

RENTESWAPS IN HET MKB: EEN OPLOSSING IN ZICHT?



Mr. A.M. Gunckel, advocaat te Enschede

Derivaten zijn een bijna dagelijks terugkerend thema in de financiële media. Denk aan de verslaggeving over de risico's en omvang van de wereldwijde derivatenportefeuille van Deutsche Bank, die volgens opgave van die bank kennelijk 41.940 miljard dollar bedroeg, ofwel meer dan de helft van het bruto binnenlands product van de gehele wereld, en bijna viermaal het bruto binnenlands product van de eurozone (NRC *Handelsblad* 30 september 2016, De engste bank ter wereld). En, dichterbij huis, de discussie over een bijzonder soort derivaat, de renteswap, die door de banken op ruime schaal aan het midden-en kleinbedrijf (MKB) werd verkocht. Een renteswap kan een zeer verstandig gekozen instrument zijn om de financieringsrisico's van een MKB-onderneming te beheersen. Alleen zijn aan die renteswap zelf ook een aantal risico's verbonden. MKB-klienten verwijten de banken renteswaps aan hen te hebben verkocht, dit terwijl de MKB-klienten zich niet bewust waren van die risico's. In het verlengde daarvan wordt van de banken betaling van een schadevergoeding gevorderd. Over deze problematiek gaat deze bijdrage.

In eerste instantie heeft de civiele rechter met een aantal uitspraken richting gegeven aan het debat. De conclusie die uit die uitspraken te trekken is, houdt in dat het nog niet zo eenvoudig is om vast te stellen of de desbetreffende MKB-klant zich bewust was van de aan de renteswap verbonden risico's. Ook blijken er materiële verschillen te bestaan tussen de uitspraken van de verschillende rechters. Ten slotte werd duidelijk dat, zo de rechter de bank al verplichtte tot betaling van schadevergoeding aan haar MKB-klant, die schadevergoeding op nogal arbitraire wijze werd vastgesteld. Naast de rechter heeft ook de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zich bemoeid met de discussie over de aan het MKB verkochte renteswaps. Zij is er zelfs toe over gegaan om, met de zegen van de Minister van Financiën, een speciale Derivatencommissie in te stellen. De Derivatencommissie kreeg de opdracht een uniform beslistraject vast te stellen aan de hand waarvan werd bepaald of een klant in aanmerking kwam voor een oplossing van zijn renteswapprobleem, en zo ja, of hij daarnaast in aanmerking kwam voor een vergoeding door de bank.

Hieronder zal ik eerst bespreken wat in het kader van deze bijdrage onder een renteswap moet worden verstaan, en wat de daaraan verbonden risico's zijn. Vervolgens schets ik langs welke lijnen de rechter heeft geprobeerd richting te geven aan een mogelijke oplossing van een tussen de klant en zijn bank ontstaan geschil. Ik zal ook kort ingaan op de uitspraken die de Geschillencommissie voor de beslechting van geschillen over rentederivaten (Geschillencommissie) heeft gedaan in enkele renteswapzaken. Daarna komen de benadering

en het Herstelkader van de Derivatencommissie aan de orde. Ik rond af met een conclusie met daarin de beantwoording van de vraag in welke gevallen een keuze voor een oplossing binnen het Herstelkader misschien verstandiger is dan de keuze voor een procedure bij de civiele rechter of de Geschillencommissie. Overigens merk ik vooraf reeds op dat de hier te lande gevoerde discussie in grote lijnen synchroon loopt met de discussies in de landen om ons heen, bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk (zie voor meer informatie hierover bijvoorbeeld www.fca.org.uk/news/press-releases/fsa-confirms-start-full-review-interest-rate-swap-mis-selling).

KENMERKEN EN RISICO'S VAN DE RENTESWAP

In de jaren voorafgaand aan de crisis werd het door de ontwikkelingen op de kapitaalmarkten voor banken steeds moeilijker om hun klanten langlopende financieringen tegen een acceptabele vaste rente aan te bieden. De vraag in de markt naar een langlopende financiering met een vaste rente was desondanks onverminderd groot, vooral in, bijvoorbeeld, de vastgoedsector. Het alternatief voor een langlopende financiering met een vaste rente werd de langlopende financiering met een variabele rente in combinatie met een renteswap.

Een renteswap in de meest eenvoudige vorm houdt in dat partij A aan partij B de over een fictieve hoofdsom verschuldigde variabele rente betaalt, terwijl partij B aan partij A een overeengekomen vaste rente over diezelfde fictieve hoofd-

som vergoedt. Dit wordt ook wel het ruilen van rentestromen genoemd. Tussen partijen wordt vervolgens het saldo tussen die twee rentestromen afgerekend. Dit type renteswap werd meestal in combinatie met een variabele rentefinanciering door de bank aan de MKB-ondernemer aangeboden.

Hoe werkte dat dan? Op grond van de financieringsovereenkomst was de MKB-ondernemer een variabele rente plus een renteopslag aan de bank verschuldigd. De MKB-ondernemer (partij B) betaalde onder de renteswap een vaste rente over een fictieve hoofdsom gelijk aan de hoofdsom van de financiering, en de bank (partij A) betaalde een variabele rente aan de MKB-ondernemer over diezelfde fictieve hoofdsom. De variabele rente die de bank onder de renteswap aan de ondernemer betaalde, en de variabele rente die de ondernemer onder de financiering aan de bank betaalde, konden dan tegen elkaar worden weggestreept. Per saldo betaalde de klant aan de bank de vaste rente van de renteswap plus de renteopslag uit de financieringsovereenkomst.

Veel klanten dachten met een renteswap rentezekerheid te hebben verkregen op een variabele rentefinanciering. Later werd hun duidelijk dat deze zekerheid relatief was, namelijk indien en voor zover de renteopslag niet door de banken werd aangepast. Maar sinds de kredietcrisis hebben de banken zich genoodzaakt gezien de renteopslag op die financieringen te verhogen. Daarmee bleek de netto rentelast voor de MKB-ondernemer niet constant, maar juist onderhevig aan fluctuaties. Daarnaast heeft de koers van de variabele rente een andere ontwikkeling doorgemaakt dan geanticipeerd. Waar tot de kredietcrisis nog breed werd aangenomen dat de variabele rente nog wel even bleef stijgen, is deze juist tot een historisch dieptepunt gedaald. De door de MKB-ondernemer te betalen vaste rente op de renteswap was daardoor veel hoger dan de variabele rente die hij verschuldigd was onder de financiering, en hij was dus door de renteswap per saldo duurder uit dan wanneer hij de financiering was aangegaan zonder deze te combineren met een renteswap. Dit heeft begrijpelijkerwijs bij sommige MKB-ondernemers diepe gevoelens van teleurstelling veroorzaakt.

Uit het voorgaande blijkt dat aan een renteswap in ieder geval de volgende risico's kleven. Allereerst het risico dat opslagen op de variabele financieringsrente niet worden vergoed onder de renteswap. Als gezegd betaalt de ondernemer onder de streep een vaste rente plus de renteopslag. Banken hebben de bevoegdheid om de renteopslag te verhogen, en hiervan dus sinds de kredietcrisis ook gebruik gemaakt. De totale rentelasten waren dus in de praktijk nog steeds variabel. Daarnaast hebben MKB-ondernemers zich onvoldoende gerealiseerd dat de financiering en de renteswap juridisch aparte overeenkomsten zijn. De tussentijdse beëindiging van de financiering, bijvoorbeeld door vervroegde aflossing wegens verkoop van het onroerend goed, heeft niet het gevolg dat de renteswap eindigt. De renteswap kan voor het einde van de looptijd worden beëindigd, maar dan moet de contante waarde van de renteswap tussen de swappartijen worden afgerekend. Omdat de variabele rente tijdens de looptijd van de renteswap was gedaald, betekende dat vaak dat de

ondernemer aan de bank een (aanmerkelijke) vergoeding moest betalen (de negatieve marktwaarde van de swap). Ten slotte ontstond een probleem in verband met het volgende. Als de variabele financieringsrente stijgt en het renteswapcontract negatief wordt, ontstaat een marginverplichting van de ondernemer jegens de bank. Dit houdt in dat de ondernemer een bedrag bij de bank moet storten om te verzekeren dat hij de negatieve marktwaarde van de renteswap zo nodig kan voldoen. In dit kader hebben sommige banken hun klanten een extra kredietfaciliteit (allowancefaciliteit) verstrekt zonder dat die klanten zich daarvan bewust waren.

De verwezenlijking van één van de bovengenoemde risico's kan de grondslag zijn voor een vordering van de MKB-ondernemer jegens de bank, en dat zal ik hierna uitwerken. Nog een opmerking daaraan vooraf. Het zich verwezenlijken van het renterisico – de enkele daling van de variabele financieringsrente ten opzichte van de swaprente – is geen grond voor een vordering, ook als de bank bij het aangaan van de renteswap een andere rentebeweging voorzag en voorhiel aan de MKB-ondernemer. Dat wordt simpelweg gezien als het verkeerd uitpakken van een gok. Terug naar de drie risico's die ik hierboven noemde.

JURIDISCH KADER EN DE RECHTSPRAAK

Op banken rust onder meer de verplichting hun klanten volledig en juist in te lichten over de renteswap, en te wijzen op, en waarschuwen voor, aan die renteswap verbonden risico's. Als de bank niet aan deze verplichtingen heeft voldaan, zijn er in beginsel twee vorderingen mogelijk: vernietiging van de renteswap wegens dwaling (art. 6:228 BW) en terugbetaling van alle onder de renteswap netto door de ondernemer aan de bank betaalde bedragen, of de betaling van schadevergoeding door de bank wegens het door haar pleegen van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

DWALING

Bij de beoordeling van een beroep op dwaling spelen de mededelingsplicht van de banken en de onderzoeksplicht van de MKB-ondernemers een rol. De ondernemer moet van de werking, strekking en risico's van een renteswap een van de dedelingsplicht en/of de onderzoeksplicht niet is nagekomen. De vraag is dan hoever de mededelingsplicht van de bank strekt, en waar de onderzoeksplicht van de ondernemer begint. Alleen als de mededelingsplicht van de banken verder strekt dan de onderzoeksplicht van de ondernemer, komt een dwalingsvordering voor toewijzing in aanmerking. De hoofdlijn is dat een bank de ondernemer moet inlichten over essentiële eigenschappen van de renteswap. Doet zij dat niet, dan komt de dwaling van de ondernemer voor rekening van de bank.

In het normale geval verstrekt de bank informatiemateriaal waarin de werking van een renteswap wordt toegelicht. De kwaliteit van dit informatiemateriaal was verschillend. Of het materiaal in het concrete geval voldoende was, hangt af van alle overige omstandigheden, zoals onder meer het concrete risico waarop had moeten worden gewezen en de aard en achtergrond van de MKB-ondernemer. Meestal

wees het materiaal alleen op de voordelen van de renteswap en kwamen risico's nauwelijks aan bod. Naast het informatiemateriaal is ook van belang wat de bank voorafgaand mondeling heeft meegedeeld. Ook in die gesprekken lag doorgaans de focus niet op het wijzen van risico's. Maar ook de ondernemer heeft een verplichting, namelijk een onderzoeksplicht. De inhoud hiervan is (mede) afhankelijk van hetgeen de bank vertelt en hoe duidelijk en concreet diens mededelingen zijn. Indien de bank bijvoorbeeld de werking van een renteswap uitlegt, mag de ondernemer in beginsel van de juistheid van die uitleg uitgaan. Maar indien de ondernemer een mededeling van de bank niet begreep of het informatiemateriaal was niet duidelijk, mag van hem worden gevergd dat hij om uitleg vraagt, vooral als hij vaker met financiële producten van doen heeft gehad (Rechtbank Oost-Brabant 4 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320). Tussen de onjuiste voorstelling van de ondernemer en het sluiten van de renteswaptransactie moet ten slotte ook causaal verband bestaan: had de ondernemer, als hij wel op de hoogte was geweest van de risico's, er toch voor gekozen om de renteswap te sluiten?

De rechtspraak heeft lang getwijfeld of zij een dwalingsvordering kon toewijzen. Per datum van sluiting van deze bijdrage, is de vordering twee keer gehonoreerd door het Gerechtshof te Amsterdam. In één zaak had de bank een allowancefaciliteit als kosteloos extraatje verkocht aan de MKB-klant, terwijl de daaraan gekoppelde zekerheden een herfinanciering onmogelijk maakten (Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842). De andere zaak betrof het verhogen van de opslagen op de variabele financieringsrente, terwijl de bank voorafgaand aan het aangaan van de renteswap bij de ondernemer de indruk had gewekt dat door het aangaan van de renteswap de financieringsrente was gefixeerd (Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647). Het Gerechtshof heeft in haar tussenarrest aangegeven de dwalingsvordering te zullen toewijzen, maar ook dat de bank een tegenvordering heeft op de ondernemer. Die tegenvordering is dan een vergoeding waar de bank aanspraak op kan maken wegens de door de renteswap bewerkstelligde afdekking van het variabele renterisico. Per datum van sluiting van deze bijdrage is door het Gerechtshof in deze zaak nog geen definitief arrest gewezen.

Bij toewijzing van de dwalingsvordering wordt de renteswap vernietigd, en dat betekent dat partijen weer in de situatie moeten worden gebracht als ware de renteswap nooit gesloten. In beginsel betekent dat dus dat alle netto onder de renteswap betaalde geldbedragen (door de bank) moeten worden terugbetaald aan de partij die heeft betaald (de ondernemer). Maar dus ook de door de jurisprudentie onderkende mogelijkheid dat de bank een tegenvordering toekomt, die mogelijk kan worden verrekend.

ONRECHTMATIGE DAAD

De andere grondslag voor een vordering is een door de bank gepleegde onrechtmatige daad. De stelling is dan dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld, omdat zij haar zorg-

plicht jegens de MKB-ondernemer heeft geschonden. Deze zorgplicht strekt ertoe klanten te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, en is niet alleen van toepassing in de verhouding tussen de bank en een particuliere klant (zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:364). Banken moeten hun klant goed kennen en een risicoprofiel opmaken, zodat zij kunnen beoordelen of een renteswap een geschikt product is, en of de ondernemer de risico's van een renteswap financieel kan dragen (Rechtbank Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586). Daarnaast rusten op de bank inlichtings- en waarschuwingsverplichtingen. Uitgangspunt hierbij is dat de bank de ondernemer voorafgaand aan het aangaan van de renteswap uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen moet waarschuwen voor de risico's die een renteswap met zich brengt. In beginsel mag de ondernemer erop vertrouwen dat de bank haar zorgplicht nakomt (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, JOR 2015/262).

De strekking van deze zorgplicht is verder afhankelijk van de ingewikkeldheid van de constructie, de daaraan verbonden specifieke risico's en de deskundigheid en ervaring van de ondernemer (zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, en Rechtbank Zeeland-West Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415). In beginsel wordt in de rechtspraak vaak aangenomen dat de renteswap een complex financieel product is, waarvan de werking en de risico's moeilijk zijn te overzien. Ook de motivatie voor het aangaan van de renteswap en de precieze inhoud daarvan is van belang. Indien bijvoorbeeld de renteswap speculatief is of, gedurende de looptijd van de swap, speculatief wordt, strekt de waarschuwingsplicht van banken verder. Zo'n speculatief element ontstaat als bijvoorbeeld de looptijd of de hoofdsom van de renteswap en de financiering niet (meer) op elkaar aansluiten. Anderzijds speelt ook hier de deskundigheid en ervaring van de ondernemer een rol. Indien een ondernemer meerdere renteswaps, of daarmee vergelijkbare derivaten, heeft gesloten, wordt hij geacht bekend te zijn met de werking en de risico's van de renteswap. Ook wordt soms, bijvoorbeeld van vastgoedbeleggers, meer deskundigheid aangenomen, en van accountants verondersteld dat zij met de werking en risico's van renteswaps bekend zijn. Niet vereist is dat de ondernemer daadwerkelijk alle details met betrekking tot een renteswap kent. Het gaat erom dat hij voldoende deskundig en ervaren is om navraag te doen, als iets in de door de bank verstrekte documentatie of de door de bank gegeven uitleg onbegrijpelijk is.

Als sprake is van een schending van de zorgplicht door de bank, komt de ondernemer in beginsel in aanmerking voor schadevergoeding. De hoogte daarvan wordt mede bepaald door het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Bijvoorbeeld: bij de verwezenlijking van het renteopslagrisico is de schade gelijk aan de som van de verhoogde renteopslagen. En bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap kan gedacht worden aan de schade wegens de betaalde negatieve marktwaarde van de renteswap. Vaak matigt de rechter de schadever-

goeding wegens veronderstelde eigen schuld van de ondernemer. Dit wordt dan bijvoorbeeld aangenomen als de ondernemer zijn schade had kunnen beperken (Rechtbank Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429).

LET OP: KLACHTPLICHT EN VERJARING

Ondernemers die zich geconfronteerd zien met de (dreigende) verwezenlijking van een specifiek risico moeten binnen bekwame tijd bij de bank klagen. Of een klacht nog binnen bekwame tijd is ingediend hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals het eventuele nadeel dat de bank lijdt doordat de ondernemer laat heeft geklaagd (Rechtbank Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586). De klachttermijn wordt verder meestal in de renteswapovereenkomst, transactiebevestiging of algemene voorwaarden beperkt. Onder omstandigheden kan zo'n beperking in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn, hoewel bij overeenkomsten met ondernemers hier niet snel sprake van zal zijn. Daarnaast verjaart een vordering tot vernietiging wegens dwaling drie jaar nadat de ondernemer bekend is geworden met de dwaling. De vordering tot betaling van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad verjaart vijf jaar nadat de ondernemer bekend is geworden met zowel de schade als de aansprakelijke persoon. Deze bekendheid wordt in de jurisprudentie geobjectiveerd, en wordt dus soms op een eerder tijdstip verondersteld dan het tijdstip dat de ondernemer daadwerkelijk bekend was met deze omstandigheden. Zodra de ondernemer bijvoorbeeld uit transactieoverzichten had kunnen afleiden dat de door hem betaalde rentelasten niet constant waren, maar hij heeft dit niet daadwerkelijk gezien, begint vanaf het moment dat hij dat had kunnen begrijpen de verjaringstermijn te lopen (Rechtbank Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2662).

DE GESCHILLENCOMMISSIE VOOR DE BESLECHTING VAN GESCHILLEN OVER RENTEDERIVATEN

Het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) heeft in 2015 de Geschillencommissie ingesteld. Hiermee wordt MKB-ondernemingen een doorgaans goedkoper en sneller alternatief geboden voor de civiele rechter. Om een klacht door de Geschillencommissie te kunnen laten behandelen, moet de ondernemer met een renteswap aan een aantal voorwaarden voldoen. Zo moet hij de klachtenprocedure bij de bank hebben gevolgd. Ook moet de klacht binnen één jaar nadat de klacht aan de bank is voorgelegd, of, als de bank inhoudelijk en schriftelijk gereageerd heeft binnen drie maanden na de reactie van de bank, worden voorgelegd aan de Geschillencommissie. Voorts mag de ondernemer niet meer dan 50 werknemers in dienst hebben en mag zijn omzet of balanstotaal niet groter dan EUR 10 miljoen zijn. Ten slotte geldt dat de looptijd van de renteswap niet voor 1 april 2014 is geëindigd, en dat de vordering niet meer dan EUR 1 miljoen bedraagt.

Inmiddels heeft de Geschillencommissie per datum van het sluiten van deze bijdrage ook een aantal uitspraken gepubliceerd (zie hiervoor de website van het Kifid, kifid.nl, uitspraken 2016-091, 2016-092, 2016-093, 2016-361, 2016-434). Interessant aan deze uitspraken is, dat de Geschillencommissie veel belang hecht aan de verhouding tussen partijen, na-

melijk de professionaliteit van de bank en een (kleine) ondernemer. Ook belangrijk is volgens de Geschillencommissie dat de bank een bij de ondernemer passend product heeft geadviseerd, en hoe de bank de ondernemer geïnformeerd heeft. In dit kader lijken de uitspraken van de Geschillencommissie niet veel te verschillen van die van de civiele rechter.

DE DERIVATENCOMMISSIE

Zoals hiervoor uiteengezet, zit het pijnpunt vaak in het niveau en de omvang van de advisering door de bank aan de MKB-ondernemer. Dat is ook door de AFM geconstateerd. De AFM heeft banken daarom in 2014 verplicht bepaalde MKB-renteswapdossiers opnieuw te beoordelen. Op 31 maart 2015 publiceerde de AFM een rapport over de moeizame voortgang van dit herbeoordelingsproces en het gebrek aan uniformiteit van de uitkomst van de herbeoordelingen. De AFM heeft de banken nogmaals in de gelegenheid gesteld om de herbeoordeling uit te voeren, maar dan beter en sneller. Maar ook deze keer ging het naar het oordeel van de AFM niet goed, hetgeen op 1 april 2016 aanleiding was voor een inmiddels duidelijk geïrriteerde AFM om de Derivatencommissie in te stellen.

Deze Commissie van onafhankelijke deskundigen heeft een Herstelkader opgesteld met daarin regels die voorschrijven hoe de banken hun renteswapdossiers moeten herbeoordelen. Inmiddels hebben alle (grote) banken zich gecommitteerd aan de herbeoordeling volgens het Herstelkader. Maar wat houdt dit Herstelkader in? Het Herstelkader is van toepassing op MKB-ondernemingen die een renteswap hebben gesloten tussen 1 april 2011 en april 2014, niet-professioneel zijn en niet als deskundig kunnen worden aangemerkt. Deze voorwaarden lichten we kort toe.

De banken moeten alle MKB-ondernemingen die tussen 1 april 2011 en 1 april 2014 een lopend rentederivaat hadden actief benaderen voor een herbeoordeling. MKB-ondernemingen met een renteswap afgesloten na 1 januari 2005 met een contractuele einddatum na 1 april 2011, maar welke renteswap vóór 1 april 2011 is beëindigd, bijvoorbeeld naar aanleiding van de vervroegde aflossing van de financiering, moeten zich op eigen initiatief melden bij hun bank binnen zes maanden na 5 juli 2016 (opt-in). Ondernemingen die aan twee van de drie hierna genoemde omgangvereisten voldoen, worden als professionele belegger aangemerkt: (1) het balanstotaal is ten minste EUR 20 miljoen, (2) de omzet is ten minste EUR 40 miljoen; of (3) het totaal eigen vermogen is ten minste EUR 2 miljoen.

Ten slotte het deskundigheidsvereiste. Een klant is deskundig als de bank aantoonbaar dat de klant aan ten minste één van de in het rapport genoemde criteria voldoet, waaronder: (1) op het moment van het sluiten van het rentederivaat is het balanstotaal van de klant EUR 10 miljoen of meer en de actiefzijde van de balans van de klant bestaat voor ten minste 80% uit vastgoed, financiële activa gerelateerd aan vastgoed en/of effecten; of (2) de klant werd ondersteund door treasury specialisten.

Als een klant aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet, moet de bank verplicht een aantal maatregelen treffen. Het Herstelkader noemt onder meer het herstel van technische onvolkomenheden van de renteswap. Onder technische onvolkomenheid wordt, bijvoorbeeld, verstaan een overhedge in omvang, dat wil zeggen dat de hoofdsom van de renteswap hoger is dan de hoofdsom van de onderliggende financiering. Ook een overhedge in looptijd, dus de situatie dat de looptijd van de renteswap langer is dan de looptijd van de financiering, is een technische onvolkomenheid. Beide overhedges maken dat de renteswap een speculatief karakter krijgt, en banken die een overhedge constateren moeten deze opheffen. Daarbij geldt expliciet dat de renteswap moet worden aangepast aan de hoogte en/of de looptijd van de lening, en niet andersom.

Naast herstel van de technische onvolkomenheid, zo die er is, moet de bank de in aanmerking komende MKB-onderneming een coulancevergoeding betalen. De hoogte van deze coulancevergoeding komt in hoofdlijnen neer op een percentage (20%, 10% of 0%) van de onder de renteswap aan de bank betaalde en nog te betalen bedragen. Dit percentage is weer afhankelijk van de hoofdsom van de renteswap (tot EUR 2,5 miljoen, tussen EUR 2,5 miljoen en EUR 10 miljoen of meer dan EUR 10 miljoen). Welke uitkomst uit die reken-som ook volgt, de vergoeding is gemaximeerd tot EUR 100.000. Daarnaast komt de MKB-klant mogelijk in aanmerking voor een vergoeding, indien de renteopslag op zijn variabele rentefinanciering is verhoogd. Ten slotte kan een klant onder omstandigheden in aanmerking komen voor een vergoeding van gemaakte kosten van externe adviseurs tot maximaal EUR 10.000.

Belangrijk is dat bij de beoordeling van de vraag of de MKB-ondernemer in aanmerking komt voor een herstelmaatregel als hierboven omschreven niet van belang is of de ondernemer heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswap. Ook hoeft niet te worden beoordeeld of de bank haar zorg-

plichten heeft geschonden. De maatregelen staan dus los van het verwijt dat de bank in het concrete geval kan worden gemaakt, en moeten dus ook worden getroffen in die gevallen waarin juridisch geen sprake is van dwaling van de ondernemer of schending van de zorgplicht door de bank.

CONCLUSIE

Ondernemers met een renteswap hebben in beginsel drie routes om van de bank een vergoeding te vorderen in verband met die renteswap: het Herstelkader, de Geschillencommissie en de civiele rechter. Welke route mogelijk en verstandig is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Ondernemers die onder het Herstelkader een voorstel van hun bank zullen ontvangen, zijn niet verplicht dit voorstel te accepteren. Zij kunnen steeds nog besluiten hun claim voor te leggen bij, zo mogelijk, de Geschillencommissie of de civiele rechter. Dit zal met name geraden zijn als een aangeboden vergoeding aanmerkelijk lager uitvalt dan de door de ondernemer geleden schade én de inschatting dat zij een claim wegens dwaling of onrechtmatige daad aannemelijk kan maken bij de Geschillencommissie of de civiele rechter positief is. Maar gelet op de mogelijke proceskosten en risico's, is het wellicht verstandig om eerst een voorstel van de bank af te wachten.

Indien het voorstel van de bank wordt geaccepteerd, is het niet meer mogelijk om nogmaals de renteswap ter discussie te stellen bij de Geschillencommissie of de civiele rechter. Maar er zullen ook MKB-ondernemers zijn met renteswaps die niet aan de vereisten van het Herstelkader voldoen. Zij hebben de keuze tussen de civiele rechter of, direct na het doorlopen van de interne klachtenprocedure van hun bank, de indiening van een klacht bij de Geschillencommissie. Of het aanhangig maken van een procedure bij een van deze instanties verstandig is, hangt onder meer af van de aard en hoogte van de claim en de inschatting van de succeschansen.

Informatie: diana.gunckel@kienhuishoving.nl