

# EEN ROL VOOR DE AFM BIJ AFWIKKELING VAN MASSASCHADE IN DE FINANCIËLE SECTOR?

Prof. mr. D. Busch<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In Nederland heeft gedragstoezichthouder AFM<sup>2</sup> geen formele rol bij de afwikkeling van massaschade in de financiële sector. Dat heeft de AFM er niet van weerhouden een actieve rol te spelen bij de totstandbrenging van een compensatieregeling voor het midden- en kleinbedrijf (MKB) in het beruchte rentederivatendossier. Dat is natuurlijk geen ideale situatie. De AFM heeft in haar wetgevingsbrief van 27 juni 2016 het Ministerie van Financiën (MinFin) dan ook verzocht om een wettelijke verankering van haar rol. Meer specifiek wil de AFM de wettelijke mogelijkheid krijgen om zogenaamde ‘externe beoordelaars’ te benoemen, een en ander naar het voorbeeld van de Britse toezichthouder FCA.<sup>3</sup>

MinFin reageerde positief maar gaf wel aan dit zorgvuldig juridisch te willen uitwerken.<sup>4</sup> Mede (maar zeker niet uitsluitend) tegen deze achtergrond publiceerde MinFin op 1 september 2016 het ‘Consultatiedocument

---

1 Prof. mr. D. (Danny) Busch is als hoogleraar Financieel Recht verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit. Tevens is hij gasthoogleraar aan de Université de Nice Côte d’Azur, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano en Università degli Studi di Genova, lid van de Tuchtcommissie Banken en lid van de Commissie van Beroep van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid). Deze bijdrage betreft de geactualiseerde versie van de bijdrage die verscheen in *Ondernemingsrecht* 2017/83. Deze bijdrage is afgerond op 30 maart 2018. Met ontwikkelingen nadien kon geen rekening meer worden gehouden.

2 AFM staat voor ‘Stichting Autoriteit Financiële Markten’.

3 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 32 545, 55, Wetgevingsbrief AFM 2016, p. 6-7. FCA staat voor ‘Financial Conduct Authority’. De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) gaf in haar wetgevingsbrief 2015 in vergelijkbare zin aan de bevoegdheid te willen ‘onafhankelijke externe experts’ te kunnen inschakelen, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 32 545, 32, Wetgevingsbrief DNB 2015, p. 9. In dit artikel wordt daar verder niet op ingegaan.

4 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 32 545, 55, Reactie op wetgevingswensen DNB en AFM 2016, p. 2.

Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers'.<sup>5</sup> Op 12 april 2017 zond MinFin een brief aan de Tweede Kamer met de uitkomst van de consultatie en de geplande vervolgstappen.<sup>6</sup>

Zowel de AFM als MinFin kijken vol bewondering naar de Britse toezichthouder FCA die al wel de nodige wettelijke bevoegdheden heeft bij de afwikkeling van massaschade, in het bijzonder het aanstellen van 'skilled persons' (externe beoordelaars) en het opleggen van 'redress schemes' (compensatieschema's).<sup>7</sup> Maar is het gras bij de burens echt zoveel groener dan bij ons? En is het überhaupt wel een goed idee om de AFM een rol te geven bij de afwikkeling van massaschade in de financiële sector? En als dit geen goed idee is, wat is dan de beste weg voorwaarts?

## 2. Consultatie 'Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers'

Maar eerst enkele stappen terug. MinFin stelde in het 'Consultatiedocument Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers' van 1 september 2016 een tweetal vragen die zien op een mogelijke rol van de AFM bij de afwikkeling van massaschade:

“13. Vindt u een wettelijke bevoegdheid wenselijk voor het kunnen aanstellen van externe beoordelaars om schendingen van zorgplichten te onderzoeken bij dienstverlening aan kleinzakelijke klanten?

14. Vindt u een wettelijke bevoegdheid wenselijk voor het kunnen opleggen van een compensatieschema n.a.v. (grootschalige) schendingen van zorgplichten bij dienstverlening aan kleinzakelijke klanten?”<sup>8</sup>

---

5 MinFin, 'Consultatiedocument Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers' (1 september 2016) ([www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk](http://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk)).

6 MinFin, 'Kamerbrief over consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten' (12 april 2017) ([www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiele-diensten-en-producten](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiele-diensten-en-producten)).

7 MinFin, 'Consultatiedocument Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers' (1 september 2016) ([www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk](http://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk)), p. 12.

8 MinFin, 'Consultatiedocument Effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers' (1 september 2016) ([www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk](http://www.internetconsultatie.nl/consultatiebeschermingkleinzakelijk)), p. 12.

Uit de al genoemde Kamerbrief van MinFin d.d. 12 april 2017 blijkt dat op een mogelijke bevoegdheid om externe experts aan te stellen 'niet in grote mate maar wel overwegend positief' door respondenten werd gereageerd. Het aantal reacties op het publiekelijk kunnen opleggen van compensatie is beperkt, zo lezen we in de Kamerbrief: '[h]et deel van de respondenten dat hierop heeft gereageerd laat zich kritisch uit over een publieke compensatiebevoegdheid naast het civiele recht en wijst daarbij op de huidige mogelijkheden om bijvoorbeeld collectief actie te ondernemen'.<sup>9</sup> 'Mede gelet op de consultatiereacties, acht ik het (voorlopig) niet opportuun (...) de bevoegdheid tot het opleggen van compensatie op dit moment nader te verkennen. Ten aanzien van de bevoegdheid om externe experts aan te kunnen stellen zal de reeds ingezette verkenning daarvan worden gecontinueerd', aldus de Minister van Financiën.<sup>10</sup>

Kortom, een wettelijke bevoegdheid voor de AFM om compensatieschema's op te leggen lijkt voorlopig van de baan, terwijl de bevoegdheid om extern experts te kunnen benoemen kennelijk geen topprioriteit heeft voor de Minister van Financiën. De minister wil in eerste instantie inzetten op verbetering van de bescherming van kleinzakelijke klanten door middel van zelfregulering. Hierbij gaat het concreet om (i) het stimuleren van het initiatief van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) om een afdwingbare gedragscode ten behoeve van kredietverlening aan kleinzakelijke klanten op te stellen; en (ii) het oproepen van banken en verzekeraars om in overleg met ondernemersvertegenwoordigers de mogelijkheid te onderzoeken om de toegang tot alternatieve geschilbeslechting naar kleine ondernemers uit te breiden (à la KiFiD).<sup>11</sup> Deze plannen hebben zich inmiddels gematerialiseerd, althans voor wat betreft de banken.

---

9 MinFin, 'Kamerbrief over consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten' (12 april 2017) ([www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten)), p. 3.

10 MinFin, 'Kamerbrief over consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten' (12 april 2017) ([www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten)), p. 5.

11 MinFin, 'Kamerbrief over consultatie effectiviteit en gewenste mate van bescherming voor zzp-ers en mkb-ers bij financiële diensten en producten' (12 april 2017) ([www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-over-consultatie-effectiviteit-en-gewenste-mate-van-bescherming-voor-zzp-ers-en-mkb-ers-bij-financiële-diensten-en-producten)), p. 3-4. KiFiD staat voor 'Klachteninstituut voor de financiële dienstverlening'.

Kleinzakelijke klanten kunnen per 1 juli 2018 bij het KiFiD terecht voor een schending van de in januari 2018 door de NVB gepresenteerde Gedragscode kleinzakelijke financiering.<sup>12</sup> Een verstandige benadering, want er kleven de nodige praktische en principiële bezwaren aan een rol voor de AFM bij de afwikkeling van massaschade.

### 3. Praktische bezwaren

Zoals bekend heeft de financiële crisis een ware stortvloed aan nieuwe Europese en nationale financiële toezichtregels opgeleverd. Het takenpakket van de AFM is de afgelopen jaren dan ook drastisch uitgebreid.<sup>13</sup> De AFM moet momenteel al alle zeilen bijzetten om haar wettelijke toezichttaken naar behoren te kunnen vervullen. Het is dan ook niet het juiste moment om de AFM nog meer taken te geven. De AFM ontbeert bovendien de civielrechtelijke expertise die nodig is voor het vervullen van een adequate rol bij de afwikkeling van massaschade. Toezicht houden en de afwikkeling van massaschade zijn twee verschillende grootheden.<sup>14</sup> Het rentederivatendossier bewijst dat. Aanvankelijk speelde de AFM de bal

- 
- 12 Zie nader [www.nvb.nl/nieuws/3944/gedragscode-kleinzakelijke-financiering-versterkt-positie-ondernemer.html](http://www.nvb.nl/nieuws/3944/gedragscode-kleinzakelijke-financiering-versterkt-positie-ondernemer.html).
- 13 Zie bijvoorbeeld MinFin, 'Vijfjaarlijks verslag van de minister van Financiën inzake de beoordeling van de doelmatigheid en doeltreffendheid van het functioneren van het zelfstandige bestuursorgaan Stichting Autoriteit Financiële Markten Verslag op basis van artikel 39, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen' (28 maart 2017) (te downloaden via bijvoorbeeld [www.eerstekamer.nl/bijlage/20170406/verslag\\_afm\\_3/document3/f=/vkd5mhwi09me.pdf](http://www.eerstekamer.nl/bijlage/20170406/verslag_afm_3/document3/f=/vkd5mhwi09me.pdf)), p. 17 e.v.
- 14 Volledigheidshalve merk ik op dat een andere Nederlandse toezichthouder, de Autoriteit Consument en Markt (ACM) sinds 10 februari 2017 wel een formele rol heeft gekregen bij het bepalen van de omvang van schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht. Zie art. 44a lid 3 Rv, bepalende dat '[o]p verzoek van de rechter (...) de Autoriteit Consument en Markt bijstand [kan] verlenen bij het bepalen van de omvang van de schade door een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 193k, onderdeel a, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.' Zie *Stb.* 2017, 28. Dit betreft evenwel een bijzonder geval. Anders dan de AFM beschikt de ACM juist wel over relevante kennis en expertise op dit vlak. Bij de begroting van de schade moet veelal worden beoordeeld hoe de markt in kwestie zonder de inbreuk zou zijn geëvolueerd. Die beoordeling houdt een vergelijking in met een hypothetische situatie die daarom nooit precies kan worden vastgesteld. De mogelijkheid wordt geboden bij het maken van een vergelijking en daarmee het beramen van de veroorzaakte schade gebruik te maken van de bij de ACM ter zake voorhanden zijnde kennis en expertise. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34 490, 3 (MvT). Door Nederlandse mededingingsadvocaten wordt die aanwezige kennis en ervaring overigens gerelativeerd. Hoe dit ook

terug naar de banken en verzocht hen om herbeoordeling van alle rentederivatendossiers. De AFM hield op de herbeoordeling vervolgens toezicht maar werd daarbij genadeloos weggespeeld door de banken en hun advocaten.

Juist daarom wil de AFM nu de wettelijke bevoegdheid om externe experts te kunnen inschakelen die wel goed toezicht kunnen houden. Binnen de context van het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (Uniform Herstelkader) zoals dat is opgesteld door de Onafhankelijke Derivatencoïmissie gebeurt dat nu ook al, maar dan op basis van vrijwilligheid. De banken passen zelf het Uniform Herstelkader toe, maar de berekeningen worden gecontroleerd door externe experts (accountants). Toch lost deze werkwijze het probleem niet op. Uiteindelijk werken de externe experts immers weer onder verantwoordelijkheid van de AFM en dat veronderstelt dat de AFM de expertise in huis heeft om het werk van de externe experts te kunnen beoordelen.<sup>15</sup>

#### **4. Principiële bezwaren**

Er zijn echter ook principiële bezwaren die pleiten tegen een rol van de AFM bij het afwickelen van massaschade in de financiële sector. Toezichthouders hebben een inherent belangenconflict. De AFM is in het rentederivatendossier geen neutrale partij. Zij hield immers zelf toezicht op de verkoop van rentederivaten.

In de Vie d'Or-zaak is dit destijds wel goed opgezet, paradoxaal genoeg op initiatief van de destijds bevoegde toezichthouder. Op 11 december 1995 werd Levensverzekeraar Vie d'Or failliet verklaard. De portefeuille werd overgedragen aan een andere verzekeraar, waarbij de polishouders aanzienlijk in hun rechten werden gekort en dus schade leden. De bevoegde toezichthouder, destijds de Verzekeringskamer (op 1 januari 2005 krachtens juridische fusie opgegaan in DNB<sup>16</sup>), heeft op 19 april 1994 de Stichting Vie d'Or opgericht zodat de belangen van de gedupeerde

---

zij, omdat het hier de implementatie van EU recht betreft had de Nederlandse wetgever weinig te kiezen. Zie art. 17 lid 3 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1).

15 Zie voor de tekst van het Uniform Herstelkader en nadere informatie hierover [www.derivatencoïmissie.nl/](http://www.derivatencoïmissie.nl/).

16 DNB staat voor 'De Nederlandsche Bank N.V.'.

polishouders adequaat zouden worden behartigd. Het bestuur van de Stichting Vie d'Or was compleet onafhankelijk van de toezichthouder. De Stichting heeft vervolgens in rechte de dienstdoende accountant, de dienstdoende actuaaris en – last but not least – de Verzekeringskamer aangesproken.<sup>17</sup>

Dat laatste had de toenmalige Verzekeringskamer vast niet verwacht, maar het is natuurlijk wel goed dat alle partijen die potentieel een steekje hadden laten vallen ter verantwoording konden worden geroepen, inclusief de toezichthouder. In een constructie waarbij de toezichthouder een compensatieschema kan opleggen zal de rol die de toezichthouder zelf heeft gespeeld vrijwel zeker niet goed uit de verf komen. De AFM zal niet snel een duit in het zakje doen en zichzelf als betalende partij in een compensatieschema betrekken. Dat de AFM een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking tot opzet en grove schuld geniet doet daar niet aan af – zij kan immers vrijwillig een bijdrage leveren.<sup>18</sup>

Nog los van enig belangenconflict: de AFM is niet onpartijdig. De AFM heeft de beleggerbescherming als expliciete taakstelling.<sup>19</sup> De betrokken banken zullen het ongetwijfeld als zeer bedreigend ervaren als een partij die vooral beleggers beoogt te beschermen een compensatieschema kan opleggen aan de banken. Van een evenwichtige belangenbehartiging zal in de perceptie van de banken dan niet snel sprake zijn.

Als het gaat om een constructie zoals die thans wordt toegepast bij het Uniform Herstellkader hebben de banken zelf echter ook een inherent belangenconflict. Zij moeten immers op basis van de formules uit het Uniform Herstellkader de individuele compensatie berekenen. Hierdoor ontstaat toch weer een situatie waarin de slager zijn eigen vlees keurt. Natuurlijk wordt dit gevaar op papier gecompenseerd doordat er externe accountants zijn aangesteld die de berekeningen moeten valideren (en vervolgens weer de AFM die toezicht houdt op de externe accountants), maar of dat in de praktijk voldoende tegenwicht biedt moet worden afgewacht.

---

17 Zie HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/295, m.nt. Busch (*DNB/Stichting Vie d'Or*); HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/296, m.nt. Beckman (*Deloitte & Touche c.s./Stichting Vie d'Or*); HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006/297, *NJ* 2008/529, m.nt. C.C. van Dam. (*Hewitt Associates c.s./Stichting Vie d'Or*).

18 Art 1:25d lid 2 Wft.

19 Art 1:25 Wft.

Tot slot: er moet voor zowel beleggers als banken een adequate rechtsgang openstaan. Het kan hoe dan ook niet zo zijn dat er onvrijwillige compensatieschema's worden opgelegd aan de banken zonder dat hiertegen enige vorm van beroep openstaat. Dat maakt een vrijwillige variant ook een stuk aantrekkelijker. Al zal in die variant in de praktijk de nodige druk worden uitgeoefend en ook worden ervaren om met de regeling akkoord te gaan. Dat laatste geldt vooral als die druk wordt uitgeoefend door de AFM en MinFin. Dat zijn immers spelers die onder toezicht staande financiële instellingen liever te vriend houden. Die dynamiek hebben we heel duidelijk kunnen zien in het proces dat heeft geleid tot de acceptatie van het Uniform Herstelkader door de betrokken banken. Ook om die reden is het van belang dat de AFM en MinFin niet betrokken worden bij de totstandkoming van een compensatieregeling en zich er ook overigens niet mee bemoeien.

## **5. Bevoegdheden FCA en de recente kritiek daarop**

Zowel de AFM als MinFin hebben zich bij hun voorstellen laten inspireren door de Britse FCA. Inderdaad heeft de FCA de bevoegdheid een zogenaamd 'redress scheme' op te leggen en 'skilled persons' aan te stellen. Van die bevoegdheid heeft de FCA sinds 2013 ook met regelmaat gebruikgemaakt. Vanuit Nederland wordt met bewondering gekeken naar deze mogelijkheid, maar in eigen land is er recentelijk juist forse kritiek.

Op hoofdlijnen komt de Britse aanpak op het volgende neer. Section 404 van de Financial Services and Markets Act (FSMA 2000, zoals nadien meermalen gewijzigd) biedt de FCA de mogelijkheid een 'consumer redress scheme' (CRS) op te leggen. "In essence, this provision allows the FCA to require a firm or firms to review the sales of products they made to their customers and determine whether redress is payable to them for their own failure to comply with regulatory requirements."<sup>20</sup>

Meestal wordt een CRS ingezet in combinatie met de benoeming van 'skilled persons' op grond van section 166 FSMA 2000. "[T]he FCA has adopted a practice of requiring banks and the FCA to ride in tandem: it

---

20 Richard Samuel, 'Tools for changing banking culture: FCA are you listening? Why the FCA's IRHP mass dispute resolution system has failed and what the FCA can do about it', *CMLJ* 2016/2, § 4.

normally orders banks to execute CRSs under s 404 while at the same time ordering under s 166 that 'skilled persons' appointed by the FCA ride alongside to keep an eye on things. The s 166 skilled person power is, in effect, a general power to outsource the FCA's information gathering and analytical roles to sub-contractors. It was perhaps conceived in recognition of the fact that the size of the markets would render the FCA incapable of monitoring them effectively in-house. By having the skilled persons pedalling alongside the banks, there is at least a reasonable expectation that the banks will arrive at the right destination, even if the banks would prefer to be freewheeling in the other direction. This 'tandem' approach seems to have been used reasonably satisfactorily on a number of occasions in 2014 against payday lenders. These schemes were deployed in respect of matters of fairly narrow scope, despite the large numbers who were granted redress."<sup>21</sup>

Het opleggen van een CRS en het aanstellen van 'skilled persons' is door de FSMA 2000 alleen voorzien in relatie tot 'consumers'. De wettelijke regeling bood dus geen soelaas om de 'massive mis-selling' van 'interest rate hedging products' (IRHPs of rentederivaten) aan het Britse MKB aan te pakken. Om toch een CRS op te kunnen leggen en 'skilled persons' aan te kunnen stellen, sloot de FCA een overeenkomst met acht grote banken op grond waarvan de banken 'would (i) investigate their own mis-selling of swaps to their customers, (ii) determine whether they had mis-sold them and, if they had, (iii) assess the amount of compensation they themselves would pay to those customers. To ensure fairness/compliance, those banks would subject their handling of this process to oversight by 'skilled persons' under s 166 – who were in turn overseen by the FCA'.<sup>22</sup>

Een van de redenen dat deze aanpak bij de afwikkeling van massaschade bij rentederivaten verkocht aan het Britse MKB onder vuur is komen te liggen is dat 'it was replete with conflicts of interest: the eight participating banks were the principal investigator and judge in the cause against them; the skilled persons who oversaw them were the bank's best clients/suppliers, the big four accountancy firms. The relationships were too cosy for public confidence'.<sup>23</sup>

---

21 Richard Samuel, 'Tools for changing banking culture: FCA are you listening? Why the FCA's IRHP mass dispute resolution system has failed and what the FCA can do about it', *CMLJ* 2016/2, § 4.

22 Richard Samuel, 'Tools for changing banking culture: FCA are you listening? Why the FCA's IRHP mass dispute resolution system has failed and what the FCA can do about it', *CMLJ* 2016/2, § 6.

23 Richard Samuel, 'Tools for changing banking culture: FCA are you listening? Why the FCA's IRHP mass dispute resolution system has failed and what the FCA can do about it', *CMLJ* 2016/2, § 6.

Dr. Andrew Bailey, sinds juli 2016 de nieuwe CEO van de FCA, heeft recentelijk toegegeven dat de 'ad-hoc redress schemes' van de FCA geen succes waren, in het bijzonder niet in het rentederivatendossier:

"I do not think the FCA was really established or conceived to be an adjudication body. It is a regulatory or supervisory body. Now, this is not a criticism, but it has found itself in that role, and it has found itself creating – I do not know how many, but there are quite a few – bespoke adjudication processes [...]. For interest rate hedging products, it has created a process by which the banks have a duty to do the process and there is oversight by a so-called skilled person, which is typically an accounting firm. That is enormously controversial [...].

I do not think this practice of creating – I use this term carefully, because it is a bit pejorative, but you know the point I am making- ad hoc processes has been, frankly, a success [...]."<sup>24</sup>

De Britse barrister Richard Samuel heeft tegen deze achtergrond gepleit voor de oprichting van een 'independent, low cost forum for conduct dispute resolution'.<sup>25</sup> Naar het zich laat aanzien succesvol. "On 15 December 2016, Members of Parliament (MPs) debated a motion that the FCA should set up a permanent Financial Services Tribunal modelled on the Employment Tribunals. The motion was carried."<sup>26</sup>

## 6. Hoe nu verder?

In het licht van al het voorafgaande lijkt het verstandig de oplegging en uitvoering van een compensatieschema/uniform herstelkader onder te brengen bij een echt onafhankelijke partij en dus niet bij de AFM of de banken zelf.<sup>27</sup> We komen dan toch weer uit bij de 'usual suspects': de

---

24 Richard Samuel, 'Tools for Culture Change: FCA, now you are listening! Time to build an independent, low cost forum for conduct dispute resolution', *CMLJ* 2017/3, § 1.

25 Richard Samuel, 'Tools for Culture Change: FCA, now you are listening! Time to build an independent, low cost forum for conduct dispute resolution', *CMLJ* 2017/3.

26 Richard Samuel, 'Tools for Culture Change: FCA, now you are listening! Time to build an independent, low cost forum for conduct dispute resolution', *CMLJ* 2017/3, Postscript. Zie ook Richard Samuel, 'The FCA has now listened: Banks, it is in your interests to listen too', *CMLJ* 2018/1.

27 Anders B. van Hattum, *De afwikkeling van zorgplichtclaims. Een onderzoek naar het adequater oplossen van affaires rondom retail producten en dienstverlening op de financiële markten* (diss. UvA), Bju 2018, die voor de AFM wel een rol ziet weggelegd bij de afwikkeling van massaschade in de financiële sector (p. 281 e.v.).

Nederlandse civiele rechter en het Klachteninstituut voor de financiële dienstverlening (KiFiD).

De civiele rechter kan een schikking ter zake van massaschade verbindend verklaren op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade. Binnenkort kan de civiele rechter waarschijnlijk ook schadevergoeding toekennen in collectief verband.<sup>28</sup> Het is echter niet volledig duidelijk of het genoeg zal zijn om schade zoals die in het renteswapdossier aan de orde is, in collectief verband te kunnen claimen. Er moet sprake zijn van 'bundelbaarheid'. De feitelijke en rechtsvragen moeten kortom in voldoende mate gemeenschappelijk zijn.

Op 29 juni 2016 werden de vorderingen die Stichting Renteswap-schadeclaim instelde tegen Rabobank in elk geval niet in behandeling genomen. De Rechtbank Oost-Brabant verklaarde de stichting niet-ontvankelijk in haar vorderingen, omdat zij als stichting niet voldoet aan de eisen om een collectieve actie bij de rechter te mogen instellen en omdat de vorderingen niet geschikt zijn voor een collectieve behandeling.<sup>29</sup>

Mogelijk biedt het KiFiD (wel) perspectief. Zoals hierboven al werd opgemerkt, kleinzakelijke klanten kunnen per 1 juli 2018 bij het KiFiD terecht voor een schending van de in januari 2018 door de NVB gepresenteerde Gedragscode kleinzakelijke financiering.<sup>30</sup> Sinds 26 januari 2015 is er natuurlijk al het tijdelijk loket rentederivaten MKB, maar dat is een specifiek initiatief dat zoals uit de naam al blijkt een tijdelijk karakter kent – al is de openstelling recentelijk andermaal verlengd, nu tot 1 januari 2019.<sup>31</sup> Voor beide initiatieven geldt dat zij zien op individuele afwikkeling van schadeclaims en niet op afwikkeling van schade in collectief verband. Ik vermoed dat dit bij het nakende Britse Financial Services Tribunal niet anders zal zijn.

Toch valt het te overwegen het KiFiD ook een rol toe te kennen bij de afwikkeling van massaschade. Toekomstige ad-hoc commissies zoals de Onafhankelijke Derivatencommissie kunnen naar mijn mening beter ondergebracht worden bij een volledig onafhankelijke instantie zoals het KiFiD dan dat zij onder de formele of feitelijke verantwoordelijkheid van de AFM

---

28 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608.

29 Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, *JOR* 2016/278, m.nt. Lemstra (*Stichting Renteswapschadeclaim/Rabobank c.s.*).

30 Zie nader [www.nvb.nl/nieuws/3944/gedragscode-kleinzakelijke-financiering-versterkt-positie-ondernemer.html](http://www.nvb.nl/nieuws/3944/gedragscode-kleinzakelijke-financiering-versterkt-positie-ondernemer.html).

31 Zie [www.kifid.nl/rentederivaten](http://www.kifid.nl/rentederivaten) en [www.kifid.nl/nieuws/kifid-loket-rentederivaten-mkb-open-tot-1-januari-2019/175](http://www.kifid.nl/nieuws/kifid-loket-rentederivaten-mkb-open-tot-1-januari-2019/175) Zie over het MKB loket rentederivaten A. Lenaerts, 'De reglementen van het klachtenloket rentederivaten KiFiD', *FR* 2015/11, p. 405-410.

en MinFin opereren. In toekomstige gevallen van massaschade kunnen bindend adviseurs van het KiFiD dan een onafhankelijke ad-hoc commissie vormen en een compensatieschema/uniform herstellkader opstellen.

Zowel de beleggers als de banken moeten in voorkomend geval natuurlijk wel de overtuiging hebben dat de vaststelling van een compensatieschema/uniform herstellkader bij het KiFiD in goede handen is. Invloed van de genoemde stakeholders op de selectie van de bindend adviseurs lijkt me essentieel om het gezag van de onafhankelijke ad-hoc commissie en daarmee de acceptatie van een door die commissie opgesteld compensatieschema/uniform herstellkader te kunnen waarborgen. Het moet ook mogelijk zijn externe bindend adviseurs aan te trekken en te benoemen in een onafhankelijke ad-hoc commissie als dat vanuit de optiek van deskundigheid en gezag wenselijk is.

De benoemde bindend adviseurs stellen het compensatieschema/herstellkader vast. Er zijn dan twee mogelijkheden. Ofwel de banken onderwerpen zich op voorhand aan het compensatieschema/herstellkader van de bindend adviseurs, ofwel de banken onderwerpen zich aan de regeling zodra deze tot stand is gekomen. Aan de laatste optie kleven uiteraard de nodige bezwaren, want het hele proces kan dan te elfder ure alsnog in een impasse geraken.

Als het compensatieschema/uniform herstellkader tot stand is gekomen en de banken hebben zich eraan onderworpen (vooraf of ex-post), moeten externe experts op basis van het compensatieschema/uniform herstellkader de concrete compensatie per gedupeerde belegger berekenen en vaststellen. Anders dan onder het Uniform Herstellkader Rente-derivaten het geval is, zouden deze externe experts (accountants) dus niet de berekeningen van de banken moeten controleren en goedkeuren, maar de berekeningen juist zelf moeten maken, een en ander onder toezicht van de betreffende onafhankelijke ad-hoc commissie van bindend adviseurs van het KiFiD.

En voor alle duidelijkheid, de banken moeten zich weliswaar vooraf of ex-post onderwerpen aan het compensatieschema/uniform herstellkader, maar dat geldt niet voor de beleggers. Zij kunnen het concrete compensatieaanbod dat er 'uitrolt' tegen finale kwijting accepteren of verwerpen. In dat laatste geval kunnen zij alsnog gaan procederen.

Hoe dan ook, langs deze weg wordt gewaarborgd dat het gehele traject in onafhankelijke handen is. Voor het kostenplaatje zou dit niet veel uit moeten maken. Het KiFiD wordt immers volledig gefinancierd door de financiële sector.<sup>32</sup> Bij dit soort trajecten lijkt het me overigens niet onredelijk als de daarmee gepaard gaande kosten niet door alle instellingen aangesloten bij het KiFiD wordt gedragen, maar alleen door de banken of andere financiële instellingen die betrokken zijn bij het compensatieschema/uniform herstellkader.

---

32 Aan de onafhankelijkheid van de bindend adviseurs van het KiFiD doet dit niets af.