentederivatendossiers geregeld. Er is een groot belang bij om controle in te stellen daar de eerste poging tot herbeoordeling is mislukt. Eveneens is door het voortslepen van de afwikkeling het wantrouwen richting banken toegenomen wat heeft geleid tot een hoge kwaliteitseis. Breed wordt de wens geuit om het herbeoordelingsproces ditmaal "onbetwistbaar goed en zorgvuldig" te laten verlopen versterkt. Het dient dus foutloos te verlopen en daarvoor dienen de banken nauwgezet te worden gecontroleerd.⁷²

De banken zijn door de AFM opgeroepen om EDB's aan te stellen die de controles zullen uitvoeren op de dossierafhandeling. De EDB's rapporteren over de voortgang aan de AFM. Het is de taak van de AFM om toezicht te houden op de onafhankelijkheid van de EDB's. Verder dient de AFM het plan van aanpak van de EDB's te beoordelen en akkoord te gaan met de keuze voor de desbetreffende EDB. Ook blijft de AFM in gesprek met de EDB in het kader van de voortgang.⁷³ In de loop van het proces is de keuze gemaakt dat EDB's zich moesten houden aan de COS 3000-verklaring. Deze COS 3000-norm houdt in dat de werkzaamheden van de EDB's met betrekking tot de verantwoording van hoge kwaliteit dienen te zijn. Deze verklaring is een hoge vorm van assurance die kan worden afgegeven, met onder meer een materialiteitseis van 1%. De AFM heeft ervoor gekozen om aan te sluiten bij de bandbreedte van 1% bij fouten die in controles van overheidswege wordt

⁶⁸ Derivatencommissie, *Bindend advies*, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁶⁹ Derivatencommissie, *Bindend advies*, te vinden op: www.derivatencommissie.nl

⁷⁰ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

⁷¹ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

⁷² Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

⁷³ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

gehanteerd.⁷⁴ De keuze voor de COS 3000 heeft de uitvoeringskosten enorm verhoogd en is een vertragende factor geweest in het proces. Eén bank heeft de ruimte gekregen om geen accountant aan te stellen als EDB, maar een adviesbureau op het gebied van *treasury*- en *riskmanagement*. Bij deze bank heeft geen controle plaatsgevonden op basis van de COS 3000-norm, maar is een vergelijkbare nauwkeurigheidseis gehanteerd. Bij sommige dossiers is door de AFM als procesoptimalisatie de EDB's toegestaan om hun controle in plaats van een *reasonable assurance*, van een *limited assurance* verklaring te voorzien. Bijvoorbeeld bij *coulance-only* dossiers, met enkel compensatie voortkomend uit stap 3.

2.3 Het Uniform Herstelkader

Op 19 december 2016 presenteert de Derivatencommissie het definitieve UHK. Met dit document is vastgesteld (i) welke klanten in aanmerking komen voor compensatie, (ii) hoe de grootte van deze compensatie moet worden berekend, en (iii) op hoofdlijnen, hoe dit hersteltraject moet worden uitgevoerd.

2.3.1 Scope

Om in aanmerking te komen voor compensatie moeten mkb-klienten aan drie vereisten voldoen. Ten eerste geldt dat de mkb-klienten een rentederivatenproduct hebben gekocht dat tussen 1 april 2011 en 1 april 2014 nog liep. Dit wordt de temporeel bereik-eis genoemd; deze klienten worden actief door de bank benaderd met een compensatieaanbod. Andere klienten met een derivaat afgesloten na 1 januari 2005 dat een initiële einddatum heeft na 1 april 2011, kunnen zich als *opt-in* aanmelden bij de bank.⁷⁵ Ten tweede moeten mkb-klienten aantoonbaar niet-professioneel zijn. Het UHK gebruikt hiervoor de definitie van professionele belegger zoals vastgelegd in artikel 1.1 van de Wft. Met deze definitie worden mkb-klienten als professionele beleggers aangemerkt als minstens twee van de volgende drie omvangvereisten op hen van toepassing zijn: (i) het balanstotaal is ten minste 20 miljoen euro, (ii) de omzet is ten minste 40 miljoen euro, of (iii) het totaal eigen vermogen is ten minste 2 miljoen euro. Ten slotte geldt de eis dat mkb-klienten als niet deskundig moeten worden aangemerkt, omdat klienten bij een gebrek aan financiële deskundigheid redelijkerwijs de aan hen verkochte complexe rentederivaten niet (voldoende) zouden begrijpen. Voor deze laatste eis zijn verschillende criteria opgenomen in het UHK, waaronder het bezitten van *treasury*-kennis of een balans met een aanzienlijke vastgoedportefeuille aan de activazijde.

⁷⁴ Kamerstukken II 2016/17, 31 311, nr. 181 (24 februari 2017) en bijlage "Brief AFM Rentederivaten; bandbreedte afwijkingen"

⁷⁵ Een klant kon gebruik maken van een temporele *opt-in* als zij een rentederivaat na 1 januari 2005 hadden afgenomen met een oorspronkelijk einddatum van na 1 april 2011, maar deze vroegtijdig hadden afgewikkeld.

Dat bepaalde mkb-klienten buiten het domein van het UHK zijn geplaatst heeft bij sommige partijen tot ontevredenheid geleid. Bij een deel van de out of scope geplaatste mkb-klienten heerst het gevoel dat zij onterecht als professioneel of deskundig zijn aangemerkt. Klienten wijzen naar de harde professionaliteits- en deskundigheidstoetsen van het UHK als de oorzaak hiervan en het feit dat zij bij het aangaan van het product anders door de bank zijn geclassificeerd. Het beeld dat geschetst wordt is dat niet alle grotere mkb-klienten (met een balanstotaal, omzet of eigen vermogen van boven de grenswaarde) destijds de kennis hadden om de aangeboden rentederivaten te begrijpen. Er kan dan nog steeds sprake zijn van *misselling*,⁷⁶ wat met zich meebrengt dat het mogelijk wenselijk was geweest dat ook deze klienten gecompenseerd werden. Het UHK heeft geen ruimte geboden om deze regels ruimer te interpreteren. Overigens zijn diverse banken van mening dat sommige in-scope mkb'ers wel degelijk deskundig geacht mochten worden.

2.3.2 Herstelstappen

Banken hebben verschillende soorten rentederivaten aan mkb-klienten verkocht. Om tot een uniform compensatiekader te komen, heeft de Derivatencommissie de herstelaspecten gegroepeerd in vier stappen.

| Stap | Naam | Beschrijving |
|------|------------------------|--|
| 1. | Noodzakelijk substituu | Omdat complexe gestructureerde rentederivaten (ook wel 'exotische' producten genoemd) zijn verkocht waarvoor het ontwikkelen van een standaard compensatieberekening onmogelijk was, werden deze gesubstitueerd met een standaardproduct, een rentecap of -swap. De substitutiemethode wordt in het UHK beschreven. |
| 2. | Technisch herstel | Klienten kochten een rentederivaat om het renterisico op een lening te verlagen. Wanneer het derivaat niet goed aansloot op de lening, bijvoorbeeld vanwege verschillende groottes (overhedge in omvang) of looptijden (overhedge in looptijd), was technisch herstel van toepassing. |
| 3. | Coulancevergoeding | Bij het opzetten van het UHK heeft de Derivatencommissie de conclusie getrokken dat het moeilijk was na te gaan of, en zo ja, in welke mate ontoereikende informatievoorziening aan een mkb een schending van de zorgplicht van een bank en schade voor de klant opleverde. Een sterk geïndividualiseerde aanpak werd destijds gezien als een veeleisend traject (qua tijd, uitvoerbaarheid en kosten). Om die redenen is gekozen voor het opzetten van een coulancestep. De banken hebben in deze stap een percentage van de ontvangen netto kasstromen en de marktwaarde van het derivaat vergoed, tot een maximum van 100.000 euro. De compensatie is betaald zonder dat banken hebben erkend dat zij schadelijktig zijn geweest. |
| 4. | Renteopslagen | Mkb-klienten hebben aangegeven onder de veronderstelling te zijn geweest dat het door hun gekochte rentederivaat de volledige rentelasten zou fixeren. Vaak was dit echter niet het |

⁷⁶ Het verkopen van een (financieel) product aan een klant voor wie het product niet noodzakelijk of niet geschikt is.

geval. Onder stap zijn daarom coulanchehalve verhogingen van renteopslagen teruggedraaid. In stap 4 is, net als bij stap 3, geabstraheerd van dossierspecifieke kenmerken.

2.3.3 Uitvoering

De pilotfase (beschreven in 2.2.3) heeft geleid tot aanpassingen van het kader. De oorzaak hiervoor was dat gedurende de pilot-fase duidelijk werd dat verschillende partijen het UHK op verschillende manieren interpreteerden. De resultaten van oefenberekeningen op basis van fictieve dossiers liepen significant uiteen, wat een gevaar vormt voor de gewenste uniformiteit van de compensatie. Ook zijn blinde vlekken in het originele kader, zoals specifieke productstructuren, in die periode ontdekt. Verheldering, verandering en aanvulling van de regels werd gezien als een logische oplossing van deze problemen. De uitbreiding van het kader heeft echter ook geleid tot toegenomen complexiteit, wat de uitvoering van het hersteltraject later bemoeilijkte. Waar de eerste versie van het UHK 51 pagina's telde is het kader uiteindelijk uitgegroeid tot 118 pagina's. Dit is exclusief de verhelderende *Questions & Answers* die tot eind 2020 door de Derivatencommissie zijn toegevoegd, waardoor het uiteindelijke document 268 pagina's omvat.

Het UHK schrijft voor dat banken het herstelkader 'proactief' moeten uitvoeren. Daarmee werd bedoeld dat mkb-klienten per brief berichten van de bank zouden ontvangen met daarin een beschrijving van de kenmerken van het herstelkader en een (eventueel) compensatieaanbod. Alleen mkb-klienten die vroegtijdig hun rentederivaat hadden afgewikkeld — en daarmee buiten de 'temporeel bereik'-eis vielen — konden zich proactief via de *opt-in*-procedure bij de banken aanmelden. De Derivatencommissie ziet de proactieve benadering door de banken als een belangrijk element van het UHK. Door de complexiteit van de verkochte renteconstructies, de kernoorzaak van dit probleem, is het immers mogelijk dat benadeelde mkb-klienten slecht of geen zicht hadden op geleden schade. Daarnaast speelt het gevoel dat sommige mkb-klienten zich afhankelijk zouden voelen van hun bank voor financiering, en daarom terughoudend zouden kunnen zijn voor het opeisen van herstel.

Als de mkb-klient het aanbod van de bank accepteert verleent deze ook algehele en finale kwijting aan de bank met betrekking tot klachten in verband met het rentederivaat. Als de mkb-klient het aanbod niet aanvaard behoudt die de mogelijkheid om klachten bij de rechter of het Kifid voor te leggen. Mkb-klienten noch de banken kunnen in dit geval gebonden worden door het UHK of hieraan rechten onttelen.

Omdat de minister van Financiën, deels in reactie op verzoek van de Tweede Kamer, bijzondere aandacht had gevraagd voor de 'kwetsbare groepen' heeft de Derivatencommissie ook in het uitvoeringshoofdstuk van het UHK opgenomen hoe

hiermee om te gaan.⁷⁷ Het UHK schrijft voor dat de 'kwetsbaardere' mkb-klienten voorrang krijgen bij het ontvangen van herstel. Omdat het begrip 'kwetsbaar' niet vastomlijnd is identificeert de Derivatencommissie ten eerste alle mkb-klienten onder bijzonder beheer van de bank als kwetsbaar. Ook de kleinere mkb-klienten worden aangemerkt als kwetsbaarder dan grotere mkb-klienten. De Derivatencommissie verplicht de banken daarom ten eerste de mkb-klienten onder beheer en mkb-klienten met een lopende juridische procedure tegen banken te herstellen. Daarna komen de mkb-klienten met nog lopende rentederivaten, waarbij de grootte (de 'notional') van het derivaat de volgorde van behandeling bepaalt (laagste *notional* eerst). Tot slot schrijft het UHK voor dat de overige mkb-klienten gecompenseerd moeten worden, waarbij de *notional* weer de volgorde van behandeling bepaalt.

⁷⁷ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 169 (16 maart 2016)

3 Uitvoering en uitkomsten UHK-traject

Dit hoofdstuk start in 3.1 met een analyse over het uitvoeringsproces van het herstel zoals voorgeschreven in UHK. Dat uitvoeringsproces vindt plaats tussen eind 2016 en medio 2021 en heeft langer geduurd dan vooraf werd ingeschat. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2 een overzicht gegeven van de uitkomsten van het UHK, waaronder de aangeboden en uitgekeerde compensatie.

3.1 Uitvoering

Na het opstellen van het UHK en afronding van de pilotfase in december 2016 kon door de banken in 2017 'echt' worden begonnen met de uitvoering van het UHK. Vier jaar nadat de eerste signalen over zorgplichtschendingen bekend werden en een eerste herstellpoging heeft plaatsgevonden, is er veel aandacht voor de (voortgang van de) uitvoering. Bovendien is de wens van alle betrokkenen het proces voortvarend en in een kort tijdsbestek af te ronden. Mede naar aanleiding van de wens van de Kamer, wordt de voortgang door de AFM gemonitord en hierover gerapporteerd. Deze voortgangsrapportages worden halfjaarlijks door de minister van Financiën naar de Tweede Kamer gestuurd.⁷⁸

- 3.1.1 **Opstartproblemen en vertraging door data- en automatiseringsproblemen**
- Al bij de eerste voortgangsrapportage van juni 2017 wordt duidelijk dat het proces vertraging zal oplopen. Volgens de AFM is de uitvoering minder ver gevorderd dan op 19 december 2016 bij de vaststelling van het UHK werd verwacht. De AFM wijst met name naar de complexiteit van de dossiers en het UHK als redenen voor de vertraging. Zo zijn in de eerste helft van 2017 door de banken, EDB's en belangenorganisaties ruim 200 vragen gesteld aan de Derivatencommissie, ter verduidelijking van het UHK. Deze *Questions and Answers* zijn door de Derivatencommissie gepubliceerd. Tevens hebben de banken en EDB's hun processen en systemen ingericht voor de uitvoering van het UHK. Plannen van aanpak zijn door de AFM gecontroleerd en de eerste aanbodbrieven zijn door de banken verstuurd. Twee banken verwachten dat een deel van hun klanten niet in 2017 al een compensatieaanbod zullen ontvangen. Een van deze twee banken zal voorschotten uitkeren aan deze klanten; andere banken zullen kwetsbare klanten die langer moeten wachten ook voorschotten aanbieden.⁷⁹

De minister onderschrijft in zijn brief de doelstelling om "druk te blijven uitoefen op de sector om dit proces zo snel als mogelijk af te ronden" en de banken geven aan

⁷⁸ Kamerstukken II 2016/17, 31 311, nr. 175 (2 september 2016)

⁷⁹ Kamerstukken II 2017/18, 31 311 nr. 193, bijlage "Voortgangsrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB" (30 juni 2017)

het grootste deel van de aanbodbrieven in 2017 te gaan sturen, met nog een deel in de loop van 2018.⁸⁰

In oktober 2017 blijkt dat het aanbieden van voorschotten aan kwetsbare klanten niet voor het einde van dat jaar door alle banken die hiertoe besloten hebben, zal lukken. De AFM wijst in haar voortgangsrapportage naar de complexiteit van het UHK in combinatie met de datasystemen van de banken en de benodigde automatiseringssoftware. De minister vindt het van belang dat deze kwetsbare klanten niet de dupe worden van de vertraging bij de uitvoering en roept de banken op hen zo spoedig mogelijk een ruimhartig voorschot aan te bieden. Ook het versturen van aanbodbrieven aan overige mkb-klanten heeft bij nog twee banken vertraging opgelopen. De AFM heeft aangedrongen op het aanbieden van voorschotten van 100% van de coulanevergoeding (stap 3), in plaats van 80%.⁸¹

In de tweede voortgangsrapportage van december 2017 constateert de AFM dat opnieuw vertraging is opgelopen. Slechts 390 mkb-klanten hebben tot dan toe een aanbodbrief ontvangen; 6.935 mkb-klanten hebben een voorschot aanvaard en in totaal is ruim 407 miljoen euro aan voorschotten aangeboden. Deze keer wijst de AFM wederom naar problemen in de automatisering en met de data(kwaliteit) bij banken als voornaamste reden voor de vertraging. De toezichthouder schrijft dat deze knelpunten betekenen dat "de uitvoering van het UHK in de praktijk complexer [is] dan de banken, de externe dossierbeoordelaars en de AFM hadden voorzien". Daarmee concludeert de AFM dat de eerder aangekondigde planning "onzeker" is geworden.⁸²

3.1.2 Proces komt op stoom door procesoptimalisaties

In juli 2018 meldt de AFM in de derde voortgangsrapportage dat het proces significant is versneld. Dit is ook terug te zien in de cijfers. In totaal hebben de banken 3.312 aanbodbrieven verstuurd. Verder hebben 16.073 mkb-klanten een voorschot aangeboden gekregen, waarvan er reeds 13.709 zijn aanvaard. Ruim driekwart van kwetsbare klanten (2.386) hebben op dit punt minstens een voorschot aangeboden gekregen. De AFM schrijft dat "de onzekerheden aanzienlijk zijn verminderd" en onderzoekt verdere procesoptimalisaties, waarbij als randvoorwaarde geldt dat de mkb-klant niet slechter af is en de optimalisatie tijdswinst oplevert. De AFM heeft besloten dat als optimalisatie, de aanbodbrief na het versturen aan de mkb-klant, door de EDB mag worden gecontroleerd. Hierdoor hoeft de klant niet te wachten op deze controle en wordt het proces versneld. Alhoewel het geschetste beeld positiever is dan bij vorige voortgangsrapportages erkent de toezichthouder dat de vertraging bij de twee banken met de meeste dossiers, te weten Rabobank en ABN AMRO, "teleurstellend" is. De minister van

⁸⁰ Kamerstukken II 2016/17, 31 311, nr. 193 (30 juni 2017)

⁸¹ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 195 (24 oktober 2017)

⁸² Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 196 (12 december 2017)

Financiën vat de voortgang bondig samen: “2 banken klaar, 2 banken op koers, 2 banken moeten additionele maatregelen nemen om in 2018 af te ronden”.⁸³

De NVB heeft in het voorjaar van 2018 gereageerd op de motie Van der Linde en Leijten,⁸⁴ waarin banken worden opgeroepen een streefdatum voor volledige afhandeling van het dossier te formuleren. De minister vindt dat uit deze reactie weinig urgentie spreekt en hij zal er bij de NVB op aandringen dat de ambitie door de banken waargemaakt moet worden om alle dossiers in 2018 af te ronden.⁸⁵ Uit een tussenrapportage van november 2018 blijkt dat de banken met de meeste klantdossiers pas in 2019 het herstelproces kunnen afronden. De procesoptimalisaties hebben ertoe geleid dat enkele banken beter in staat zijn op structurele wijze de geplande aantallen aanbodbrieven te versturen. Toch blijft het volgens de minister onzeker wanneer er definitief een streep onder dit “voor mkb-ondernemingen al veel te langslpende dossier” kan worden getrokken.⁸⁶

In januari 2019 publiceert de AFM de vierde voortgangsrapportage. Het traject is dan grotendeels uitgevoerd. Eind 2018 heeft 76% (14.368) van de mkb-klienten een aanbodbrief ontvangen. Een verdere 14% van de mkb-klienten heeft een volledig voorschot ontvangen. Daarmee hebben bijna 17.000 (90%) van de in totaal 18.953 mkb-klienten compensatie ontvangen van de banken. Vier van de banken hebben het traject afgerond; alleen Rabobank en ABN AMRO zijn nog niet klaar. Rabobank heeft 67% van haar mkb-klienten een aanbodbrief gestuurd en de overige 33% een voorschot aangeboden. ABN AMRO heeft 79% van de aanbodbrieven gestuurd en meldt naar verwachting in het eerste kwartaal van 2019 de overige 21% van de aanboden te hebben afgerond. De AFM ziet versnelling onder andere als gevolg van procesoptimalisaties, met name met betrekking tot de controle van de berekeningen. De minister van Financiën ziet “positieve berichten” in deze voortgangsrapportage, maar acht het ondanks dat van belang dat de voortgang goed blijft worden gemonitord.⁸⁷

3.1.3 Op weg naar de afronding

Met de vijfde voortgangsrapportage van juli 2019 wordt duidelijk dat het einde van dit traject in zicht is. De minister van Financiën ziet dat de uitvoering “vergevoerd” is. In totaal heeft 99% van de mkb-klienten een aanbodbrief (88%) of volledig voorschot (11%) ontvangen. ABN AMRO heeft alle overgebleven aanbodbrieven eind mei 2019 gestuurd. Rabobank moet nog 25% van de aanbodbrieven sturen, maar deze klienten hebben in ieder geval al een volledig

⁸³ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 208 (17 juli 2018)

⁸⁴ Kamerstukken II 2017/18, 32 013, nr. 151 (22 februari 2018)

⁸⁵ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 208 (17 juli 2018)

⁸⁶ Kamerstukken II 2018/19, 31 311, nr. 210 (1 november 2018)

⁸⁷ Kamerstukken II 2018/19, 31 311, nr. 214 (31 januari 2019)

voorschot aangeboden gekregen. In totaal is 1,27 miljard euro uitgekeerd als definitieve compensatie of als voorschot.⁸⁸

In januari 2020 meldt de AFM in haar zesde en laatste voortgangsrapportage dat 18.907 mkb-kanten een aanbodbrief hebben ontvangen. Per 31 december 2019 heeft 89% van de klanten het aanbod aanvaard, en de banken hebben 1,38 miljard euro uitbetaald in compensatie. Bij een paar honderd klanten liep de reactie- en acceptatietermijn (van ten minste 12 weken) nog op de peildatum. Bij vier van de zes banken is de controle door de EDB afgerond. Ten opzichte van de vorige voortgangsrapportage is het aantal bindend advies verzoeken gestegen, van 33 naar 51 klantdossiers.⁸⁹

3.1.4 Belangenbehartiging tijdens de uitvoeringsfase

Tot aan de totstandkoming van het UHK is er een zekere mate van collectieve belangenbehartiging waarneembaar. Zo speelt het KCR hier een belangrijke rol als bundeling van verschillende belangenbehartigers, maar zijn er ook andere partijen actief, zoals Pieter Lijesen, Pieter Lakeman en ONL. De belangenbehartigers richten zich in deze aanloopfase vooral op het vinden van een collectieve oplossing. Belangenbehartigers gaan in gesprek met de AFM en later met de Derivatencommissie, delen informatie, en presenteren ideeën voor een collectief herstellkader. Die inzichten zijn waardevol, omdat belangenbehartigers doorgaans een hoog niveau van dossierspecifieke kennis hebben. Al met al betekent deze betrokkenheid dat bij het opstellen van het UHK zowel de Derivatencommissie als de betrokken banken het gevoel hebben dat er voldoende draagvlak bij het mkb bestaat om akkoord te gaan met de regeling en die uit te voeren.

In de uitvoeringsfase worden vooral individuele belangen van mkb-kanten behartigd. Waar belangenbehartigers in de aanloopfase bijdragen aan oprichting van het UHK wordt later gefocust op specifieke mkb-kanten die bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van het herstellkader vallen of een voor hun onbevredigend compensatieaanbod ontvangen. Belangenbehartigers vragen aandacht voor de specifieke eigenschappen van individuele dossiers. Daarmee neemt de complexiteit van de uitvoering toe, terwijl de excessieve nauwkeurigheid het proces al vertraagt. Er is in de uitvoeringsfase geen partij die het collectieve belang van de gedupeerden bewaakt.

⁸⁸ Kamerstukken II 2018/19, 31 311, nr. 218 (22 juli 2019)

⁸⁹ Kamerstukken II 2019/20, 31 311, nr. 221 (28 januari 2020)

3.2 Uitkomsten

3.2.1 Scope

De AFM rapporteert in haar eindrapportage dat uiteindelijk 2.725 mkb-klienten omwille van de toegangseisen buiten het domein van het UHK vielen. Daarmee zijn 87% van de in totaal 21.460 mkb-klienten meegenomen in het hersteltraject. Van de 13% van de mkb-klienten die buiten het toepassingsbereik zijn geplaatst, zijn voor het merendeel (2.226 klienten; 10,5 procentpunten) de professionaliteitseisen de reden. Op basis van de deskundigheidseis hebben de banken in totaal tot 445 klienten buiten het toepassingsbereik van het UHK geplaatst. 102 mkb-klienten hadden rentederivaten die niet binnen 1 april 2011 en 1 april 2014 liepen, en werden gelet op het temporeel bereik niet in het UHK-hersteltraject meegenomen.⁹⁰

Figuur 1 Het aantal klienten dat out-of scope van het UHK valt, gesplitst naar reden (rechter grafiek). Databron: Eindrapportage AFM uniform herstelkader rentederivaten mkb.

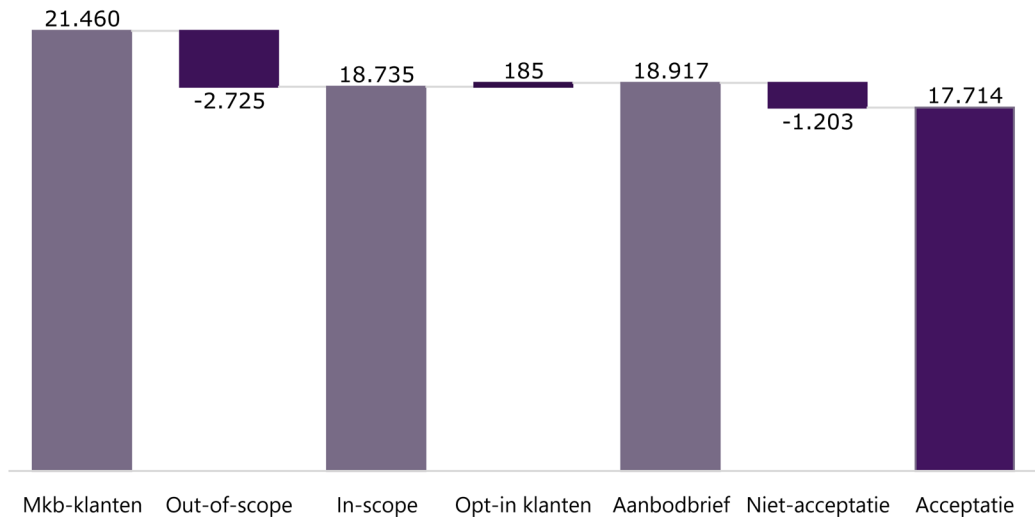


3.2.2 Compensatieaanbod en acceptatiegraad

Eind 2019 hebben alle 18.917 klienten die in aanmerking kwamen voor compensatie een aanbodbrief ontvangen. Hiervan heeft ongeveer 94% (17.714 klienten) het aanbod aanvaard. In totaal bedraagt de aangeboden compensatie 1,57 miljard euro.

⁹⁰ Kamerstukken II 2020/21, 31 311, nr. 238, bijlage: "Eindrapportage AFM uniform herstelkader rentederivaten mkb" (11 mei 2021)

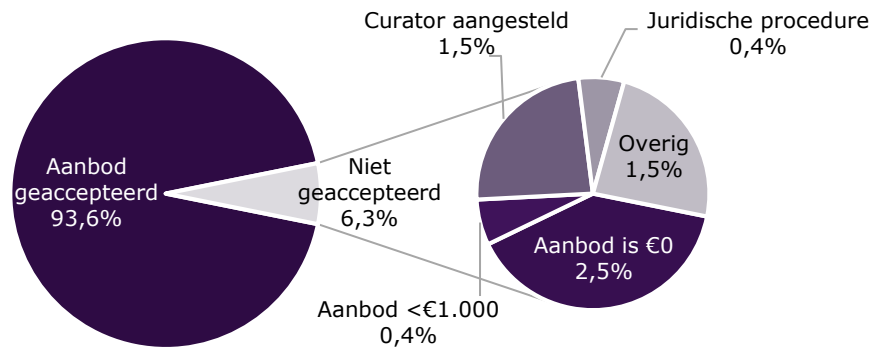
Figuur 2 Overzicht van het aantal klanten in-scope, die een aanbod hebben ontvangen en dat hebben geaccepteerd. Databron: Eindrapportage AFM uniform herstellkader rentederivaten mkb.



Bijna 1 op de 20 (6%) van de voor compensatie in aanmerking komende mkb-clanten heeft het aanbod van de bank niet geaccepteerd. Slechts 1 op de 250 (0,4%) mkb-clanten is naar de rechter gestapt. Dit verschil tussen het aantal niet geaccepteerde aanbiedingen en de juridische procedures heeft verschillende mogelijke verklaringen. Het grootste deel van de ongeaccepteerde aanbiedingen heeft een omvang van 0 euro (2,5%) of minder dan 1.000 euro (0,4%). Deze mkb-clanten hebben mogelijk weinig tot geen schade geleden, en hebben daarom ook geen additionele stappen gezet om meer compensatie te krijgen. Bij 1,5% van de ongeaccepteerde aanbiedingen is een curator aangesteld.

Mkb-clanten die het aanbod van de bank hebben geaccepteerd, hebben de mogelijkheid gehad om bindend advies aan te vragen over specifieke onderdelen van het aanbod. De uitkomst van het advies is zowel voor de bank als de klant bindend. Uiteindelijk hebben ongeveer 100 mkb-clanten van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

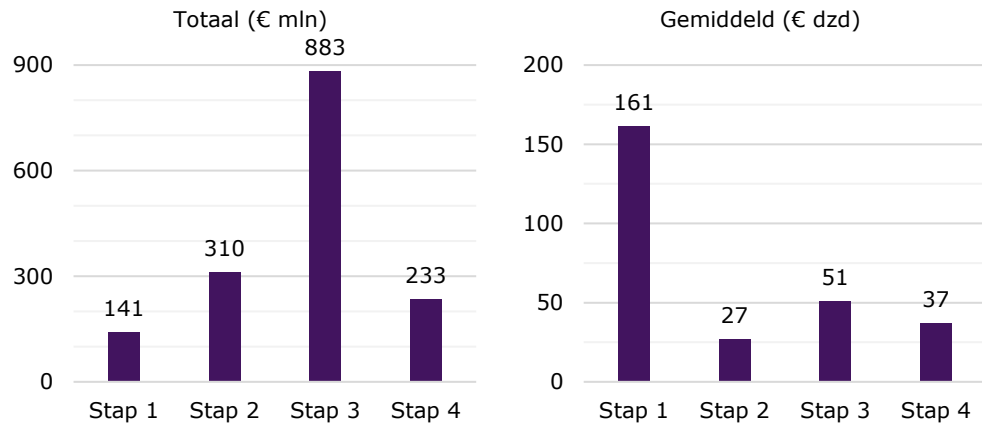
Figuur 3 Percentage klanten die het aanbod niet hebben geaccepteerd, uitgesplitst naar redenen. Databron: Eindrapportage AFM uniform herstellkader rentederivaten mkb.



De herstelstappen hebben tot verschillende compensatiebetalingen geleid, zo volgt uit de eindrapportage van de AFM. De AFM rapporteert gemiddelde uitbetalingen per stap van het UHK, maar het is goed te bedenken dat de grote diversiteit aan individuele dossiers onder elke stap van het UHK heeft geleid tot een grote spreiding in uitgekeerde bedragen. Bijna alle voor compensatie in aanmerking komende mkb-klanten hebben compensatie ontvangen onder stap 3, de coulancevergoeding. Met een gemiddelde uitbetaling van 51.000 euro per klant leidt dit tot in totaal 883 miljoen euro aan compensatie (voor 17.296 klanten). Daarmee is de coulancevergoeding verreweg de belangrijkste herstelstap in dit traject. 56% van de in totaal 1,57 miljard euro aan uitbetaalde compensatie valt onder stap 3. Vervolgens komt stap 2, met betrekking tot technisch herstel. Onder deze stap valt 20%, ongeveer 310 miljoen euro, van de in totaal uitbetaalde compensatie aan 11.290 klanten. Alhoewel de gemiddelde compensatie per klant, 27.000 euro, het laagste is onder deze stap, kwam meer dan 60% van mkb-klanten hiervoor in aanmerking. Stap 4, terugbetaling van renteopslagen, heeft tot ongeveer 15% (233 miljoen euro) van de uitbetaalde compensatie geleid. Ongeveer een derde van de klanten (35%, 6.237) heeft middels deze stap gemiddeld 37.000 euro aan compensatie ontvangen. Tot slot stap 1, deze is opgezet voor complexe 'exotische' rentederivaten. De overige 9% van compensatie is onder deze stap uitbetaald. Complexere producten zijn vaker aan grotere mkb-klanten verkocht, en zijn daarmee groter van omvang. Daardoor is de gemiddelde compensatie per klant (161.000 euro) onder stap 1 het hoogst van alle vier stappen. Slechts 5% (878 klanten) is in aanmerking gekomen voor compensatie onder deze stap.⁹¹

⁹¹ Kamerstukken II 2020/21, 31 311, nr. 238, bijlage: "Eindrapportage AFM uniform herstellkader rentederivaten mkb" (11 mei 2021)

Figuur 4 Verdeling van de totaal uitgekeerde compensatie per herstelstap.
Databron: Eindrapportage AFM uniform herstelkader rentederivaten mkb.



3.2.3 Tijdspad

Zoals hierboven gemeld heeft de uitvoering van het UHK langer geduurd dan aanvankelijk werd gedacht. De belangrijkste reden hiervoor is dat de informatiehuishouding bij de banken niet was ingericht op het uitvoeren van het UHK. De informatie over verkochte rentederivaten en leningen waren vaak verdeeld over verschillende systemen, en die moesten eerst aan elkaar gekoppeld worden. Daarnaast was de datakwaliteit bij banken gebrekkig; dit had te maken met de tijd die sinds de verkoop van het product was verstreken (en dat de systemen niet zijn ingericht om tot in het verre verleden terug te kijken), en met bedrijfsfusies en -splittingsen. De banken met het grootste aantal dossiers hebben gekozen voor het opzetten van 'fabrieken' om de berekeningen op geautomatiseerde wijze te laten plaatsvinden. Dat heeft ook tijd gekost. En, omdat veel dossiers een hoge mate van complexiteit kenden, moest handwerk nog steeds met regelmaat toegepast worden.

Na een lichte versnelling in het tweede kwartaal van 2018 is het merendeel van de brieven in het derde en vierde kwartaal van dat jaar verzonden. Begin 2019 waren ongeveer 75% van alle aanbodbrieven verzonden, en begin 2020 zijn bijna alle dossiers behandeld. Banken hebben complexere dossiers voor het laatst overgehouden. Bij enkele van deze zaken is tot 2021 nog gewerkt aan het berekenen van herstel.⁹²

3.2.4 Uitvoeringskosten

Aan hersteltrajecten zijn naast de compensatie-uitgaven ook uitvoeringskosten verbonden. Deze worden gedefinieerd als alle bestedingen die niet direct naar de

⁹² Kamerstukken II 2020/21, 31 311, nr. 238, bijlage: "Eindrapportage AFM uniform herstelkader rentederivaten mkb" (11 mei 2021)

benadeelde partijen gaan, maar worden uitgegeven om de directe compensatiebetalingen te faciliteren. Bij dit traject hebben een aantal stappen in het proces tot significante uitvoeringskosten geleid. Ten eerste hebben de banken moeten uitzoeken welke mkb-klanten in aanmerking kwamen voor compensatie, om vervolgens te kunnen berekenen hoe hoog deze herstelbetalingen hoorde te zijn aan de hand van het UHK. De gebrekkige datakwaliteit en de complexiteit van het UHK hebben de uitvoeringskosten van deze twee processtappen verhoogd. Deze berekeningen zijn vervolgens gecontroleerd door de EDB's en gecommuniceerd richting de mkb-klanten.

Het is niet mogelijk de uitvoeringskosten precies uit te rekenen. Bij sommige banken waren de kosten hoger dan bij andere banken. Wel wordt door verschillende partijen ingeschat dat banken ongeveer de helft van de compensatie-uitbetalingen, additioneel hebben besteed aan kosten ten aanzien van uitvoering. Dat komt neer op ongeveer 800 miljoen euro. Hiervan is het grootste deel naar de EDB's gegaan. De totale geschatte kosten van het UHK-traject komt daarmee op ongeveer 2,4 miljard euro. Partijen zien (i) de gebrekkige informatiehuishouding bij de banken, (ii) de complexiteit van het UHK, en (iii) de vereiste COS 3000-verklaring die door EDB's afgegeven moest worden, met een hoge assurance- en materialiteitseis, als de belangrijkste redenen voor de hoge uitvoeringskosten.

4 Bevindingen afwikkelingsproces rentderivaten mkb

In dit hoofdstuk worden een aantal bevindingen uiteengezet die uit de gesprekken met betrokken partijen en de literatuurstudie naar voren komen. Hiermee kan de deelvraag hoe betrokken partijen terugkijken op het afwikkelingsproces, en de hoofdvraag welke lessen uit de aanpak van het rentederivatendossier kunnen worden geleerd, worden beantwoord. De bevindingen zien toe op het begin van het afwikkelingstraject (4.1), de aanstelling van de Derivatencommissie (4.2), de onbalans tussen nauwkeurigheid en snelheid van uitvoering (4.3), de onderlinge relaties tussen betrokkenen (4.4) en de rol van de mkb'er in het herstelproces (4.5). In hoofdstuk 5 wordt, mede ter beantwoording van de deelvraag wat betrokken partijen hebben geleerd uit hun betrokkenheid en rol bij het afwikkelingsproces, tevens gereflecteerd op de aard van compensatietrajecten in het algemeen en recente ontwikkelingen.

4.1 De ongelukkige start leidt tot padafhankelijkheid

Het afwikkelingsproces waartoe begin 2016 werd besloten door de minister van Financiën na advies van de AFM kende geen optimale start. Uit de gevoerde gesprekken komt naar voren dat een goed beeld van het probleem en de omvang ervan ontbrak bij zowel de toezichthouder, de banken en als de brancheorganisaties. Het probleem werd hierdoor zowel kwalitatief als kwantitatief onderschat. Mogelijke oorzaken hiervan zijn de scheiding tussen kredietproducten (financiering) en beleggingsproducten (rentederivaten) bij zowel het toezicht als de structuur en administratie van de banken, waardoor de ontstane problematiek lang onzichtbaar bleef. (Individuele) signalen waren daarmee lastig kwantificeerbaar en de structurele aspecten van het probleem konden daardoor niet goed in kaart gebracht worden.

Hierdoor had ook de politiek geen goed zicht op hetgeen aan de hand was. Echter was er, door signalen van mkb'ers en de media wel een grote maatschappelijke en politieke druk om snel tot een zorgvuldige oplossing voor getroffen mkb'ers te komen. Achteraf is het daarmee de vraag of in de winter van 2015/2016 de AFM en het ministerie van Financiën zich niet te snel hebben gepositioneerd in een grote betrokkenheid bij de uitwerking van de oplossingsrichting van een geschilbeslechting, en niet eerst een betere analyse van de problematiek en de eigen rol daarin had moeten plaatsvinden en een afweging van mogelijke alternatieve routes. Deze analyse had idealiter al voor de oproep aan de banken van de AFM halverwege 2014 tot herbeoordelingen moeten plaatsvinden, maar kon alsnog worden gedaan na de conclusie van de AFM begin december 2015 dat een

aanzienlijk deel van de herbeoordelingen over moesten. Mogelijk speelde de verhouding tussen de verschillende partijen en het verschil in onderkenning van de problematiek een rol bij het niet gezamenlijk (en in de openbaarheid) uitvoeren van deze analyse. Ook het gebrek aan inzicht in de problematiek en kennis van de producten in kwestie bij de AFM, kan hebben geleid tot het ontbreken van deze analyse. De AFM heeft zelf ook geoordeeld dat zij op dat moment niet de expertise had om adequaat richting te geven aan de banken voor het in kaart brengen van de situatie.

Dat de banken in de eerste herstelfase voor het UHK-traject onzorgvuldig zijn omgegaan met de herbeoordelingen, heeft een groot effect gehad op hoe de tweede herstelfase is vormgegeven. De AFM constateert dat minstens een op de vijf dossiers in deze eerste periode inadequaat is behandeld, tot grote ontevredenheid van de mkb-kanten en de politiek. Het vertrouwen tussen de partijen is geschaad en de politieke druk op dit dossier neemt vervolgens toe om zorgvuldigheid voorop te stellen. Daarmee ontstaat een padafhankelijkheid. Omdat de zorgvuldigheid in de eerste herstelfase onvoldoende is gewaarborgd wordt door alle partijen additionele nadruk gelegd op dit aspect in het UHK-proces. Er is sprake van een overcorrectie in het gedrag van de betrokken partijen.

Deze focus op zorgvuldigheid is onder andere duidelijk terug te zien in de Kamerbrief waarin de minister van Financiën de Derivatencommissie aanstelt.⁹³ Daarin schrijft de minister opnieuw dat de herbeoordeling van de rentederivaten “onbetwistbaar goed en zorgvuldig” moet gebeuren. In gesprekken laten verschillende stakeholders weten deze formulering van de minister destijds te interpreteren als een oproep tot een foutloze herbeoordeling. Zoals in paragraaf 4.3 nader toegelicht wordt, is daarmee de beweegruimte om nauwkeurigheid in te ruilen voor een sneller of kostenefficiënter proces aanzienlijk beperkt. Met name de AFM voelt zich niet in staat compromissen te sluiten op de nauwkeurigheid. De toezichthouder ziet dat zij in de eerste fase is tekortgekomen en onterecht herbeoordelingen heeft goedgekeurd. Het evaluatierapport van Alvarez&Marsal is kritisch op het handelen van de AFM, en uit zorg voor verdere reputatieschade permitteert de toezichthouder klaarblijkelijk geen verdere fouten in de herstelberekeningen. Uiteindelijk vertaalt deze houding zich in het besluit om de hoge zekerheidseisen te stellen, in het bijzonder de COS 3000-verklaring van de EDB's.

De aanstelling van de Derivatencommissie diende de impasse te doorbreken en is hier volgens betrokkenen in geslaagd. Echter was er enige verontwaardiging bij de banken dat de eerste fase van herbeoordelingen onder het toezien van de AFM begin december 2015 abrupt werd gestopt.

⁹³ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 166 (1 maart 2016)

Dit heeft mogelijk geleid tot terughoudende houding van de banken bij het opstellen van het UHK en de start van de uitvoering ervan. Enerzijds zien zij in dat — kijkend naar de additionele compensatie die zij conform het UHK bovenop de eerder uitgekeerde compensatie hebben toegekend aan hun klanten — de eerste fase onvoldoende soelaas bood aan de gedupeerde klanten. Anderzijds vonden sommige banken dat hun herbeoordelingen goed verliepen, en het beperkt aantal klachten die zij ontvingen onderbouwt deze opvatting. Een enkele bank erkende de problematiek die was ontstaan bij de verkoop van rentederivaten aan het mkb pas laat. De periode vanaf december 2015 tot de publicatie van het UHK is door sommige banken gebruikt voor een intern moment van bezinning, gecentreerd rond de vraag wat er precies mis is gegaan. Uit de ervaringen van de betrokken partijen volgt niet dat deze bezinning in brede zin heeft plaatsgevonden, noch dat omtrent de opvattingen over de problematiek open werd gesproken tussen bijvoorbeeld de banken, de toezichthouder en (vertegenwoordigers van) de klanten.

4.2 De Derivatencommissie: informeel doch gezaghebbend

4.2.1 Aanstelling doorbreekt impasse

Met de aanstelling van de Derivatencommissie heeft de minister van Financiën gevolg gegeven aan het advies van de AFM om onafhankelijke deskundigen aan te stellen voor het vaststellen van het herstell kader. Uit de gevoerde gesprekken valt af te leiden dat de aanstelling van de Derivatencommissie door de minister van Financiën begin 2016 een goede keuze is geweest. Gelet op het ontbreken van een formele bevoegdheid moesten de banken zich op vrijwillige basis committeren aan het hersteltraject met het UHK. De AFM heeft begin 2016 de banken hierover gesproken en hen min of meer op het hart gedrukt hieraan mee te doen. Het bij de gesprekken door de AFM geschetste alternatief (de 'stok achter de deur') zou een door de minister wettelijk verplicht compensatietraject zijn, al is niet uitgewerkt in hoeverre de minister hier de bevoegdheid tot heeft en of dit, binnen afzienbare tijd, kan worden afgedwongen. Gelet op dit vrijwilligheidsaspect was de reputatie van de benaderde deskundigen erg belangrijk. De heren genoten volgens de betrokkenen groot gezag en vertrouwen in het proces. Dit was van belang gelet op de situatie begin 2016, waar wantrouwen tussen de verschillende betrokken partijen de sfeer overheerste. Met het op informele wijze aanstellen van de commissie heeft de minister een impasse doorbroken.

Tussen de constatering van de AFM dat er bij de eerste fase van herbeoordelingen onvolkomenheden zijn (begin december 2015) en het benaderen van de onafhankelijke deskundigen (februari 2016) zat weinig tijd. Uit gesprekken met (oud-)medewerkers van Financiën en de AFM volgt dat er weinig alternatieven nader zijn uitgewerkt. Er is wel naar de situatie en oplossingsrichting in het VK gekeken,

maar al snel geconcludeerd dat de situaties in Nederland en het VK te veel van elkaar verschilden om het VK als blauwdruk te gebruiken. Zo biedt de Nederlandse wetgeving de AFM niet de mogelijkheid tot het aanstellen van zogeheten *skilled persons* bij onder toezicht staande instellingen.

4.2.2 Opdracht leidt tot beperkte aandacht voor uitvoering

De deskundigen van de Derivatencommissie hadden tot opdracht om een UHK overeen te komen met de banken en daarbij vertegenwoordigers van het mkb te betrekken. Zij hadden daarbij wel enig oog voor de uitvoering van het UHK, maar het was niet hun opdracht actief betrokken te zijn bij de uitvoeringsfase. De gedachte destijds was dat zodra het UHK er lag, de uitvoering vanzelf volgt. Dat bleek weerbarstiger in de praktijk. Zo werden zij al snel benaderd door de andere betrokkenen met inhoudelijke en technische vragen over het UHK. Daarmee werden ze, samen met de AFM, een soort scheidsrechter bij keuzes die banken moesten maken voor de inrichting van hun processen en herbeoordeling van dossiers.

Een duidelijke regierol bij de uitvoering ontbrak. De AFM heeft, mede op verzoek van de minister, vanaf de zomer van 2018 procesoptimalisaties onderzocht, maar was daarbij als toezichthouder altijd afhankelijk van de Derivatencommissie, banken en EDB's. Het onderlinge wantrouwen (zie paragraaf 4.4), maar ook het gebrek aan bevoegdheden speelde een rol bij de mate waarin de AFM de regie kon voeren. De Derivatencommissie heeft in die periode als 'olierietje' op kunnen treden tussen de verschillende partijen, een rol die zij vanuit hun opdracht niet hadden maar door hun informele status wel konden oppakken.

In het UHK heeft de Derivatencommissie de mogelijkheid tot aanvraag van bindend advies opgenomen. De heren vormden uiteindelijk zelf grotendeels de leden van deze Bindend Advies commissie.

4.2.3 Een eenzijdige samenstelling van de Derivatencommissie

Uit gesprekken volgt eensgezind dat de drie heren veel autoriteit genoten, mede door hun eerdere werkzaamheden. Het waren bewezen onafhankelijke denkers en doeners, hetgeen vertrouwen bood. Dit heeft geleid tot een relatief gezien kort tijdsbestek waarin het UHK is opgesteld. Een bijkomend voordeel van een kleine commissie is de snelheid waarmee gehandeld en geschakeld kan worden. De samenwerking met de deskundigen wordt als prettig omschreven door betrokkenen.

De samenstelling van de commissie wordt door sommige stakeholders echter wel als onvolledig gezien. Zowel in de opdracht aan de Derivatencommissie als in de keuze voor de samenstelling is door de AFM en de minister weinig tot geen aandacht besteed aan de uitvoering van het UHK. Waar veel aandacht in de brief van 1 maart uitgaat naar het overeenkomen van het kader en het toezicht op de uitvoering ervan, lijken de mogelijke complicaties van de uitvoering door onder meer de

banken over het hoofd te zijn gezien. Dit blijkt onder meer uit het feit dat in de commissie geen deskundige op het gebied van assurance of datasystemen is aangesteld. Ook in de pilotfase is gefocust op de nauwkeurigheid van de berekeningen en in mindere mate op het operationeel maken van het UHK.

Ook werd de herbeoordeling door de samenstelling van de Derivatencommissie mogelijk erg juridisch aangepakt, terwijl de EDB's juist vaak op technisch financiële gronden moesten kijken naar correctheid. Uit gesprekken volgt dat meer expertise van accountants bij het opstellen van het UHK wellicht had bijgedragen aan een beter toetsbaar kader.

4.2.4 Grondige aanpak

De Derivatencommissie heeft in een tijdsbestek van enkele maanden met veel partijen gesproken om het probleem in kaart te brengen. Daarbij ontvingen ze ook dossiers van de banken en spraken zij met mkb-klienten, waaronder enkele ondernemers in de agrarische sector. In sommige gevallen aan dezelfde keukentafel waar de bank hen het aanbod tot een rentederivaat had gedaan; gesprekken die veel indruk hebben gemaakt. Volgens betrokkenen hebben de deskundigen goed geluisterd naar de verschillende partijen en hebben zij zich de ingewikkelde materie snel eigen gemaakt.

Na de eerste paar maanden heeft de commissie concepten van het, in de ogen van betrokkenen weloverwogen, kader met de betrokken banken en belangenorganisaties gedeeld. Belangenorganisaties spraken een verwachting uit wat betreft het percentage van hun achterban voor wie dit een goede oplossing zou bieden. Dit bood banken voldoende zekerheid om akkoord te gaan met het UHK, al liet dit besluit bij enkele banken langer op zich wachten. Politieke druk van onder meer de minister heeft tot het gewenste resultaat wat betreft commitment aan het UHK geleid.

Na publicatie van het UHK in juli 2016, is het kader nog veel gedetailleerder en uitgebreider geworden. De opzet van het compensatiekader is niet veranderd, maar de Derivatencommissie heeft in die fase de taak vervuld van het beantwoorden van vragen van de banken. De banken stelden deze vragen mogelijk om meer duidelijkheid te krijgen over het toepassingsbereik en het omgaan met bepaalde specifieke gevallen. Elke bank had in haar dossiers specifieke complexe (combinaties van) derivatenproducten en de banken wilden mogelijk geen risico lopen door interpretatiefouten te maken gelet op de nauwkeurigheidseisen en het belang van uniform herstel voor alle klienten. Het doel van deze vragen was wellicht ook het beter beheersbaar houden van het proces en hun uitvoeringskosten. Echter is door de nadere duiding van het UHK door de Derivatencommissie het tegenovergestelde bereikt. De uitvoering van het UHK werd er veel complexer door. Banken met een klein aantal dossiers moesten in sommige gevallen wachten tot het

aanbieden van compensatie tot nadere duiding van de Derivatencommissie, of delen van het proces opnieuw doen om recente duiding mee te nemen. De banken hebben zich tijdens het opstellen van het UHK, alsmede tijdens de pilotfase, onvoldoende uitgesproken over de uitvoerbaarheid. Banken geven ook aan dat dit komt doordat zij zich onvoldoende bewust zijn geweest van mogelijke problemen met de uitvoerbaarheid van het UHK. Ook de AFM had hier geen zicht op, mede omdat niet zij maar DNB toezicht houdt op de bedrijfsvoering processen van banken. Pas veel later in het proces bleek veel benodigde informatie niet beschikbaar of eenvoudig te achterhalen.

4.3 Onbalans tussen nauwkeurigheid, snelheid en uitvoerbaarheid

Uit de gesprekken kan worden geconcludeerd dat bij het opstellen van het UHK de nadruk bijna volledig op de nauwkeurigheid van de uitvoering is gelegd, waartegen de snelheid en de kosten het hebben moeten afleggen. In paragraaf 5.2 wordt nader ingegaan op de balans tussen deze drie aspecten. Dit is (deels) veroorzaakt door de padafhankelijkheid door de misgelopen herbeoordeling door de banken in de eerste fase, het wantrouwen van gedupeerde mkb'ers richting de banken en de politieke druk bij dit onderwerp. Later in het proces is slechts beperkt ruimte geweest om deze onbalans aan te passen, door een combinatie van onder meer padafhankelijkheid, wantrouwen tussen partijen, en een gebrek aan regie. De gekozen oplossingsrichting werd voortgezet.

4.3.1 Nauwkeurigheid centraal gesteld

Het UHK-afwikkelingstraject heeft langer geduurd en meer gekost dan eerst verwacht. Waar de verwachting aanvankelijk werd geschapen dat mkb-klanten medio-2017 zouden worden gecompenseerd is dat voor het merendeel pas in 2019 gebeurd, met een aantal zaken nog in behandeling tot 2022. De banken hebben naar schatting bovenop de 1,57 miljard euro aan compensatiebetalingen ongeveer de helft van het uitgekeerde bedrag, ongeveer 800 miljoen euro, aan uitvoeringskosten gemaakt. Daaronder vallen de kosten van de eigen processen voor herbeoordeling, de betaling van de EDB's en bekostiging van de Derivatencommissie. Vrijwel alle betrokken partijen zien de hoge controle- en zekerheidseisen als oorzaak voor lange duur en hoge kosten van het traject. EDB's hebben elk dossier gecontroleerd, waarbij een hoge controle-eis gold. Deze veeleisende controlestappen dienen recht te doen aan de zorgvuldigheid in het proces; echter heeft dit ten nadele invloed gehad op de uitvoeringsduur- en totale kosten. Sommige gesprekspartners trekken in twijfel of de hoge nauwkeurigheidseisen ook tot meer passende compensatiebetalingen hebben geleid ten opzichte van een situatie waarbij een lagere, maar nog steeds hoge, nauwkeurigheidsnorm was gebruikt.

Uit de gevoerde gesprekken met stakeholders wordt duidelijk dat bij de uitvoering van het UHK te veel nadruk is gelegd op de nauwkeurigheid. De benadeelde mkb-klienten noch de banken hebben baat gehad bij een langlopend en duur traject. De uitvoeringskosten vormen een significant welvaartsverlies. Gezien de grote rol van coulancevergoeding in stappen 3 en 4 van het UHK, uiteindelijk goed voor meer dan 70% (1,1 miljard euro) van de in totaal uitbetaalde compensatie, zijn de uitzonderlijk hoge berekeningscontroles van de andere herstelstappen moeilijk te verantwoorden. Een theoretisch alternatief, waarbij een lagere — maar nog acceptabele — zorgvuldigheidseis was toegepast, is dat banken een deel van de uitvoeringsgelden hadden kunnen gebruiken om schade royaler te vergoeden. Dat was mogelijk voor zowel klant als bank een betere uitkomst geweest, alhoewel het de vraag is of dit in 2016 een voor alle partijen acceptabele uitkomst was geweest. Klantenvertegenwoordigers en de politiek hadden immers ingezet op een foutloze uitvoering en de banken op een verlaging van de daarbij horende compensatiekosten. Het is daarom een belangrijke vraag hoe deze onbalans richting nauwkeurigheid tot stand is gekomen, en hoe deze bij toekomstige compensatietrajecten vermeden kan worden.

4.3.2 Oproep tot aanpassing van de nauwkeurigheidseis vindt geen gehoor

Als na publicatie van het UHK de AFM na de zomer van 2016 de hoge zekerheidseis voorstelt, hebben andere betrokken stakeholders niet de kennis, beweegruimte en/of wil om hier tegenin te gaan. De banken zijn door hun eigen onzorgvuldigheid in de eerste fase in verlegenheid gebracht. Onder het politiek vergrootglas kunnen zij moeilijk pleiten voor een versoepeling van de assurance-standaarden. Ook hebben de banken in deze periode nog onvoldoende zicht op hun slechte interne informatiehuishouding waardoor zij de consequenties van de COS 3000-norm mogelijk hebben onderschat. Uiteindelijk is gebrekkige data(kwaliteit) — zoals datasystemen die incompleet zijn, niet of moeilijk aan elkaar te koppelen zijn of in archiefdozen opgeslagen liggen — een van de hoofdredenen voor het feit dat het uiteindelijk veel (tijd) kost om aan de zorgvuldigheidseisen te voldoen. Bovendien zaten niet de operationele kennis van de bank aan tafel bij de Derivatencommissie, maar de juristen van de bank die onvoldoende op de hoogte waren van de interne informatiehuishouding en wellicht een andere focus hadden.

De mkb-klienten hebben ook geen zicht op de interne administratie van de banken, en hebben in de eerste herstelfase de pijn van de onzorgvuldigheid gevoeld. Een hoge nauwkeurigheidseis werd daarom door de belangenvertegenwoordigers noodzakelijk geacht. De Derivatencommissie heeft niet de accountancy-kennis in huis om voldoende te begrijpen welke kosten de COS 3000-verklaring met zich mee brengt, mede omdat zij niet de opdracht hebben gekregen op de uitvoering te letten. De accountancybureaus die als EDB bij het traject zijn betrokken hebben die kennis wel, en geven aan dit punt te hebben genoemd in hun gesprekken met de AFM. De relatie tussen de accountancysector en de AFM is echter al gespannen in

die periode, en de kanttekening van de EDB's blijkt niet overtuigend te zijn en vindt weinig gehoor. De AFM benadrukt dat, in hun perspectief, de minister van Financiën om een foutloos proces heeft gevraagd, en dat daarom niet afgeweken kan worden van de COS 3000-norm.

Opmerkelijk is echter dat niet alle banken zich aan dezelfde assurance-standaard hoeven te houden. Eén bank kreeg de ruimte om niet een accountant, maar een financieel adviesbureau, aan te stellen als EDB die geen COS 3000-verklaring hoeft af te leggen, wat tot versnelling en kostenbesparing voor deze bank heeft geleid. Dit suggereert dat er wel enige (onbenutte) flexibiliteit bestond om een minder uitgebreide verklaring te gebruiken om de nauwkeurigheid van het proces te borgen.

4.3.3 Pilotfase brengt onbalans onvoldoende in beeld

Door de druk om de nauwkeurigheid te waarborgen is de uitvoerbaarheid van het UHK onvoldoende tijdens de pilotfase in kaart gebracht. Banken hebben in deze fase enkel op basis van fictieve dossiers de berekeningsmethodiek uitgeprobeerd. Het is een positief resultaat dat deze aanpak heeft geleid tot verdere uitwerking van het UHK, omdat de oefenberekeningen significant uiteenliepen tot ver in 2017. Desalniettemin betekent het gebruik van slechts fictieve dossiers dat de banken in deze periode niet hebben gekeken naar de systemen waarin de echte dossiers waren opgeslagen. Het op orde brengen van de interne administratie is uiteindelijk een van de meest tijdrovende en kostbare stappen geweest van het traject. Dat partijen pas later in het traject zicht kregen op de problemen rondom de gebrekkige data(kwaliteit) bij de banken heeft het aanpassen van het proces en het explicieter afwegen van de zorgvuldigheid tegen de uitvoerbaarheid gecompliceerd.

4.4 Een samenspel van onderliggend wantrouwen en politieke druk

De verhoudingen tussen de verschillende partijen hebben volgens diverse gesprekspartners een grote mate van invloed gehad op hoe de afwikkeling van de rentederivatendossiers heeft plaatsgevonden. De begrippen 'wantrouwen' maar ook 'politieke druk' spelen hierbij een grote rol, zo blijkt uit de gevoerde gesprekken. Het samenspel van politieke druk en de eerste poging tot herbeoordeling heeft geleid tot een enorme zorgvuldigheidsdrang die zich heeft vertaald in het langdurige complexe afhandelingstraject zoals inmiddels bekend is. Partijen hebben moeten leren om meer en op een andere wijze samen te werken om uiteindelijk het vertrouwen in elkaar en in het proces te kunnen herstellen.

4.4.1 Een gebrek aan onderling vertrouwen

De eerste poging van de AFM tot compensatie van mkb'ers heeft haar sporen nagelaten. Doordat de AFM heeft moeten constateren dat de banken deze herstelwerkzaamheden niet juist hebben afgehandeld, is het vertrouwen van de AFM in de banken geschaad. De AFM was aanvankelijk ervan overtuigd dat in deze eerste fase de banken hun klanten afdoende en adequaat zouden kunnen compenseren, maar dit bleek niet het geval. De toezichthouder komt met de reflectie dat het haar destijds ontbrak aan een kritische blik richting de banken.⁹⁴ De beslissing om tot een nieuwe oplossing te komen waarbij de interpretatieruimte van banken wordt beperkt of beter gezegd zoveel mogelijk wordt geminimaliseerd is gestoeld op wantrouwen richting de banken en mondt uit in hoge zorgvuldigheidseisen. Banken voelen niet de ruimte om eventueel aan de bel te trekken om de problemen met de uitvoerbaarheid kenbaar te maken. Bij de AFM, en klaarblijkelijk ook bij (mede) verantwoordelijk toezichthouder De Nederlandsche Bank (DNB), bestond geen inzicht omtrent het gebrekkige systeembeheer van de banken. Het is opvallend dat dit ook niet naar voren is gekomen bij de eerste poging tot herbeoordeling. Banken hebben hiervan geen melding gemaakt of het is niet aan het licht gekomen doordat de zorgvuldigheid pas in de tweede herstellpoging nadrukkelijker op de voorgrond was. Bovendien verschillen de uitgangspunten van beide pogingen, waardoor volgens de banken andere data nodig was voor de herbeoordelingen.

Een belangrijke bevinding die in de gesprekken naar voren is gekomen is de startpositie van het gehele afwikkelingsproces. Er heerst in zijn algemeenheid een gebrek aan vertrouwen richting banken als gevolg van de financiële crisis en diverse affaires waar banken mee te maken hebben gehad. Banken zaten destijds in de kramp. Er leek bij banken een angst te heersen om grootschalig problemen te signaleren wanneer deze zich voordeden, ook richting de toezichthouder(s). Ook in dit dossier leken banken niet in te zien welke problemen zich voordeden. Door enkele banken werd het probleem dan ook niet direct erkend en werd vastgehouden aan de lijn dat niets mankeerde aan de verkochte producten en het verkoopproces daarvan. Uiteraard waren banken ook bevreesd voor de financiële consequenties van het toegeven van hun falen. Indien banken eerder de problemen hadden erkend, had kostbare tijd bespaard kunnen worden. Uit de gesprekken blijkt dat banken geen risico's durfden te nemen ten aanzien van de financiële gevolgen die de afwikkeling met zich meebracht. Banken hebben in eerste instantie tegengestribbeld. Dit is goed zichtbaar in de totstandkoming van het UHK. De banken zijn in constante dialoog geweest met de Derivatencommissie om het kader te laten aansluiten bij de situatie van de individuele banken. Banken hebben vanaf de pilotperiode veel suggesties gedaan om het kader verder in te kleuren wat de

⁹⁴ AFM, *Reflectiedocument UHK rentederivaten*, 1 juni 2021, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten>

nodige extra complexiteit heeft opgelegd voor de uitvoering, zoals in 4.2.4 beschreven is.

Echter, gedurende het afwikkelingsproces is het onderlinge vertrouwen langzaam hersteld. Doordat stakeholders gedurende het proces meer inzichten hebben verkregen in de complexiteit van de dossiers konden vertragingen meer in perspectief worden geplaatst. Waar in eerste instantie het beeld bestond dat het onwil was van de banken om tot snelle afhandeling van compensatie te komen, werd de complexiteit bij banken steeds meer duidelijk voor alle betrokkenen. Banken erkenden inmiddels het probleem en waren bereid om de mkb'ers te compenseren. Echter, het was vooral de uitvoering die dit nog bemoeilijkte en een vertragende factor bleek te zijn. Daar kon de politiek moeilijk mee leven.

4.4.2 Politieke druk

De politieke druk die werd uitgeoefend op de afwikkeling kan worden gezien als een mogelijk struikelpunt waar het gaat om zuiverheid van rollen, maar ook zeker als kantelpunt om de impasse in de herbeoordeling te doorbreken. Door de politieke inmenging kon een Derivatencommissie met gezag worden aangesteld om de afwikkeling vlot te trekken. Uit de gevoerde gesprekken blijkt dat de gesprekken die de minister heeft gevoerd met betrokken banken kunnen worden gezien als het laatste zetje dat de banken nodig hadden om zich te committeren aan het kader. Zonder deze inmenging had verdere vertraging of nog meer politieke druk voor een voorgeschreven oplossing of boetes op de loer gelegen. Door te kiezen voor deze informele route heeft de Derivatencommissie de ruimte gekregen om een kader te ontwikkelen dat recht deed aan de geleden schade van de mkb-klienten.

Ook gedurende de uitvoering van het UHK is er de nodige politieke aandacht geweest voor het afwikkelingstraject. Er zijn door Kamerleden diverse moties ingediend die betrekking hadden op het opvoeren van de druk om banken zich te laten committeren aan het UHK, op bescherming van de positie van kwetsbare klienten en op het versnellen van de afwikkeling in zijn algemeenheid. Dit hangt samen met de verwachtingen die zijn ontstaan door toezeggingen van de banken en de AFM ten aanzien van de tijdslijnen. Deze verwachtingen bleken erg voorbarig toen duidelijk werd dat de complexiteit van de uitvoering was onderschat. Er zijn publieke verwachtingen gecreëerd die niet konden worden waargemaakt.

Ondanks dat banken zich aan het UHK hebben gecommitteerd, is het maar de vraag of zij gezien de druk hadden kunnen aangegeven dat het bijbehorende tijdspad onhaalbaar was. Er was immers al zoveel maatschappelijke en politieke druk op het afwikkelingsproces dat benoemen dat het onhaalbaar zou zijn om alle gedupeerden binnen de toegezegde tijd te compenseren, naar alle waarschijnlijkheid deze druk alleen maar zou hebben vergroot. Het zou een extra trigger kunnen zijn geweest

waardoor de politiek de druk verder had opgevoerd om toch de afwikkeling te versnellen.

4.5 De positie van de gedupeerde mkb'er

4.5.1 Rol van de belangenbehartiger

Belangenbehartigers hebben in het afwikkelingstraject een bijzondere, maar belangrijke rol gespeeld. Allereerst is het opvallend dat het aantal belangenbehartigers dat een actieve rol heeft gespeeld in het gehele traject beperkt lijkt ten aanzien van de uiteindelijke groep gecompenseerde mkb-ondernemers. Verder valt op dat de verschillende type belangenbehartigers op een eigen wijze heeft bijgedragen en hiermee meer of minder direct betrokken zijn geweest. Te onderscheiden vallen (i) advocaten die hun cliënten hebben vertegenwoordigd, (ii) voor dit dossier opgerichte claimstichtingen die meerdere gedupeerden vertegenwoordigden en (iii) brancheorganisaties die het mkb vertegenwoordigen. Waar de een koos voor een actieve rol ten aanzien van de totstandkoming van het UHK hebben anderen, waaronder de brancheorganisaties voor het mkb, gekozen voor het onder de aandacht brengen van het probleem bij de politiek zonder zich veel te bemoeien met (de inhoud van) de oplossing.

Tot aan de totstandkoming van het UHK maakt de collectieve belangenbehartiging een versnipperde indruk. Die versnippering heeft te maken met het feit dat belangenbehartigers vaak eerst door individuele gedupeerden worden benaderd, en vervolgens apart van elkaar vaststellen dat er sprake is van een breder maatschappelijk probleem. Desalniettemin is het een belangrijke constatering dat de belangenbehartigers in deze aanloopfase zich vooral richten op het vinden van een collectieve oplossing. Belangenbehartigers gaan in gesprek met de AFM en later met de Derivatencommissie, delen informatie, en presenteren ideeën voor een collectief herstelkader. Die inzichten zijn waardevol, omdat belangenbehartigers doorgaans een hoog niveau van dossierspecifieke kennis hebben. Al met al betekent deze betrokkenheid dat bij het opstellen van het UHK zowel de Derivatencommissie als de betrokken banken het gevoel hebben dat er voldoende draagvlak bij het mkb bestaat om akkoord te gaan met de regeling en die uit te voeren. Uiteindelijk bleek de inschatting juist en zelfs boven verwachting van betrokkenen; 94% van de klanten heeft het aanbod van de bank geaccepteerd.

Waar belangenbehartigers in de aanloopfase bijdragen aan oprichting van het UHK wordt later, tijdens de uitvoeringsfase, gefocust op specifieke mkb-klanten die bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van het herstelkader vallen of een voor hun onbevredigend compensatieaanbod ontvangen. Belangenbehartigers vragen aandacht voor de specifieke eigenschappen van individuele dossiers. Daarmee neemt de complexiteit van de uitvoering toe, terwijl de excessieve nauwkeurigheid het proces al vertraagt, ten nadele van veel gedupeerden. Er is in de uitvoeringsfase

dus ook geen partij die het collectieve belang van de gedupeerden bewaakt. Het ontbreken daarvan is een gemiste kans, omdat een waakhond namens het collectief mogelijk beter de regie had kunnen borgen op het proces en eerder had aangedrongen op efficiëntieslagen.

Wat betreft de brancheorganisaties volgt uit de gesprekken dat zij beperkt zicht hadden op de problematiek rond rentederivaten. Als reden hiervoor wordt genoemd dat mkb'ers met dergelijke (individuele) financieringsvraagstukken of -problemen niet snel naar de brancheorganisatie stappen, maar met hun (bank)adviseur het gesprek aangaan. Voorafgaand aan de totstandkoming van het UHK en in de pilot-fase hebben enkele gesprekken plaatsgevonden tussen de Derivatencommissie en enkele gedupeerde mkb'ers.

Opvallend is dat de individuele mkb'er in het gehele totstandkomingsproces van het UHK nauwelijks aan de orde komt. Behoudens enkele gesprekken die de Derivatencommissie met individuele mkb'ers voerde, is het de belangenvertegenwoordiger die het geluid van de individuele mkb'er vertolkt, veelal in ruil voor een financiële vergoeding voor deze werkzaamheden. Enkel het geluid van deze vertegenwoordiging komt hierdoor tot uiting, waarbij sommige geluiden zoals die van de groep gedupeerden voor wie het UHK in mindere mate een oplossing bood wegens *scoping*, beter hoorbaar zijn. Gezien de complexiteit van de dossiers is het de vraag of het persoonlijke belang van de gedupeerde mkb'er altijd voldoende zichtbaar was. Dit is het effect van een op de aanbieders gericht UHK, en de bijbehorende keuze om de bank zelf actief gedupeerde klanten te laten benaderen. Hoe groot de schade voor een individuele mkb'er betrof en welke impact dit heeft gehad op het leven van de mkb'er kan hierdoor onderbelicht blijven. Uit de gevoerde gesprekken komt naar voren dat bemiddeling (*mediation*) met specifieke aandacht voor de gedupeerde als een mogelijke aanvulling op het proces zou kunnen worden gezien. Door deze vorm van *mediation* kan de positie van de gedupeerde centraler worden gesteld. Echter, ook volgt uit de gesprekken dat veel mkb'ers vooral graag verder willen met ondernemen, in plaats van zich te moeten verdiepen in complexe berekeningsmethodes van compensatie. Individuele *mediation* zou ook heel tijdrovend zijn geweest. Het collectieve bemiddelingstraject via het UHK bood juist zekerheid dat onafhankelijke experts goed toezagen op de juistheid van het compensatieaanbod.

De ervaring met diverse collectieve schadezaken in het financiële domein laat een versnipperd landschap van belangenvertegenwoordigers zien. Dit maakt het voor de klant — consument of mkb'er — lastiger om te kunnen doorgronden waar iemand met een klacht terecht kan en het beste geholpen wordt. In sommige gevallen gaat de vertegenwoordiging met hoge kosten gepaard. Steeds vaker staat een commercieel belang van dit soort partijen voorop. De vraag is of dit in het belang van de klant is. Ook voor wederpartijen van deze belangenbehartigers is het de

vraag of het wenselijk is om met ieder apart te gaan onderhandelen. Vaak heeft het de voorkeur tot een generieke oplossing te komen en daarbij met een tegenpartij, of een samenwerkingsverband van meerdere vertegenwoordigers, in gesprek te treden.

4.5.2 Relatie tussen klant en bank

In de afwikkeling van het derivatendossier is nog een aspect dat een rol speelt: de mkb'er heeft een afhankelijkheidsrelatie met de bank. De mkb'er vertrouwt op de expertise van de adviseur en focust zich verder op de bedrijfsvoering. In de loop der jaren is de dienstverlening van de bank veranderd en daarmee ook de relatie tussen de mkb'er en de bank. Waar in het verleden de vaste adviseur nog aanschoof aan de keukentafel om advies te geven is er tegenwoordig sprake van minder intensieve relatie tussen adviseur en klant. Schaalvergroting bij de banken, waarbij minder maatwerk wordt geboden voor kleinere klanten, speelt een belangrijke rol. Tevens speelt mee dat door de steeds verder veranderende digitale samenleving een groot deel van de dienstverlening zich digitaal afspeelt. Mkb'ers missen die vertrouwde relatie en het contact met de adviseur, al was datzelfde op historie gebaseerde vertrouwen mede de oorzaak van de ontstane schade.

In Nederland heeft de mkb'er grotendeels die afhankelijke relatie met de bank behouden. Bankfinanciering is nog steeds de belangrijkste vorm, ondanks de opkomst van alternatieve non-bancaire kredietverlening en marktfinanciering. Er kan echter niet gesteld worden dat sprake is van wantrouwen bij mkb'ers richting hun bank, maar zeker is dat er sprake is van een gepaste afstand. Mkb'ers stellen ook dat het bancaire landschap met drie (groot)banken met vrijwel identieke dienstverlening en een homogeen productaanbod de afhankelijkheid van het mkb vergroot. Als de relatie met de bank verslechtert, zien ondernemers het als een risico dat zij niet bij een andere bank terecht kunnen.

Deze afhankelijkheidsrelatie heeft mogelijk ook een rol gespeeld bij de hoge acceptatiegraad van de compensatie conform het UHK. Veel gesprekspartners zien dit cijfer als een teken van succes van het hersteltraject. De hoge acceptatiegraad suggereert dat het merendeel van de benadeelde mkb-klanten van mening is voldoende compensatie te hebben ontvangen als gevolg van het UHK. Desalniettemin geven sommige partijen aan de acceptatiegraad verrassend hoog te vinden. Deze partijen wijzen naar de complexiteit van de rentederivatendossiers, waardoor mkb-klanten moeilijk zelf konden beoordelen of het aanbod de geleden schade voldoende compenseerde. Zij waren mogelijk tevreden met het feit dat de bank hen een aanbod tot compensatie deed. Ook de lange duur van het hersteltraject én de mogelijke afhankelijkheidsrelatie tussen de bank en mkb-klant worden als redenen voor de hoge acceptatiegraad benoemd. Deze partijen zien het gebrek aan kennis en aan de wil om door te procederen als belangrijker verklaringen dan de hoogte van het compensatieaanbod.

5 Bevindingen compensatietrajecten

In dit hoofdstuk wordt mede ter beantwoording van de deelvraag wat betrokken partijen hebben geleerd uit hun betrokkenheid en rol bij het afwikkelingsproces, gereflecteerd op de aard van compensatietrajecten in het algemeen. Daarbij komen de volgende aspecten aan bod: de grens tussen het bestuursrecht en het civielrecht (5.1), het samenspel tussen nauwkeurigheid, tijd en kosten (5.2), relevante recente rechtsontwikkeling (5.3) en de actualiteit rondom compensatie van consumenten met leningen met variabele rentetarieven (5.4). Tot slot wordt verkend welke alternatieve oplossingsrichtingen voor vergelijkbare afwikkelingstrajecten ten aanzien van massaschade (nu) mogelijk zijn (5.5).

5.1 Zijn de AFM en Financiën verdwaald geraakt in een civielrechtelijk proces?

Het afwikkelingstraject rentederivaten mkb is niet de eerste zaak waarbij financiële dienstverleners een ondeugdelijk product of onzorgvuldige dienstverlening hebben aangeboden, en zal vermoedelijk ook niet de laatste zijn. Eerder deze eeuw was dit al aan de orde bij de aandelenlease-affaire en later bij de verkoop van woekerpolissen. Recent zijn ook de variabele rentetarieven bij consumptieve kredieten in opspraak gekomen. In deze zaken heeft de AFM een signalerende functie vervuld, en de financiële dienstverleners gewezen op de ondeugdelijkheid van hun product of de bijbehorende dienstverlening. Het verhalen van geleden schade heeft plaats in het civielrechtelijke domein. Bij de variabele rente, waarbij consumenten te veel rente hebben moeten betalen voor hun doorlopend krediet, is allereerst de weg van het Kifid gekozen, maar daarna zijn collectieve regelingen uitonderhandeld door de Consumentenbond (zie paragraaf 5.4). Het Kifid behandelt in principe alleen individuele gevallen, maar kan een rol spelen bij collectieve zaken. Het Kifid geeft aan bij soortgelijke gevallen dezelfde lijn te volgen zoals uiteengezet bij eerdere uitspraken, waarmee sommige uitspraken als voorbeeldzaken kunnen gelden. Ook rechtbanken hebben individuele gevallen behandeld, en in sommige gevallen is jarenlang tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Dit geeft ook de langdurigheid aan van gerechtelijke procedures en het belang van schikkingstrajecten. Daartoe is in veel gevallen ook gekozen. Collectieve compensatie is veelal afgedwongen door claimstichtingen of andere partijen die zich als belangenbehartigers hebben opgeworpen en met financiële dienstverleners over een compensatieregeling hebben onderhandeld, voor alle klanten of enkel voor de bij de organisatie aangesloten personen. Soms wordt daarbij de hulp van een externe en gezaghebbende deskundige ingeroepen. In het geval van de aandelenlease-affaire was dat de persoon van de heer Duisenberg, die als

bemiddelaar tussen Dexia en belangenorganisaties het opzetten van een compensatieovereenkomst (de zogeheten 'Duisenberg-regeling') faciliteerde.

Zoals in hoofdstuk 2 is vermeld heeft de AFM onder de Wft een toezichttaak richting de financiële instellingen, maar geen taak in het civielrechtelijke domein van schadeverhaal of compensatie. Toch speelt de AFM in het afwikkelingstraject rentederivaten mkb een grote rol in het gehele compensatieproces. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de AFM daartoe ook stevig aangemoedigd is door de politiek, zowel vanuit het ministerie van Financiën als vanuit de Tweede Kamer. Dat de AFM deze rol heeft opgepakt zou verklaard kunnen worden uit een soort schuldgevoel bij de AFM over het ongelukkig optreden richting de banken in de periode tot 2016. Maar belangrijker is misschien dat in eerste instantie geen belangenbehartigende partij klaarstond om het civielrechtelijke proces van een collectieve compensatie voor de gedupeerde mkb'ers op een of andere manier op te starten. Het werd pas in de loop van de tijd duidelijk dat het aantal schadegevallen zeer aanzienlijk was. Bovendien is de aandacht bij eerdere compensatietrajecten meer gericht geweest op benadeelde consumenten dan op benadeelde mkb'ers.

In het reflectiedocument van de AFM d.d. 1 juni 2021 meldt de AFM nogmaals zelf niet competentie te hebben om in het civielrechtelijke domein te opereren en oppert de mogelijkheid van de instelling van een compensatie-autoriteit. Dit roept de vraag op of de AFM zich ook in de compensatie van de rentederivaten mkb niet te veel heeft begeven in het civielrechtelijke domein. Evenals de vraag of het ministerie van Financiën wel voldoende onderscheid heeft weten te maken tussen het financieel toezicht van de Wft en het civielrecht van het BW en de wetgeving voor de afwikkeling van massaschade. Het is nog goed te begrijpen dat de AFM de aanbeveling doet om een commissie van wijzen in te stellen, de rol van de AFM daarna is dat minder. Het optreden van de AFM heeft andere partijen ook regelmatig verward. Het zou rolzuiverder zijn geweest als de AFM zich tot haar bestuursrechtelijke bevoegdheden uit de Wft zou hebben beperkt, en het ministerie van Financiën op zoek zou zijn gegaan naar de juiste partijen voor de afwikkeling van het schadeverhaal in het civielrechtelijke domein.

5.2 Trilemma bij compensatietrajecten: nauwkeurigheid, snelheid en kosten

Partijen die onterecht schade hebben geleden kunnen in Nederland op verschillende manieren een beroep doen op compensatie, of daar in aanmerking voor komen. Als een bilaterale klacht bij de aanbieder zelf niet helpt, is de standaard het starten van een civielrechtelijke procedure, waarbij de gedupeerde partij van de verantwoordelijke partij(en) compensatie eist. Een rechter velt vervolgens een oordeel over de vordering en kan compensatie afdwingen. Een civielrechtelijke

procedure gaat gepaard met zekerheid en vertrouwen in de rechtvaardigheid van de uitkomst. Specifiek voor financiële dienstverlening aan consumenten is een laagdrempeliger alternatief voor geschillenbeslechting, het Kifid, indien de interne klachtenprocedure van de dienstverlener niet tot een adequate oplossing leidt.

In met name collectieve gevallen wordt door gedupeerden of belangenvertegenwoordigers dikwijls geopteerd voor een alternatief, vrijwillige of generieke compensatieovereenkomsten. Daar zijn verschillende redenen voor, zoals (zorgen over) de duur van een civielrechtelijk proces en de kosten van de rechtsbijstand die daarbij horen. Tevens kan met een rechtszaak de (zaken)relatie tussen gedupeerde en aangeklaagde verder verslechteren, waardoor toekomstige samenwerking of voortzetting van de dienstverlening wordt verhinderd. Ook heerst gedurende het proces voor zowel de gedupeerde als de verantwoordelijke partijen een onzekerheid met betrekking tot het recht op en de hoogte van de compensatie. Juist bij een collectieve benadeling kan het individueel juridisch aanvechten van soortgelijke klachten als kostbaar worden beschouwd voor alle partijen, inclusief de rechtspraak zelf. In deze gevallen kan het voor alle partijen zowel financieel aantrekkelijker als sneller zijn om tot een vrijwillige compensatieovereenkomst te komen, waarmee een adequate oplossing aan de gedupeerden kan worden geboden. Ook voor de maatschappij en de rechterlijke macht is het wenselijk dat de juridische pijpleiding niet verstopt raakt met soortgelijke zaken. Tegelijkertijd dient de toegang tot het recht volgens gesprekspartners niet te worden ingeperkt door (veelvuldig) gebruik van compensatieregelingen.

De relatieve aantrekkelijkheid van een vrijwillig compensatietraject ten opzichte van een civielrechtelijke procedure is afhankelijk van hoe dit traject is ingericht. Om een meer passende, eenvoudigere optie te bieden dan een civielrechtelijke procedure moet een alternatief compensatietraject voor de betrokken partijen (i) meer zekerheid bieden, (ii) voldoende financieel aantrekkelijk zijn, en (iii) voor een snelle afhandeling zorgen. Een belangrijk punt van aandacht is dat het moeilijk is om bij aanvang van een massaschade-zaak deze toets toe te passen. De casus in kwestie is vaak complex, niet alle informatie is voor alle partijen beschikbaar, en heerst doorgaans een gebrek aan vertrouwen tussen de betrokkenen, die verschillende motieven kunnen hebben. Ook kan het door meerdere betrokken belangenvertegenwoordigers (of juist een gebrek daaraan) lastig zijn hier regie op te voeren.

Vrijwillige hersteltrajecten worden dus meestal aangegaan om een groot aantal soortgelijk benadeelde partijen (snel) te compenseren voor schade die zij (onterecht) hebben geleden. In algemene zin is het de rol van compenserende partijen, in dit geval de banken, om gedupeerden te identificeren en te compenseren voor de geleden schade. Belangenvertegenwoordigers kunnen hierbij ondersteunen door het aanleveren van dossiers. De complexiteit in de afwikkeling

rentederivaten, de gebrekkige data(kwaliteit) en een ingewikkelde berekeningsmethodiek maken het moeilijk om een juiste compensatie te berekenen. Alhoewel het een streven is om tot een zo correct mogelijk compensatieaanbod te komen, zal dit van invloed zijn op de uitvoeringstermijnen en/of uitvoeringskosten. Een foutloze berekening vereist immers veel data, een minimum aan noodzakelijke aannames, berekeningstijd en kwaliteitscontrole. De nauwkeurigheid van het compensatieaanbod staat daarmee met enige regelmaat tegenover de snelheid en kosten van de uitvoering. Deze afweging is onderdeel van een breder trilemma tussen nauwkeurigheid, snelheid en kosten:

1. Een nauwkeurig hersteltraject met lage uitvoeringskosten zal waarschijnlijk meer tijd in beslag nemen;
2. Een snel en kostenefficiënt hersteltraject zal waarschijnlijk meer berekeningsfouten kennen en tot een meer grofmazige compensatie leiden;
3. Een nauwkeurig en snel uitgevoerd hersteltraject is waarschijnlijk duurder in uitvoeringskosten, in zoverre het technisch mogelijk is.

Deze gesimplificeerde scenario's geven een beeld van hoe de afweging tussen nauwkeurigheid, snelheid en kosten de uitvoeringslasten kan verdelen tussen de verschillende betrokken partijen. Zo is het duidelijk dat scenario 3 voor de compenserende partijen ongunstig is, terwijl de nadelen van de uitvoering van scenario's 1 en 2 voornamelijk bij de benadeelde partijen terechtkomen. Uiteraard kan in de werkelijkheid gekozen worden voor genuanceerdere combinaties. Zo zijn bijvoorbeeld berekeningsfouten in scenario 2 te compenseren met additionele coulance, en kan het nadeel van de langere duur van het traject voor gedupeerden worden verzacht door uitkering van voorschotten. Een goede vuistregel is dat de afwegingskosten toenemen met de complexiteit van het dossier. Dat wil zeggen, in ruil voor additionele nauwkeurigheid moeten partijen meer tijd en geld uitgeven bij complexere zaken dan bij simpelere compensatiezaken. Het is aan de opdrachtgever(s), oprichter(s) en/of regiehouder(s) van het herstelproces om de juiste balans te vinden en de nadelen van de gekozen afweging tussen zorgvuldigheid, snelheid en kosten op een rechtvaardige manier tussen gedupeerden en zorgplicht schendende, compenserende partijen te verdelen.

5.3 Relevante rechtsontwikkeling in de Wft en het BW

Rentederivaten worden sinds 2009 niet meer door banken verkocht aan het mkb. Een aantal ontwikkelingen op het gebied van wet- en regelgeving en (alternatieve) rechtsbescherming hebben zich sindsdien voorgedaan. Het is relevant stil te staan bij de volgende ontwikkelingen: (i) wettelijke verplichting om een productontwikkelingsproces (POP) te hanteren, (ii) toegang tot Kifid voor kleinzakelijke ondernemers en (iii) de inwerkingtreding van de Wet collectieve

afwikkeling massaschade (WAMCA) waarmee het nu mogelijk is om als belangenorganisatie een schadevordering in te stellen.

5.3.1 Productontwikkelingsproces

Banken zijn sinds 2013 wettelijk verplicht om een productontwikkelingsproces (POP) te hanteren.⁹⁵ De verplichting tot het hebben van een POP houdt in dat een bank over adequate procedures en maatregelen moet beschikken die waarborgen dat financiële producten op een evenwichtige wijze rekening houden met de belangen van de consument, cliënt of begunstigde van het product.⁹⁶ Het product moet daarnaast aantoonbaar het resultaat zijn van deze belangenafweging. De bank mag daarnaast ook de belangen van andere stakeholders blijven meewegen in zijn bedrijfsvoering, zoals de belangen van de werknemers en aandeelhouders.⁹⁷ Het achterliggende doel van toezicht op het productontwikkelingsproces is het voorkomen van massaschade voor consument en maatschappij door pertinent slechte financiële producten.⁹⁸

Deze verplichting is van toepassing op banken die financiële producten aanbieden of samenstellen en in de markt verkrijgbaar stellen. Het POP is van belang bij de ontwikkeling van nieuwe producten en voor bestaande producten. De AFM ziet toe op de naleving van de verplichtingen van het POP. Overigens kan ook DNB naar (het proces van) productontwikkeling kijken met het oog op het vereiste van een beheerste bedrijfsvoering.⁹⁹ In dat kader dienen banken het POP adequaat in te richten.

Onder MiFID II gelden sinds 2018 de regels voor productontwikkeling ook voor (bank)beleggingsondernemingen die financiële instrumenten uitgeven, ontwikkelen of samenstellen en in de markt verkrijgbaar stellen.¹⁰⁰ Diverse gesprekspartners hebben aangegeven dat de ontwikkelingen op het gebied van productontwikkelingsprocessen een effectieve bijdrage leveren aan het balanceren van enerzijds commerciële belangen en anderzijds zorgvuldig en prudent gedrag en dat de ontwikkelingen hebben geleid tot veranderingen in productaanbod.

5.3.2 Uitbreiding toegang tot het Kifid

De stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) is in 2007 opgericht als alternatieve geschillenbeslechter voor klachten van consumenten op het gebied van financiële producten en diensten. Aanleiding daarvoor was onder meer de constatering van Sociaal Economische Raad uit 2002 dat betere

⁹⁵ Naast productontwikkelingsproces (POP), wordt ook wel de Engelse benaming *product approval & review process (PARP)* gehanteerd.

⁹⁶ Artikel 4:15(4) juncto 4:15(2)(b) Wft juncto artikel 32 Bgfo.

⁹⁷ *Stb.* 2012, 695, p. 71. Silverentand & Van der Eerden (red.), Hoofdlijnen Wft (R&P nr. FR6) 2018.

⁹⁸ *Stb.* 2012, 695, p. 35.

⁹⁹ Zie de artikelen 3:10 en 3:17 Wft, die zodanige inrichting van de bedrijfsvoering eisen dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf borgt.

¹⁰⁰ Zie nader MiFID II Delegated Directive, artikel 32 lid 6 Bgfo en artikel 32a Bgfo.

consumentenbescherming diende te worden gefaciliteerd gelet op de toenemende complexiteit van producten en de kenniskloof tussen aanbieders en afnemers, en de constatering van de Consumentenbond dat tot dan toe de buitengerechtelijke geschillenbeslechting in de financiële sector in Nederland versnipperd was.¹⁰¹ De Wft¹⁰² verplicht financiële ondernemingen¹⁰³ zich aan te sluiten bij een door de minister van Financiën erkend klachteninstituut. Kifid is ministerieel erkend als bemiddelingsorgaan en bindend adviescollege.

Inmiddels kunnen ook kleinzakelijke ondernemers terecht bij Kifid met hun klachten over financiële producten of diensten. Zo is er sinds 1 juli 2018 het loket kleinzakelijke financiering dat klachten behandelt van kleinzakelijke ondernemers over hun zakelijke financiering met een bank of andere financier. Het klachtenloket kleinzakelijke financiering bij Kifid is een initiatief van de NVB en maakt deel uit van de Gedragscode Kleinzakelijke Financiering. Die gedragscode is er gekomen mede naar aanleiding van een consultatie van de minister van Financiën over de bescherming van de kleinzakelijke markt uit 2016 als reactie op rentederivaten en bijzonder beheer. Verder is sinds 1 juli 2019 bij Kifid het klachtenloket alternatieve financiering geopend. Dit klachtenloket is een initiatief van de Stichting MKB Financiering en maakt deel uit van de Gedragscode MKB Financiers. Daarnaast behandelt Kifid sinds 1 mei 2021 ook klachten van kleinzakelijke ondernemers met een klacht over de advisering en begeleiding van hun financiering voor zover het financieringsadvies is gegeven door een financieringsorganisatie met het keurmerk Erkend Financieringsadvies MKB. Het klachtenloket Erkend financieringsadvies is tot stand gekomen op initiatief van de Stichting MKB Financiering. Diverse gesproken stakeholders hebben aangegeven positief te staan tegenover voornoemde uitbreiding van de dienstverlening door Kifid. Het Kifid beoordeelt individuele klachten, geen collectieve. In diverse gevallen worden individuele uitspraken wel als voorbeeldcasus gepresenteerd om andere klachten aan te spiegelen.

5.3.3 Collectieve actie en ontwikkelingen rondom massaschade

Binnen het domein van het BW is in 1994 de Wet collectieve actie (WCA) ingevoerd die de mogelijkheid biedt voor belangenorganisaties om namens een groep van personen in rechte op te komen. Een belangrijke beperking betrof dat een vordering van de belangenorganisatie niet kon bestaan in een schadevergoeding. De mogelijkheden voor belangenorganisaties zijn vervolgens in 2005 uitgebreid met de

¹⁰¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 727, nr. 2 (10 februari 2021)

¹⁰² Art. 4:17, eerste lid, onderdeel b, Wft. In het Besluit aanwijzing geschilleninstanties Wft (2015) zijn als instanties tot het beslechten van geschillen als bedoeld in artikel 4:17, eerste lid, onderdeel b, Wft aangewezen: (a) voor geschillen met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten, niet zijnde ziektekostenverzekeringen als bedoeld in onderdeel b of zorgverzekeringen als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet: de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening; (b) voor geschillen met betrekking tot ziektekostenverzekeringen, niet zijnde zorgverzekeringen als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet: de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen.

¹⁰³ Met uitzondering van financiële ondernemingen voorzover zij beleggingsdiensten uitsluitend voor professionele beleggers verlenen of optreden als clearinginstelling (art. 4:17 lid 2 Wft).

introductie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Deze wet bracht de mogelijkheid om een tot stand gebrachte schikking tussen de belangenorganisatie en de schadeveroorzaker verbindend te verklaren voor in beginsel alle gedupeerden.

De minister van Justitie en Veiligheid heeft recent deze wetgeving nog verder uitgebreid. Met de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) per 1 januari 2020 is het collectief vorderen van schadevergoeding nu wel mogelijk. De WAMCA strekt op het terrein van het burgerlijk procesrecht tot invoering van één procedure voor alle soorten collectieve acties,¹⁰⁴ ongeacht of deze acties strekken tot schadevergoeding in geld of alleen tot verkrijging van een verklaring voor recht of bijvoorbeeld een gebod of verbod.

Een andere in het oog springende wijziging betreft de introductie van een systeem met een exclusieve belangenbehartiger. Daarnaast is onder de WAMCA een aantal al geldende ontvankelijkheidsvereisten gehandhaafd, zoals het gelijksoortigheidsvereiste. De belangen moeten zich namelijk lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming voor de belanghebbenden kan worden bevorderd. Terwijl tegelijkertijd de ontvankelijkheidsvereisten verder zijn aangescherpt op het gebied van *governance*, financiering, transparantie en representativiteit.¹⁰⁵ De Raad voor de Rechtspraak houdt een centraal register voor collectieve vorderingen bij.¹⁰⁶

Gezien de beperkte ervaringen met de WAMCA zal de tijd moeten uitwijzen of de WAMCA uitkomst biedt voor complexe dossiers op het terrein van financiële diensten. Het WAMCA-register bevat inmiddels ongeveer vijftig collectieve vorderingen (onder meer omtrent sjoemeldieselszaken) maar bevat nog geen zaken omtrent financiële diensten.

5.4 Compensatie variabele rente consumentenkrediet

Het rentederivatendossier staat niet op zichzelf. In het verleden zijn meer zorgplichtschendingen in de financiële sector aan het licht gekomen, zoals de eerder genoemde aandelenlease-affaire en woekerpolissen bij beleggingsverzekeringen. In 2019 kwamen signalen dat Nederlandse consumenten te veel rente hebben betaald

¹⁰⁴ Op basis van art. 3:305a en 3:305c BW.

¹⁰⁵ De ontvankelijkheidseisen zijn opgenomen in art. 3:305a lid 1, 2, 3 en 5 BW. Een 'lichter' regime is bij wijze van uitzondering opgenomen in lid 6 voor vorderingen — anders dan geldvorderingen — die een ideëel doel nastreven en een zeer beperkt financieel belang vertegenwoordigen.

¹⁰⁶ Gewezen wordt op de richtlijn (EU) 2020/1828 van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten. De richtlijn verplicht de lidstaten (i) een collectieve schadevergoedingsactie voor consumenten in te voeren en (ii) een lijst op te stellen van organisaties die collectieve acties in andere lidstaten kunnen beginnen. Voor het omzetten van de richtlijn is ervoor gekozen om geen volledig nieuwe regeling op te stellen, maar om de WAMCA op een aantal in de richtlijn genoemde punten te wijzigen en aan te vullen. De lidstaten moeten de richtlijn tot 25 december 2022 omzetten. De nieuwe nationale bepalingen dienen vervolgens vanaf zes maanden daarna te worden toegepast.

voor hun consumptief krediet bij verschillende banken. Het Kifid heeft geoordeeld dat de variabele rente op bepaalde kredieten onvoldoende meebewoog met de marktrente. Banken hebben naar aanleiding van deze Kifid-uitspraken compensatieregelingen aangekondigd. Een aantal van de bij deze zaak betrokken banken, waaronder ABN AMRO, ING, Rabobank, Van Lanschot en de Volksbank, zijn ook betrokken geweest bij rentederivaten mkb. Dit is de eerste keer dat massaschade wordt gecompenseerd in de financiële sector sinds afronding van het UHK-traject. Een vergelijking met het rentederivatendossier is daarmee interessant.

Er zijn enkele belangrijke verschillen tussen beide dossiers aan te wijzen. Naar schatting hebben honderdduizenden consumenten recht op compensatie voor de teveel betaalde rente, van gemiddeld een paar honderd euro. Daarmee is dit dossier qua grootte van individuele schade kleiner, maar qua omvang van aantal gedupeerden vele malen groter. Tevens is het berekenen van de compensatie per klant minder ingewikkeld, omdat de complexiteit van het onderliggend product veel lager is dan voor rentederivaten — complexere producten op zichzelf, die bovendien gekoppeld waren aan een of meerdere leningen. Verder heeft het Kifid vanaf het begin een rol gehad in het traject, waar het instituut bij rentederivaten aan het begin geen rol had. De AFM speelt een beperkte rol in het variabele rentedossier.

5.4.1 Toepassing van geleerde lessen

Uit berichtgeving in de media en gesprekken met de banken wordt duidelijk dat de banken verschillende geleerde lessen van het UHK-traject toepassen bij het variabele rente-dossier. De banken proberen actief en snel tot compensatieschema's te komen en zijn hier ook transparant over. Tegelijkertijd zijn parallellen te herkennen in de wijze waarop het compensatietraject vorm wordt gegeven en welke nadelen hieraan verbonden zijn. Zo zijn voor vergelijkbare zaken per bank de compensatieschema's verschillend. Banken hebben soms ook hun oorspronkelijke schema's onder externe druk moeten aanpassen, waarbij het gebrek aan een centrale regiehouder opvalt.

Een van de bevindingen van deze evaluatie is dat de suboptimale ad hoc-afhandeling van dossiers in de eerste fase van het rentederivatendossier (vóór opstellen van het UHK) tot een gebrek aan vertrouwen en verkramping van het latere compensatieproces heeft geleid. Mkb-klienten moesten in deze eerste periode proactief achter compensatie aangaan, werden vervolgens niet op gelijke wijze behandeld en zagen daardoor uiteenlopende compensatie-uitbetalingen. Dat banken in het variabele rente-dossier voortvarender na de Kifid-uitspraken hebben gewerkt aan compensatieregelingen, laat zien dat er lessen toegepast zijn. Een belangrijk verschil met het rentederivatendossier is dat banken de Consumentenbond Claimservice als vertegenwoordiger van alle benadeelde partijen hierbij hebben betrokken, terwijl de relatie tussen banken en claimstichtingen die optraden voor

hun klantenbestand aan gedupeerde mkb'ers met rentederivaten minder constructief was.

Ook hebben de banken aangekondigd voor compensatie in aanmerking komende consumenten proactief te benaderen. De communicatie lijkt daarmee duidelijker te zijn geweest dan richting de mkb'ers. Door deze stappen is het mogelijk dat benadeelde consumenten beter zicht hebben op de compensatie die zij kunnen verwachten. Ook lijken consumenten(vertegenwoordigers) de kans te hebben gekregen om het gesprek hierover aan te gaan met de banken. Dit leidt mogelijk tot meer vertrouwen tussen de compenserende partijen en consumenten.

5.4.2 Vergelijkbare kwetsbaarheden

Desalniettemin zijn een aantal herkenbare kwetsbaarheden te identificeren in het variabele rente-dossier. Banken hebben besloten individuele compensatieregelingen op te zetten. Alhoewel de uitvoering ervan nog niet is afgerond, hebben de verschillen tussen deze regelingen al tot ophef geleid in de politiek en de media. Op punten waar het Kifid nog geen duidelijke uitspraak heeft gedaan, zoals het terugbetalen van rente-op-rente of de startdatum van de compensatieberekeningen, hebben de banken de ruimte gehad deze aspecten zelf vorm te geven. Dat helderheid op deze punten afhankelijk is van de volgordelijkheid waarin het Kifid individuele zaken behandelt, is een kwetsbaarheid van deze compensatieroute. Het kan significante onzekerheid creëren voor consumenten (die willen weten welke compensatie zij kunnen verwachten) en banken (die graag snel de zaak afhandelen en willen weten wat de compensatie kost). Ook verhoogt deze aanpak de kans dat consumenten met soortgelijke schade niet op uniforme wijze worden behandeld. Dat kan tot ontevredenheid leiden.

Net als bij rentederivaten lijkt het compensatietraject bij variabele rente te worstelen met het gebrek aan centrale regie. Alhoewel de Consumentenbond bij het opzetten van de compensatieregelingen aan tafel zit, heeft zij noch een andere partij (zoals het Kifid) de bevoegdheid om bijvoorbeeld (i) de uniformiteit tussen de regelingen te waarborgen, (ii) de interactie tussen de verschillende belanghebbenden te faciliteren, en (iii) het proces in te richten of te herzien. Ook heeft de Consumentenbond geen zicht op de uitvoerbaarheid van de regeling, die gelet op de lange periode waarvoor in deze zaak compensatie wordt aangeboden, zeker relevant zal zijn. Het gebrek aan een regiehouder kan leiden tot een onordelijk proces waarbij versnellingen minder snel worden geïmplementeerd, onzekerheid heerst, en de communicatie stroef loopt.

De Consumentenbond heeft in dit geval dus de positie van de belangenbehartiger ingenomen. Er is daarbij gekozen voor een informeel schikkingstraject, en niet voor het inzetten van de WAMCA. De WAMCA functioneert wel als een stok achter de deur. Daarmee is ongetwijfeld veel tijd bespaard, maar het feit geaccepteerd dat

een informeel traject zich moeilijker laat ordenen dan een formeel civielrechtelijk traject.

Vooruitkijkend moet nog afgewacht worden hoe banken met mogelijke uitvoeringsproblemen omgaan. De banken hebben aangekondigd de te veel betaalde rente vanaf 2001 te gaan compenseren. In de rentederivatenzaak heeft de gebrekkige datakwaliteit — in het bijzonder van de oudere dossiers — geleid tot berekeningsfouten, vertraging en hoge uitvoeringskosten. Het is de vraag of dergelijke datakwaliteitsproblemen ook in de afhandeling van de variabele rente-dossiers zullen verschijnen. Banken laten in gesprekken weten de uitvoerbaarheid van het compensatietraject explicieter te hebben meegenomen in de oprichting daarvan.

5.5 Alternatieve oplossingsrichtingen

Op basis van bovenstaande bevindingen is het relevant te kijken welke alternatieve oplossingsrichtingen beschikbaar zijn voor vergelijkbare compensatietrajecten bij zorgplichtschendingen. Bij onderstaande mogelijkheden wordt uitgegaan van de huidige situatie en de opties die de Nederlandse wet op dit moment hiervoor biedt. Het is relevant te benadrukken dat dergelijke complexe massaschade compensatietrajecten niet eenvoudig, en in kort tijdsbestek opgelost kunnen worden, ongeacht de gekozen richting.

5.5.1 Een compensatiemechanisme

Er is inmiddels een zekere mate van ervaring opgedaan met collectieve schadeafhandelingen van ondeugdelijke financiële producten, de verkoop of de advisering daaromtrent. Recent is daarbij gekomen de schade die is ontstaan bij consumenten ten aanzien van variabele rente. In deze dossiers is enerzijds sprake van individuele procedures, zowel bij het Kifid als bij de civiele rechter, en is anderzijds sprake van collectieve schikkingstrajecten. In deze collectieve schikkingstrajecten komen belangrijke vragen op rondom belangenbehartiging en de totstandkoming van de inhoud van een schikkingsregeling, via onderhandelingen of via uitspraken van een onafhankelijke deskundige. Het is de vraag hoe deze punten in eventuele toekomstige compensatietrajecten goed kunnen worden geborgd.

Door gesprekspartners wordt aangegeven dat in het afwikkelingsproces rentederivaten naar voren komt dat er behoefte is aan een plek waar kennis en expertise ten aanzien van de afhandeling van grootschalige compensatietrajecten samenkomt. Specifiek heeft dit afwikkelingsproces nog eens bevestigd dat de AFM noch andere toezichthouders op basis van de Wft het mandaat hebben om in te kunnen grijpen en compensatie af te dwingen in een civielrechtelijke overeenkomst tussen klant en bank. Naast het gebrek aan mandaat heeft de AFM ook te kennen

gegeven dat het haar ontbreekt aan kennis.¹⁰⁷ Het is duidelijk dat het voor de autoriteiten in de financiële sector af en toe ongemakkelijk voelt om signalen van fouten in de financiële dienstverlening niet zelf te kunnen doorzetten naar het civielrechtelijke domein, of het informele voorportaal daarvan via een schikkingstraject.

Eén van de mogelijkheden die in de gesprekken naar voren is gekomen als alternatief voor een commissie van onafhankelijke deskundigen, is het oprichten van een compensatie-entiteit of -proces waarin kennis en kunde ten aanzien van de afwikkeling van grootschalige compensatietrajecten samenkomt. De regierol zoals deze in het afwikkelingsproces rentederivaten ontbrak zou daarin ook een plaats moeten krijgen. Gesprekspartners hebben aangegeven dat daarbij de aandacht voor *mediation* die verder gaat dan een schikking niet mag ontbreken. Gedupeerden zoeken vaak niet alleen naar een financiële compensatie maar ook naar erkenning van wat hen is aangedaan.

Een compensatiemechanisme waarin zowel expertise ten aanzien van schadeafwikkeling, kennis over het probleem alsmede arbitrage tussen de belangen van aanbieders en de collectieve gedupeerden samenkomt zou volgens enkele gesprekspartners voor de toekomst een alternatief zijn voor ad hoc instelling van commissies van wijzen. Er zijn de afgelopen jaren al de nodige initiatieven naar voren gebracht waarmee de mogelijkheden voor schadeafhandeling zijn verbeterd, bijvoorbeeld bij het Kifid. Volgens gesprekspartners is het van belang dat een dergelijk mechanisme de toegang tot de rechtspraak niet beperkt. Daarnaast is met de komst van de WAMCA, ruimte gecreëerd voor civielrechtelijke uitspraken inzake massacompensatie. Een nieuw op te richten compensatie-entiteit, zoals door sommigen wordt geopperd, is met de reeds bestaande mogelijkheden en opties tot verbetering geen logische stap.

5.5.2 Een sterkere rol voor het Kifid

Door aanstelling van de Derivatencommissie is een mogelijk (te) grote belasting van het civiele rechtssysteem of Kifid afgewend en is ten opzichte van een formele procedure tempo gewonnen. Het Kifid biedt in de regel individueel maatwerk, en faciliteert soms collectieve zaken via voorbeelduitspraken. In het rentederivatendossier zou de selectie van voorbeeldzaken mogelijk ongeschikt kunnen zijn geweest, gelet op de grote verscheidenheid aan dossiers, type producten, geleden schade en te ontvangen compensatie. Bovendien is volgens de minister van Financiën de capaciteit van het Kifid onvoldoende om dergelijke grote collectieve schadezaken te behandelen en zou dit niet passen bij de doelstelling van laagdrempelige geschillenbeslechting.¹⁰⁸ Uit het variabele rente-dossier (zie

¹⁰⁷ AFM, *Reflectiedocument UHK rentederivaten*, 1 juni 2021, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten>

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2020/21, 29 507, nr. 156 (12 juli 2021)

paragraaf 5.4) blijkt echter wel dat uitspraken van het Kifid sneller duidelijkheid kunnen bieden aan zowel aanbieders als afnemers. Hiermee is een impasse dat geen van de betrokkenen iets doet, of kan doen, voorkomen. Echter, de Kifid-uitspraken bieden niet gelijk een pasklare oplossing voor een compensatieregeling. Om de uitspraken te vertalen in een uitvoerbare, generieke oplossing is nog een onderhandelingstraject tussen aanbieders en (vertegenwoordigers van) gedupeerden nodig. In het geval van variabele rentes heeft de Consumentenbond de rol als belangenvertegenwoordiger van de gedupeerden opgepakt.

Een belangrijke voorwaarde voor het succes van deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting, evenals voor een civielrechtelijke route, is dat zorgplichtschendingen (i) worden aangemeld, (ii) snel wordt geconstateerd dat individuele zaken veel overeenkomsten vertonen en er mogelijk sprake is van een structureel probleem dat vele klanten potentieel raakt en (iii) dat er een herkenbare partij is (of er een samenwerkingsverband van partijen geformeerd kan worden) die de belangen van gedupeerden kan behartigen. Het tweede zou ook door een toezichthouder kunnen worden geconstateerd. In dergelijke gevallen zou het Kifid hiervoor een apart loket, of een Kamer voor kunnen inrichten. Daar kunnen de benodigde expertise en de verschillende betrokken partijen worden samengebracht.

5.5.3 Mogelijkheden voor collectieve massaschadevergoeding

Met de inwerkingtreding van de WAMCA is het arsenaal voor gedupeerden om schadevergoeding te verkrijgen vergroot.¹⁰⁹ Om een procedure tot collectieve schadevergoeding onder de WAMCA te kunnen aanvangen, zal allereerst een partij zich moeten opwerpen als behartiger van de belangen van een groep gedupeerden. Vervolgens zijn er een aantal stappen te nemen onder de WAMCA voordat aan een inhoudelijke behandeling kan worden toegekomen. Gewezen wordt op onder meer de toetsing van de ontvankelijkheid van de 305a-organisatie¹¹⁰ die aan diverse eisen moet voldoen en de gelijksoortigheid c.q. bundelbaarheid van de vorderingen. Bij complexe schadevergoedingsvorderingen voor uiteenlopende groepen gedupeerden kunnen de feiten en omstandigheden per vordering en per groep gedupeerden verschillen, wat de gelijksoortigheid c.q. bundelbaarheid kan beïnvloeden. Daarnaast zijn er ook nog ontvankelijkheidseisen ten aanzien van de vordering zelf, alvorens aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger plaatsvindt en bepaling van de groep personen om wier belangen de procedure draait.¹¹¹

¹⁰⁹ Zie nader art. 3:305a e.v. BW en art. 1018b e.v. Rv.

¹¹⁰ Onder een 305a-organisatie wordt verstaan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die op grond van artikel 3:305a BW een procedure aanhangig maakt.

¹¹¹ A. van der Krans, Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?, Onderneming en Financiering, afl. 3, 2019, W.H. van Boom, WCA → W CAM → WAMCA, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2019-4 en H.K. Schrama en M.J. Bosselaar, Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?, TOP nr. 22, maart 2021.

Vervolgens zijn er na aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger nog een aantal stappen te nemen. Zo zal de rechtbank — na enige inhoudelijke beoordeling — partijen trachten te bewegen tot een schikking. Als de schikking wordt goedgekeurd, dan volgt algemeenverbindendverklaring. De stok achter de deur betreft een door de rechter vast te stellen collectieve schadevergoedingsregeling. In 'bundelbare' gevallen kan de rechter, als de procedure ziet op collectieve schadevergoeding, in uiterste instantie een collectieve schadeafwikkeling opleggen aan partijen die voor iedereen in de betreffende groep bindend is, tenzij men tijdig is 'uitgestapt' (*opt-out*). Gedurende het proces kan de rechter partijen bevelen voorstellen voor afwikkeling in te brengen en kan hij zich door deskundigen laten bijstaan. Wat betreft de schadeafwikkeling zal de rechter zo nodig categorieën van benadeelden vaststellen, waarbij wordt gezorgd voor een *redelijke* hoogte van de toegekende vergoedingen en borging van de belangen van de betrokken partijen bij de schadeafwikkeling.¹¹²

Naast de kosten die gepaard gaan met de oprichting, inrichting en beheer van een 305a-organisatie, moet rekening worden gehouden met de proceskosten en een eventuele proceskostenveroordeling. In de literatuur is gewezen op financieringsvraagstukken die hiermee gepaard kunnen gaan.¹¹³

Alles overziend is een procedure tot collectieve schadevergoeding onder de WAMCA een complex proces met veel te nemen stappen. De WAMCA bevat een evaluatiebepaling, die vijf jaar na inwerkingtreding van de WAMCA dient plaats te vinden.¹¹⁴ Achtergrond van deze evaluatiebepaling is het vernieuwende karakter van de wet en de grote impact die collectieve procedures maatschappelijk kunnen hebben. Daarbij wordt onder meer gewezen op de werking in de praktijk van de ontvankelijkheidseisen, de exclusieve belangenbehartiger en de financiering.¹¹⁵

¹¹² A. van der Krans, Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?, *Onderneming en Financiering*, afl. 3, 2019, W.H. van Boom, WCA → WCAM → WAMCA, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2019-4 en H.K. Schrama en M.J. Bosselaar, Een jaar WAMCA; het eerste stof neergedaald?, *TOP* nr. 22, maart 2021.

¹¹³ I.N. Tzankova, Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?, *TVP* 2017, afl. 4 en A. van der Krans, Van WCAM naar WAMCA: class actions in Nederland?, *Onderneming en Financiering*, afl. 3, 2019.

¹¹⁴ De WAMCA is op 1 januari 2020 in werking getreden.

¹¹⁵ Artikel IV Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie en Kamerstukken II 2017/18, 34 608, nr. 7 (12 januari 2018), te vinden op: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34608-7.html>

6 Conclusie

Met de beschrijving van het afwikkelingsproces rentederivaten mkb en het presenteren van de uitkomsten van het UHK, is in dit rapport getracht recht te doen aan de gestelde evaluatieopdracht. Geïllustreerd is hoe de afwikkeling van het rentederivatenproces is vormgegeven en welke stakeholders hierbij een belangrijke rol hebben gespeeld. Daarbij is ook gekeken naar de invloed die vanuit de politiek op het proces is uitgeoefend. Specifiek is ingegaan op de vraag of het afwikkelingsproces anders, sneller of wellicht beter had kunnen worden ingericht en uitgevoerd. Ten aanzien van de bevindingen kunnen enkele conclusies worden getrokken.

Geconstateerd kan worden dat bij het compensatietraject het domein van het financieel toezicht (Wft) is gaan overlappen met het civielrechtelijke domein (BW). Met name de AFM heeft geworsteld met deze overlap, maar wist zich daarbij toch niet binnen de grenzen van het eigen toezichtdomein te houden. Ook het ministerie van Financiën en de Tweede Kamer hebben de domeingrenzen tussen Wft en het BW niet gerespecteerd, maar vroegen veel van de toezichthouder bij de gekozen oplossingsrichting.

Tevens laat dit rapport zien dat bij het afwikkelingsproces een sterke mate van padafhankelijkheid is ontstaan door de misgelopen eerste fase van herbeoordelingen onder regie van de AFM. Daardoor hangen de duur van het traject, de gemaakte kosten en de nagestreefde zorgvuldigheid in zeer sterke mate met elkaar samen.

Ondanks het wantrouwen dat begin 2016 heerste en de informele status van de oplossingsrichting, is met de gekozen oplossingsrichting veel bereikt. Met het UHK is door de Derivatencommissie een compensatietraject met een uiteindelijk totaal compensatiebedrag van ruim 1,5 miljard euro afgedwongen. De kosten van de uitvoering van het traject zijn daarbij volledig door de banken zelf gedragen. Het probleem was in 2016 voor een groot deel goed in kaart gebracht, maar niet volledig, zoals blijkt uit de relatief hoge uitvoeringskosten en de lange doorlooptijd. De duur van het proces is met name het gevolg van de gebrekkige informatie en documentatiesystemen van de banken. De kosten van de uitvoering zijn met name het gevolg van de hoge mate van nauwkeurigheid en bijbehorende controle daarop die door de politiek en toezichthouder gewenst werd. Juist hier zien we weer de vermenging van het toezichtdomein en het civielrechtelijke domein.

Wat betreft de uitvoeringskosten kan enerzijds worden geconstateerd dat de data-aspecten onvoldoende aan het licht zijn gekomen. Goed systeembeheer is een onderdeel van goed risicomanagement. Het is merkwaardig dat beide

toezichthouders, de AFM en DNB, niet in beeld hadden dat de compensatie zou stuiten op een heel gebrekkige archivering van de data betreffende systeemhandelingen. De AFM had hier samen met de banken tussen december 2015 en maart 2016 meer aandacht aan kunnen en moeten besteden. Omdat sommige banken nogal verrast waren dat de AFM het nodig achtte het herstelproces te stoppen en opnieuw te beginnen, was hier mogelijk sprake van een erg defensieve houding en duurde het enige tijd voordat deze gespannen verhouding en sfeer van wantrouwen was gedraaid. De pilotfase had hier expliciet aandacht aan kunnen besteden.

Betreffende de doorlooptijden kan worden geconstateerd dat de zorgvuldigheidsnorm waar de EDB's aan moeten toetsen, zoals geëist door de AFM, bij het opstellen van het UHK onvoldoende in beeld was en onvoldoende helder was wat de consequenties van deze norm en hoge materialiteitseis zouden zijn. Dit heeft tot aanzienlijke kosten en vertraging bij de uitvoering geleid. Bovendien lijkt een hoge nauwkeurigheidseis zich ook slecht te verhouden tot een compensatieschema met een omvangrijke coulance-component, die mede het gevolg was van de onzorgvuldige dienstverlening met gebrekkige informatiehuishouding.

In de opzet van het herstelproces is onvoldoende aandacht besteed aan de regie over het hele proces. Dit is een algemeen kenmerk van collectieve schikkingen rond financiële producten. De focus lag op het overeenkomen van het kader, maar er was geen partij aangesteld om het proces rond de uitvoering nader in te kaderen. Deels is dit door de Derivatencommissie opgevangen met de suggestie tot het inrichten van een pilotfase van enkele maanden. Echter, er is onvoldoende stil gestaan bij de opties na afloop van die fase. Eigenlijk was er maar één optie in beeld: dit proces moet door. Dat terwijl er in de pilot reeds een aantal zaken naar boven kwamen, waaruit geconcludeerd had moeten worden dat de uitvoering nog heel complex zou worden. Ook de AFM heeft een grotere rol vervuld tijdens de uitvoeringsfase dan initieel gedacht. De AFM heeft daarmee het gebrek aan regie voor een deel kunnen opvangen. Dat de AFM *de facto* deze regierol heeft vervuld is niet passend gezien vanuit het Wft-domein, maar in dit geval ook ongemakkelijk gelet op de rol die de AFM als toezichthouder heeft gespeeld bij het ontstaan van de problematiek en de medeverantwoordelijkheid voor de slecht verlopen eerste poging tot herstel. De regierol had in dit specifieke dossier expliciet aangewezen kunnen worden door de minister van Financiën, gelet op diens intensieve betrokkenheid. Die rol had bij de Derivatencommissie belegd kunnen worden, al had dit een andere samenstelling van die commissie vereist.

Bij de start van de uitvoering en het adresseren van de redenen waardoor het proces vertraging opliep, was het gebrek aan regie voor een belangrijke mate oorzaak van de frustratie die bij de betrokken partijen en in de maatschappij en politiek ontstond. Er werd veel naar elkaar gewezen en pas toen geconstateerd werd

dat (i) het niet sneller kon en (ii) dan maar beter gezamenlijk aan een zo efficiënt mogelijke, voortvarende en zorgvuldige uitvoering kon worden gewerkt, kwam er wederzijds begrip en constructieve samenwerking tot stand. De verwachtingen ten aanzien van het tijdsplan, die al snel veel te ambitieus bleken, droegen niet bij aan het sentiment in de politiek en de maatschappij rondom het afwikkelingsproces.

Dit zijn belangrijke lessen die geleerd kunnen worden uit de afwikkeling van het rentederivatendossier. Tevens heeft deze evaluatie gekeken naar andere ontwikkelingen sinds 2016 die mogelijk kunnen bijdragen aan het voorkomen dan wel oplossen van dergelijke zorgplichtschendingen. Zo bestaat sinds 2020 de mogelijkheid van de afwikkeling van massaschade via de WAMCA. Gelet op de complexiteit van de WAMCA-procedure en de verwachtbare lange doorlooptijden van een WAMCA uitspraak (met als gevolg dat lang gewacht moet worden op een nog onzekere financiële compensatie) ligt het in de rede dat ook in de toekomst er blijvend gezocht zal worden naar buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Hierbij kan de WAMCA als terugvaloptie worden gehanteerd. Daarbij doemen een aantal vragen op. De eerste is de kwaliteit en de transparantie van de belangenbehartiging. In de financiële dienstverlening is de informatieasymmetrie tussen bank en klant in de regel aanzienlijk en is niet passende productverkoop of advisering vaak mede het gevolg van het feit dat de afnemer onvoldoende kennis had van de kenmerken van het product of de dienst. Die klanten zullen ook moeilijk kunnen inschatten door welke partij hun belangen adequaat kan worden behartigd, en welke financiële vergoeding daar al dan niet terecht aan wordt gekoppeld. In het verleden zijn bij de verschillende collectieve schadezaken heel uiteenlopende partijen als belangenbehartigers opgetreden, variërend van non-profit claimstichtingen tot commerciële bureaus. Er is ook omtrent de WAMCA de vrees geuit dat deze wet commerciële partijen zal aantrekken als belangenbehartiger met vooral een commercieel belang, en minder het belang van de klanten als uitgangspunt.

Wat betreft de borging van het behartigen van consumentenbelangen, kan Nederland zich gelukkig prijzen met de Consumentenbond. Deze vereniging met een reputatie van deskundigheid en objectiviteit vervult thans een actieve rol bij de compensatieregeling voor variabele rente bij consumentenkrediet. Maar deze rol is niet vanzelfsprekend. Eerder deze eeuw had de Consumentenbond juist besloten zich niet meer te richten op de financiële diensten. Wat betreft mkb'ers laat deze evaluatie zien dat brancheorganisaties niet altijd actief betrokken zijn bij het uitwerken van een oplossingsrichting. Dit roept de vraag op of er op dit punt niet een ordeningstaak is weggelegd voor de overheid. Voor de overheidsdienstverlening heeft de overheid de Nationale Ombudsman in het leven geroepen. Het zou goed zijn om voor financiële diensten een ombudsmanfunctie te creëren, die ook collectieve belangen kan behartigen en ook procesvoering of onderhandelingen kan doen. Een eventuele samenwerking met de Consumentenbond is een mogelijkheid

om consumentenbelangenbehartiging in grootschalige compensatietrajecten beter te borgen. Ter versterking van de ombudsmanfunctie zou deze partij ontvankelijk geacht kunnen worden (op organisatieniveau) in het kader van een WAMCA-procedure en bij voorrang worden aangewezen als exclusieve belangenbehartiger. Dit brengt naast een versterking van de ombudsmanfunctie tevens een versnelling van het WAMCA-traject met zich mee door inkorting van de eerste (ontvankelijkheids-)fase. Het voordeel van een herkenbare en erkende partij van belangenbehartiging is dat benadeelden zich goed vertegenwoordigd kunnen weten en ook de toezichthouder weet aan welke instantie signalen kunnen worden afgegeven omtrent schadelijke financiële producten of diensten.

De andere vraag rond collectieve geschilbeslechting betreft de inhoud van de compensatie. Bij verschillende gevallen zien we verschillende modaliteiten. In enkele gevallen wordt het Kifid betrokken bij deze vormgeving. Dit is vooral zinvol als de collectiviteit homogeen van karakter is. Bij geval wordt de individuele behandeling door het Kifid vertaald naar een collectieve regeling via onderhandelingen. Als deze onderhandelingen per dienstverlener plaatsvinden, kan dit tot een gedifferentieerd beeld aan uitkomsten leiden dat aan gedupeerden en het brede publiek vaak slecht uit te leggen valt. Een commissie van wijze, onafhankelijke deskundigen kan in dergelijke gevallen een belangrijke rol vervullen om partijen bij elkaar te brengen en uniformiteit te borgen. Dat heeft de gekozen oplossing in de rentederivatenzaak ook bewezen. Nu is deze commissie op ad-hoc en informele basis tot stand gekomen, op initiatief van AFM en het ministerie van Financiën die beide daarmee buiten hun eigen Wft-domein traden. In de aandelenlease-affaire heeft de heer Duisenberg een regeling bemiddeld tussen de aanbieder en een aantal belangenbehartigers. Ook hier loont het de moeite na te gaan of institutionalisering van een dergelijk deskundige-rol voor collectieve zaken mogelijk zou zijn. Denkbaar lijkt de optie dat het Kifid hier een Kamer van deskundigen voor zou kunnen inrichten.

Als derde vraag blijft de regiefunctie over de gehele afwikkeling van een compensatieregeling. Processen blijken nu vaak rommelig te verlopen. Het ligt voor de hand dat betrokken partijen bij de regeling zich hier rekenschap van geven en dit oplossen door het instellen van een regiecommissie, waarin de partijen zelf vertegenwoordigd kunnen zijn. Daarbij zij opgemerkt dat dit in zijn algemeenheid geen rol is voor de minister van Financiën.

Valt nu na bestudering van het gehele compensatietraject rentederivaten mkb en de denkbare alternatieven te concluderen dat het slimmer en sneller had gekund? Achteraf bezien zijn er zeker elementen te vinden die tot onnodige vertraging hebben geleid, die hierboven zijn gedeut. Er moet echter ook geconcludeerd worden dat een complexe zaak als deze niet eenvoudig op te lossen valt, en dat juist een beheerste stap-voor-stap benadering uiteindelijk de beste route lijkt voor een

adequate collectieve oplossing. De essentiële stappen, waar mogelijk verbeteringen in aangebracht kunnen worden, zijn hierboven ook benoemd. Als start daarvoor worden in het laatste hoofdstuk aanbevelingen gedaan.

7 Aanbevelingen

Dit rapport is gericht op het bieden van inzicht in het afwikkelingsproces rentederivaten mkb om daarmee te kunnen concluderen welke lessen geleerd kunnen worden voor de afwikkeling van eventuele toekomstige compensatietrajecten bij zorgplichtschendingen. Op basis van de onderzoeksresultaten worden in dit hoofdstuk enkele aanbevelingen gedaan die kunnen bijdragen aan het verder vormgeven van een aanpak om grootschalige compensatietrajecten in te richten.

1. Houd het financieel toezicht en het civielrecht uit elkaar.

Het is van belang om bij de aanpak van compensatietrajecten duidelijk onderscheid te maken in de afwikkeling via het (bestuursrechtelijke) financieel toezicht en afwikkeling via het civielrechtelijk domein. Verschillende compensatietrajecten hebben reeds aangetoond dat toezichthouders worstelen met het feit dat de Wft geen normen bevat tot compensatie van schade, maar slechts bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden kent. De toezichthouder kan in het toezicht wel financiële schade door zorgplichtschendingen constateren en dit publiekelijk kenbaar maken, maar het is onwenselijk dat toezichthouders zich als behartiger van gedupeerden tot het civielrechtelijk domein wenden om compensatie af te dwingen. Het is aan alle betrokkenen de opdracht om ervoor te waken dat het onderscheid tussen deze domeinen gerespecteerd blijft. Bij politieke aandacht voor een dergelijke casus waar compensatie wordt verlangd, kan voor raad daarbij de samenwerking opgezocht worden met het ministerie van Justitie en Veiligheid of instanties zoals de Raad voor de rechtspraak.

2. Stel met stakeholders spelregels op die een collectieve geschilbeslechting kunnen vergemakkelijken en evidente valkuilen in de uitvoering kunnen vermijden.

Onder die spelregels vallen de aanwijzing van de belangenbehartiger, de keuze van het proces van inhoudsbepaling van de compensatie, een pilotfase waarin de uitvoerbaarheid wordt getoetst, en een regiefunctie op de uitvoering. De totstandkoming van collectieve geschillenbeslechting is een collectieve zaak. Stakeholders dienen gezamenlijk tot een afwikkelingskader te komen waarbij transparantie en vertrouwen richting elkaar een belangrijk aspect is. Aanwijzing van een belangenbehartiger draagt bij aan het identificeren en bij elkaar brengen van de gedupeerden. Een procesregisseur kan in de totstandkoming een belangrijke rol innemen, als betrokken partijen deze regierol in overeenstemming bij een persoon of orgaan beleggen. Deze procesregisseur kan ervoor zorg dragen dat knelpunten (eerder) worden geadresseerd, de bewaking van de voortgang continue is geborgd, en in onderlinge conflicten kan worden bemiddeld. Gelet op het belang van openheid

en het bij elkaar brengen van verschillende stakeholders, zou bij toekomstige compensatietrajecten een stuurgroep kunnen worden ingericht. Een stuurgroep staat op grotere afstand van de uitvoering en kan middels helikopterview het geheel aanschouwen en bijsturen indien nodig. De stuurgroep dient dan een goede en evenwichtige vertegenwoordiging te bevatten van de betrokken partijen. Verder is het aan te raden een *stop and go* moment te creëren zodat de tijd kan worden genomen om de gezamenlijk gemaakte keuzes ten aanzien van het compensatiekader en effecten daarvan nog eens nader te bekijken. Dit geeft de tijd om de theoretische uitwerking goed te overdenken en te toetsen aan de praktijk en biedt mogelijkheden om te kunnen bijsturen. Deze mogelijk korte tijdsinvestering kan in het vervolgtraject juist tijdswinst opleveren, omdat uitvoeringsproblemen eerder worden opgemerkt.

3. Evalueer welke mogelijkheden en/of belemmeringen de WAMCA biedt bij grootschalige en/of complexe compensatietrajecten bij financiële producten zoals rentederivaten mkb.

Met de komst van de WAMCA lijkt het arsenaal voor gedupeerden om een schadevergoeding te krijgen te zijn vergroot. Echter is het zo dat op dit moment de ervaringen met de WAMCA nog beperkt zijn. De tijd en evaluatie van de wet zal moeten uitwijzen of de WAMCA ook uitkomst kan bieden voor complexe dossiers zoals rentederivaten. De WAMCA zal als stok achter de deur een rol spelen bij collectieve geschilbeslechting, maar kan die rol alleen spelen als de WAMCA-procedure zelf toegankelijk genoeg is en niet heel langdurig is. Om de vraag te kunnen beantwoorden of de huidige WAMCA een proces met onafhankelijke deskundige zou kunnen vervangen is het noodzakelijk om inzichtelijk te maken welke processtappen zijn genomen bij het afwikkelingstraject rentederivaten mkb alsmede welke processtappen doorlopen dienen te worden op basis van een procedure op grond van de WAMCA. Het is hierbij van belang om het theoretisch wetskader te vergelijken met de ervaringen zoals deze zich in de (rechts)praktijk voordoen en mogelijke knelpunten te verhelpen.

4. Borg adequaat toezicht op de toegankelijkheid en bruikbaarheid van de archiefsystemen van financiële instellingen om risico's snel te kunnen overzien en schade te kunnen redresseren.

Een essentieel aspect in een goede afronding van een compensatietraject, is goede informatievoorziening. De ontoegankelijkheid van historische data bij financiële instellingen verdient aandacht zowel bij de instellingen als bij de financiële toezichthouders. Goede informatievoorziening beperkt eventuele blinde vlekken in de uitvoering. Het voeren van goed systeembeheer door financiële instellingen dient onderdeel te zijn van gedegen risicomanagement. Indien de informatievoorziening op orde is kunnen mogelijke risico's structureel beter in kaart worden gebracht en probleemanalyses beter worden uitgevoerd. Het is daarbij van belang dat toezichthouders erop toezien dat de informatie- en documentatiesystemen bij

financiële instellingen op orde zijn en mogelijk hierop kwaliteitsbewaking kunnen uitoefenen.

5. Organiseer een structurele klantenbelangenbehartiging in algemene zin, en specifiek voor financiële dienstverlening.

Het is een publiek belang dat er een toegankelijke, transparante en betrouwbare belangenbehartiger bestaat, die ook als procespartij voor collectieve zaken kan optreden. Consumenten evenals mkb-klanten dienen goed inzicht te hebben door wie zij geholpen kunnen worden met klachten over financiële dienstverleners, maar het huidige landschap van belangenbehartiging is daarvoor te versnipperd. Een ombudsman specifiek voor financiële dienstverlening ontbreekt. De Nationale ombudsman heeft vooral een signalerende functie en bezit niet de mogelijkheid om voor burgers op te komen in een gerechtelijke procedure. Een ombudsman voor financiële dienstverlening kan hierin uitkomst indien deze wel ontvankelijk is om gerechtelijke procedures te starten. Daarbij kan onderzocht worden of een samenwerking tussen een financiële ombudsman en de Consumentenbond een mogelijkheid is om consumentenbelangenbehartiging in grootschalige compensatietrajecten beter te borgen, zodat gedupeerden niet verdwalen in het huidige versnipperde landschap. Met de komst van de WAMCA is het voor partijen commercieel interessant geworden om zich in belangenbehartiging te mengen. Het commerciële belang kan dan mogelijk voor het belang van de gedupeerde gaan, wat onwenselijk is.

6. Organiseer deskundige en objectieve inhoudelijke duiding voor collectieve regelingen, en ga na of inrichting van een Kifid Kamer daartoe een optie zou kunnen zijn.

Bij het variabele rente dossier speelt Kifid een belangrijke rol bij het bepalen van de kaders voor noodzaak tot en berekening van de compensatie. Een dergelijke laagdrempelige manier van geschillenbeslechting kan tot een snellere oplossing leiden dan het aanstellen van onafhankelijke deskundigen. Daarbij het is belangrijk om specifiek te kijken naar de wijze waarop signalen bij het Kifid binnenkomen. Signalen van gedupeerden komen in de regel niet direct bij minister of politiek binnen. Hier heeft de toezichthouder, evenals brancheorganisaties en belangenvertegenwoordigers, een belangrijke rol in het aandragen van dossiers. Ook kan de toezichthouder mogelijk haar expertise over het onderwerp ter beschikking stellen. Het is van belang dat signalen tijdig worden opgepakt en op de juiste plek belanden. Dat proces moet goed geïnstitutionaliseerd zijn en een laagdrempelige toegang bieden, bijvoorbeeld bij een daarvoor ingerichte Kamer bij het Kifid.

Bijlagen

Bijlage 1

Opdrachtbrief Ministerie van Financiën



Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

ABDTOPConsult
t.a.v. Siebe Riedstra
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

**Directie Financiële
Markten**

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Datum 14 september 2021
Betreft Opdracht evaluatie van het afwikkelingsproces
rentederivaten

Ons kenmerk
2021-0000186250

Geachte heer Riedstra,

Hierbij verleen ik aan ABDTOPConsult de opdracht tot het uitvoeren van de evaluatie van het afwikkelingsproces en het hersteltraject voor rentederivaten in het mkb. De evaluatie is aangekondigd in een brief aan de Tweede Kamer van 1 juni jl.¹ In deze brief ga ik achtereenvolgens in op de aanleiding, opdracht, inhoud en evaluatievragen.

De aanleiding voor de evaluatie

Op 6 maart 2018 heeft de Tweede Kamer de motie van de leden Leijten en Van der Linde unaniem aangenomen.² De motie luidt als volgt:

"De Kamer, gehoord de beraadslaging, constaterende 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; voorts constaterende dat de afwikkelingstijd frustrerend lang is voor gedupeerden en de verstrekkers van derivaten; verzoekt de regering, het afwikkelingsproces grondig te evalueren en lessen te trekken voor eventuele toekomstige compensatie van zorgplichtschendingen, en gaat over tot de orde van de dag."

De opdracht en inhoud van de evaluatie

De uit te voeren evaluatie ziet op de vraag welke lessen geleerd kunnen worden uit de aanpak van de afwikkeling van het rentederivatendossier, door de verschillende stakeholders. Het afwikkelingsproces rentederivaten is in maart 2016 gestart met het aanstellen van drie onafhankelijke experts door de minister van Financiën (de Derivatencommissie). Zij kregen de opdracht een Uniform Herstelkader (UHK) overeen te komen met de banken, en daarbij de vertegenwoordigers van het mkb te betrekken. De uitvoering van het UHK is na publicatie ervan in juli 2016 gestart en is in 2021 afgerond. De betrokken banken, externe dossierbeoordelaars en de AFM rapporteerden over de voortgang van deze uitvoering.

¹ Kamerstukken II 2020/21, 31 311 nr. 238

² Kamerstukken II 2017/18, 32 013 nr. 162

De nadruk van de evaluatie ligt op het proces rondom de uitvoering van het UHK door de banken, het tijdspad ervan en de daarbij gemaakte kosten. Om inzicht te krijgen in het tijdsverloop en de kosten en om lessen te kunnen trekken uit het afwikkelingsproces, dienen in ieder geval de volgende drie onderdelen bij de evaluatie te worden betrokken:

- Een overzicht van de chronologie van dit afwikkelingsproces. Daarin kan onder andere worden ingegaan op de verschillende betrokken partijen en hun rol. Leidend is de vraag wat er, door wie en op welk moment, is gedaan in reactie op de rentederivatenproblematiek bij het mkb.
- Een verdieping van de data over het afwikkelingsproces. Daarbij kan, op basis van de data en voortgangsrapportages van de AFM, onder andere nader worden gekeken naar de door de klanten ontvangen compensatie, het acceptatiepercentage en de achtergrond daarvan, en de kosten van het herstel voor de betrokken partijen.
- Een uiteenzetting van de ervaringen en geleerde lessen van de stakeholders, waaronder in ieder geval het ministerie van Financiën, de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de derivatencommissie, klanten, de zes betrokken banken, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en de externe dossierbeoordelaars. Dit deel van het onderzoek ziet op het gekozen proces en de uitvoering daarvan, rolverdeling daarin, uitkomsten ervan en de ervaringen en geleerde lessen van de verschillende stakeholders.

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
2021-0000186250

Een inhoudelijk oordeel over het UHK en de door de banken aangeboden compensaties is geen onderdeel van de opdracht voor deze evaluatie, mede gelet op de inhoud van de motie en het belang dat de evaluatie de in het UHK-traject bereikte overeenkomsten tussen de klanten en de banken respecteert.

De te evalueren periode van het afwikkelingsproces loopt van eind 2015 tot en met half 2021. Voorafgaand aan het UHK hebben banken reeds dossiers herbeoordeeld, nadat de AFM in 2013 tekortkomingen had geconstateerd in de rentederivatendienstverlening en de banken tot herbeoordelingen heeft opgeroepen. Eind 2015 constateerde de AFM tekortkomingen bij deze herbeoordeling en stelde de AFM een nieuwe aanpak voor. Over de eerste herbeoordelingen door de banken tot en met 2015 heeft de AFM zelf een onderzoek laten doen naar het toezicht van de AFM.

De evaluatievragen

Hoofdvraag

Welke lessen kunnen worden geleerd uit de aanpak van de afwikkeling van het dossier rentederivaten in het mkb voor eventuele toekomstige compensatietrajecten bij zorgplichtschendingen?

Deelvragen

1. Hoe zag de gekozen oplossingsrichting eruit? (*Beschrijvend, chronologie*)
 - 1.1. Hoe is de situatie ontstaan die aanleiding gaf tot het uitwerken van de oplossingsrichting die tot het UHK heeft geleid?
 - 1.2. Welke partijen waren betrokken, met welke bevoegdheden, en wat was hun initiële rol in het afwikkelingsproces?
 - 1.3. Op welke wijze hebben partijen vanaf december 2015 invulling gegeven aan hun betrokkenheid in reactie op de derivatenproblematiek en welke rollen hebben zij ingenomen?
 - 1.4. Welke afspraken zijn gemaakt t.a.v. de rolverdeling van partijen onderling?

Pagina 2 van 4

2. Wat zijn de resultaten van de gekozen oplossingsrichting? (*Beschrijvend, data o.b.v. de rapportages van de AFM*)
 - 2.1. Hoeveel gedupeerde mkb-ondernemers zijn gecompenseerd en op welke wijze en voor welk bedrag zijn zij gecompenseerd?
 - 2.2. Welk percentage daarvan is geaccepteerd en welke percentages zijn niet geaccepteerd of voorgelegd aan de bindend adviescommissie, het Kifid of de rechter?
 - 2.3. Wat waren de kosten van de uitvoering van het afwisselingsproces?
 - 2.4. Hoeveel tijd heeft het gekost om tot deze uitkomst te komen?
3. Hoe kijken betrokken partijen terug op de verschillende aspecten van het afwikkelingsproces? (*Terugkijken*)
 - 3.1. Wat ging er bij de verschillende stappen in het proces goed? Wat waren de oorzaken hiervan? En tot welke gevolgen heeft dit geleid?
 - 3.2. Bij welke stappen in het proces ging het niet goed? Wat waren de oorzaken hiervan? En tot welke gevolgen heeft dit geleid?
 - 3.3. Waren de rollen goed verdeeld tussen de betrokken partijen en zijn alle noodzakelijke rollen goed bedeeled? Zijn de rollen goed uitgevoerd door de partijen? Konden partijen bijsturen als zij zagen dat de uitvoering van hun rol niet ten goede kwam aan de uitvoering?
 - 3.4. Was de gekozen oplossingsrichting met een uniform kader een geschikte keuze voor dit dossier?
4. Wat hebben de betrokken partijen geleerd uit hun betrokkenheid/ rol bij het proces? (*Vooruitkijken*)
 - 4.1. Hebben zij deze eigen geleerde lessen gebruikt voor veranderingen binnen hun organisatie en zo ja hoe?
 - 4.2. Wat is er in reactie op de problematiek rond rentederivaten in het mkb veranderd om dergelijke schendingen van de zorgplicht door banken te voorkomen?

Directie Financiële Markten

Ons kenmerk
2021-0000186250

Tot slot

Tijdens het intakegesprek is reeds besproken dat de heer Ter Haar de evaluatie zal uitvoeren en dat aan zijn inzet geen nadere kosten zijn verbonden. De financiering van consultants van ABDTOPConsult is reeds geborgd via een interdepartementaal financieringsmodel waaraan het ministerie van Financiën bijdraagt. Tevens is besproken dat het ministerie van Financiën capaciteit beschikbaar zal stellen aan ABDTOPConsult voor de inrichting van een inhoudelijk secretariaat. Het secretariaat werkt zonder last of ruggespraak van de eigen organisatie onder leiding van de heer Ter Haar, om de onafhankelijkheid van de evaluatie te borgen. De hiervoor beschikbaar gestelde medewerkers zullen hun werkzaamheden voor het secretariaat uitvoeren naast hun werkzaamheden voor het ministerie.

Ik wil ABDTOPConsult bedanken voor de bereidheid om deze evaluatie uit te voeren. Ik wens de heer Ter Haar hierbij veel succes en ben benieuwd naar de bevindingen in zijn rapport.

**Directie Financiële
Markten**

Ons kenmerk
2021-0000186250

Hoogachtend,

de minister van Financiën
namens deze,
de Thesaurier-Generaal,

Christiaan Rebergen

A.C.C. Rebergen
Thesaurier-Generaal

Bijlage 2

Gesprekspartners

Voor deze evaluatie is met verschillende directbetrokkenen, stakeholders en enkele experts gesproken. Er zijn gesprekken gevoerd met de volgende personen en organisaties:

Hans Biesheuvel (Ondernemend Nederland, ONL)
Ramon Boender (Consumentenbond)
Edwin de Buck (ING)
Kasper Buiting (MKB-Nederland)
Thijs Cuijpers (LTO Nederland)
Tanja Cuppen (ABN AMRO)
Deutsche Bank
Jeroen Dijst (de Volksbank)
Areane Dorsman (Raad voor de rechtspraak)
Wiebe Draijer (Rabobank)
Eelco Dubbeling (NVB)
Ruud van Dusschoten (ING)
Erik Van Emden (Kifid)
Matthijs Fennis (Kifid)
Christiane Flaes (Raad voor de rechtspraak)
Geert Gladdines (NVB)
Jos Heuvelman (Autoriteit Financiële Markten)
Jeroen Jansen (Deloitte)
Theo Kocken (Derivatencommissie)
Hans Koehorst (LTO Nederland)
Constant Korthout (Van Lanschot Kempen)
Ben Knüppe (Derivatencommissie)
Pieter Lakeman (Swapschade, Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie – SOBI)
Sander Luijsterburg (Ministerie van Financiën)
Laurent van den Nouwland (Rabobank)
Partners PwC Accountants
Christiaan Rebergen (Ministerie van Financiën)
Koen Reijnders (Zanders)
Eveline Ruinaard (Kifid)
Gita Salden (Ministerie van Financiën, thans BNG Bank)
Rutger Schimmelpenninck (Derivatencommissie)
Teun Schölvink (ING)
Ianika Tzankova (Universiteit Tilburg)
Sander Verbaan (Ministerie van Financiën, thans Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid)

Leendert-Jan Visser (MKB-Nederland)

Femke de Vries (Autoriteit Financiële Markten, thans &Samhoud)

Eric de Weerd (Deloitte)

Bas Windt (Autoriteit Financiële Markten)

Bijlage 3

Secretariaat

Bernard ter Haar is voor de uitvoering van zijn opdracht ondersteund door een secretariaat van medewerkers van het ministerie van Financiën en de Autoriteit Financiële Markten. Het secretariaat bestaat uit de volgende personen:

Martijn Hubers (Ministerie van Financiën)

Florian Keulers (Ministerie van Financiën)

Zoë Pankow (Ministerie van Financiën)

Tanja Wachter (Autoriteit Financiële Markten)

Bijlage 4

Reflectiedocumenten

Alle gesprekspartners is de mogelijkheid geboden (vooraf) een reflectiedocument te delen. Enkele organisaties hebben hier gebruik van gemaakt.

AFM

Reflecties op de uitvoering van het UHK, compensatietraject rentederivaten mkb. Autoriteit Financiële Markten, mei 2021, te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/juni/eindrapportage-rentederivaten>.

Pieter Lakeman, Swapschade, SOBI

Banken en falende toezichthouders, over zwendel met renteswaps en andere schandalen. Pieter Lakeman, december 2018, Uitgeverij Aspect.

Pieter Lijesen, Renteswapschadeclaim

Per e-mail ontvangen op 14 oktober 2021:

Geachte heer [Ter Haar],

Vanwege persoonlijke omstandigheden ben ik niet in staat op korte termijn een evaluatie gesprek in te plannen.

Bij deze zend ik u een korte mail met het uitdrukkelijke verzoek dit punt op te nemen in uw verslag.

Het UHK bepaalt dat enkel MKB dat binnen de reikwijdte van het kader valt in aanmerking komt voor een uitkering uit het UHK. De scoping hiervoor wordt exclusief neergelegd bij de banken. Dit heeft geleid tot meerdere onoplosbare kwesties. Er is hierdoor in feite sprake van een lek in het UHK. Immers voor scopinggeschillen staat geen bindend advies open.

Ook de AFM heeft aangegeven zich hier niet in te kunnen mengen omdat dit buiten de toezichtstaak valt en de AFM geen machtsmiddelen heeft om een juiste scoping af te dwingen. <https://fd.nl/ondernemen/1304454/afm-kan-geen-sancties-opleggen-in-drama-met-rentederivaten>

De AFM stelt daarom dat scopingvragen aan de rechter dienen te worden voorgelegd.

Echter het Gerechtshof geeft aan hier niet over te kunnen oordelen: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2021:1752&showbutton=true&keyword=herstelkader>

Inmiddels heb ik meerdere lopende zaken omtrent scoping onder de rechter. Wederom worden benadeelden in renteswapgate van het kastje naar de muur gestuurd.

Dit is wederom niet uit te leggen.

Met vriendelijke groet,
Pieter Lijesen

NVB

Per e-mail ontvangen op 8 oktober 2021:

Geachte heer Ter Haar,

Nu dat de uitvoering van het Uniform Herstelkader (UHK) vrijwel is afgerond maken banken graag gebruik van de gelegenheid om terug te blikken op de totstandkoming en uitvoering van het UHK.

Binnen het UHK is een zeer grote hoeveelheid dossiers op individuele basis en consistent verwerkt, met goed gevolg. De resultaten kennen een hoge mate van betrouwbaarheid en de acceptatiegraad is hoog. De hoge mate van betrouwbaarheid van de berekende compensatie en de hoge acceptatiegraad onder ondernemers laten zien dat het UHK in grote lijnen het beoogde resultaat heeft opgeleverd. Met de afronding van het UHK is een slepend traject afgesloten en heeft een groep van ca. 19.000 ondernemers herstel en/of compensatie gekregen.

Banken realiseren zich dat de verkoop van derivaten tot een breuk in vertrouwen tussen hen en een groep ondernemers heeft geleid. Het UHK heeft gepoogd dat vertrouwen te herstellen, door ondernemers ruimhartig te compenseren.

Om lessen te trekken uit dit proces brengen banken graag puntsgewijs onderstaande bevindingen en observaties onder uw aandacht. Het is daarbij geenszins de bedoeling om zelfkritiek uit de weg te gaan of eigen rol daarbij uit te vlakken. We hopen dat deze bevindingen kunnen bijdragen bij afwegingen in mogelijke vergelijkbare processen in de toekomst.

1. Maatschappelijke druk en wens tot snelheid in relatie tot een hoge mate van complexiteit en onzekerheid.

- Het UHK is onder hoge maatschappelijke en politieke druk tot stand gekomen. De wens om snel te starten met de uitvoering en ondernemers op gedetailleerde wijze te compenseren heeft doorwerkt in de contouren en de uitvoering van het uiteindelijke kader.
- De uitvoering van het UHK heeft op onderdelen onverenigbare doelstellingen gekend. Een hoge mate van complexiteit en onzekerheid is gecombineerd met een wens om snel te starten. In het uitvoeringsproces waren veel elementen (berekeningen, checks en balances) in volgorde van elkaar afhankelijk.
- Bij de mate van complexiteit en de beschikbaarheid van benodigde data om tot een efficiënte en spoedige uitvoering te kunnen komen is onvoldoende stilgestaan.

2. Onrealistische tijdslijnen, aanpassingen gedurende het proces en maatwerk.
 - Het definitief geachte kader is eind 2016 vastgesteld, na de start van de uitvoering. Gaandeweg het proces zijn meerdere aanpassingen gedaan en is nadere duiding en intensieve afstemming nodig geweest. Belangrijke Q&A's zijn pas na december 2016 bekend gemaakt.
 - Bij aanvang kon niet het hele traject worden overzien, waardoor aanpassingen deels onvermijdelijk waren. Dit heeft evenwel een groot effect gehad op de uitvoering in latere stadia. Aannames over de uitvoering zijn later bijgesteld, waaronder de mogelijkheid om berekeningen te automatiseren.
 - Uiteindelijk is een zeer significant deel van de dossiers van 19.000 klanten handmatig verwerkt, met betrokkenheid van specialisten van zowel bank als de Externe Dossier Beoordelaar (EDB'er). Dit heeft met name bij banken met veel dossiers geleid tot een veel langere doorlooptijd.

3. Hoge mate van zekerheid achteraf gezien beter in balans brengen met andere uitvoeringsaspecten.
 - De wens om met een zeer grote mate van zekerheid te borgen dat ondernemers in vergelijkbare gevallen een vergelijkbare vorm van herstel en compensatie ontvangen, heeft in de praktijk geleid tot hoge uitvoeringskosten en vertraging. De zware controlestandaard (COS 3000 verklaring, met 1% materialiteitsmarge) was bij de totstandkoming van het UHK niet bekend. Deze standaard heeft veel impact gehad op de doorlooptijd en kosten. In de balans tussen kwaliteit en snelheid was een andere standaard of controleaanpak mogelijk passender geweest.

4. Belang van tussentijds evalueren, problemen bespreekbaar maken en ruimte creëren om bij te sturen.
 - De uitvoering van het UHK heeft vanaf het begin onder een groot maatschappelijk vergrootglas gelegen. In deze context is het van belang uitvoeringsproblemen toch bespreekbaar te maken en een context te creëren waarin betrokken partijen de ruimte hebben om vroegtijdig bij te sturen en oplossingen/aanpassingen door te voeren. De afstemming over latere versimpelingen heeft lang geduurd en uiteindelijk maar beperkt ruimte gekregen om door te voeren bij een beperkt aantal banken.
 - In de uitvoering van het UHK is later in het traject een versnelling opgetreden toen de teams van banken en EDB'ers nadrukkelijker met elkaar en de AFM zijn gaan samenwerken, met respect voor ieders rol in het proces. Ook toen bleef de complexiteit groot, maar de aanpassing van het compensatie proces heeft een positieve uitwerking gehad op de doorlooptijd.

- Het was goed geweest als er tijdens de uitvoering van het UHK een formeel mechanisme was geweest om bij te kunnen sturen in de uitvoering en opzet van het UHK. Nu hebben de verschillende partijen (banken, EDB'ers, AFM, Derivatencoömissie en het ministerie van Financiën) zich in hoge mate vastgehouden aan hun rol.

5. Beperkte ruimte (zowel in formele zin als vanwege grote druk) om een meer optimale opzet te bespreken.

- Achteraf gezien was het mogelijk wenselijk geweest – nadrukkelijk in overleg met de ACM en binnen de wettelijke kaders – om meer ruimte te zoeken om de uitvoering van het UHK in een meer gezamenlijke opzet in te richten. Bij het zoeken naar een collectieve oplossing bleken regels voor mededinging vaak spelbreker. Ook bij de totstandkoming van het UHK ervoeren banken drempels om in gezamenlijkheid en in overleg met de Externe Beoordelaars te komen tot één gedeeld calculatiemodel.

In het gesprek met u lichten we deze punten graag nader toe. We hechten er ook belang aan dat onze punten niet gelezen worden als attribueren van factoren aan andere partijen. Het is lastig om achteraf te stellen of een andere invulling tot een daadwerkelijk andere uitkomst had geleid. Onze bevindingen dienen louter als observaties die van belang kunnen zijn om lessen te trekken voor onverhoopte vergelijkbare situaties.

Met vriendelijke groeten,
Eelco Dubbeling
Directeur Nederlandse Vereniging van Banken

Dit is een uitgave van:

ABDTOPConsult

Postbus 20011

2500 EA Den Haag

abdtc@minbzk.nl

www.abdtopconsult.nl