

door de FSMA”, waarbij de ESMA-richtsnoeren zijn gevoegd die betrekking hebben op het beloningsbeleid en de beloningspraktijken van een reeks gereglementeerde ondernemingen.

De ESMA-richtsnoeren, die op de MiFID-richtlijn zijn gestoeld, geven toelichting bij de zienswijze van de ESMA over de manier waarop de EU-wetgeving over belangenconflicten en ondernemingsgedrag op het gebied van beloning moet worden toegepast.

Het document van de FSMA verschaft toelichting bij de ESMA-richtsnoeren. In het bijzonder behandelen deze richtsnoeren:

- 1) het beheer en structurering van het beloningsbeleid en de beloningspraktijken in het kader van de MiFID-vereisten op het vlak van ondernemingsgedrag en belangenconflicten;
- 2) het beheer van risico's uit het beloningsbeleid en de beloningspraktijken;
- 3) het toezicht op en de handhaving van het beloningsbeleid en de beloningspraktijken door de bevoegde autoriteiten.

De richtsnoeren gelden vanaf 1 februari 2014 voor de bevoegde autoriteiten en de FSMA geeft aan ze te zullen opnemen in haar toezichtsinstrumentarium. Het document van de FSMA geeft een overzicht van de gereglementeerde ondernemingen die onder de toepassing vallen van het instrument.

R.F. en M.G.

Circulaire van de FSMA van 18 december 2013 over de recente ontwikkelingen op het vlak van witwaspreventie (FSMA_2013_20)

FINANCIEEL RECHT

Witwasreglementering

DROIT FINANCIER

Blanchiment de capitaux

Deze circulaire gaat nader in op:

- 1) de waarschuwing van de CFI voor het hoge risico op het witwassen van geld bij bepaalde verrichtingen in edele metalen en bij grote kapitaalbewegingen;
- 2) de verruiming van het toepassingsgebied van de wet van 11 januari 1993 wat de onderliggende misdrijven betreft, in het bijzonder op het vlak van fiscale fraude; de FSMA geeft verder de uitleg bij de geïntroduceerde notie “ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd”;
- 3) de publicatie in het *Belgisch Staatsblad* van de lijst van derde equivalente landen (KB 19 juli 2013 (BS 25 juli 2013)) voor de interne procedure van de financiële instellingen, wegens het einde van de overgangperiode waarin FATF-lidstaten konden worden geacht over een

wetgeving te beschikken die gelijkwaardig is aan de in Europa vereiste wetgeving; en

4) de publicatie in het *Belgisch Staatsblad* van de lijst van de Europese publieke autoriteiten of instellingen die geacht kunnen worden een laag risico in te houden (eveneens KB 19 juli 2013 (BS 25 juli 2013)).

R.F. en M.G.

Rechtspraak/Jurisprudence

Grondwettelijk Hof 7 augustus 2013

Zaak: 119/2013

BANK- EN KREDIETWEZEN

Bankrecht – Lening – Kredietopening – Wederbeleggingsvergoeding

BANQUE ET CRÉDIT

Droit bancaire – Prêt – Ouverture de crédit – Indemnité de remploi

In dit arrest sprak het Grondwettelijk Hof zich uit over een prejudiciële vraag van het hof van beroep te Brussel over de mogelijke schending van artikel 1907*bis* BW van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Artikel 1907*bis* BW stelt het maximumbedrag van de wederbeleggingsvergoeding vast op 6 maanden interest, waardoor de contractuele vrijheid van de contractanten beperkt wordt. De vraag luidde: “*Schend artikel 1907bis BW, in die zin geïnterpreteerd dat die bepaling niet van toepassing is op de kredietopeningen – en in het bijzonder niet op de overeenkomsten voor de opening van een niet-wederopneembaar krediet – artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre de leners verschillend worden behandeld terwijl zij zich in een identieke situatie bevinden?*”

Het Grondwettelijk Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Het wijst daarbij ten eerste op de juridische verschillen tussen een leningsovereenkomst, die een zakelijke overeenkomst is krachtens welke de lener het volledige geleende bedrag eenmalig aan de ontlenaar overdraagt, tegen een terugbetaling, met interest, op een welbepaalde datum of vervaldata en die is onderworpen aan bepaalde specifieke dwingende regels die zijn vastgesteld in Titel X van het Burgerlijk Wetboek, terwijl een overeenkomst voor een kredietopening een consensuele overeenkomst is krachtens welke de fondsen niet onmiddellijk ter beschikking worden gesteld van de gecrediteerde maar door deze kunnen worden aangewend wanneer en in de mate waarin hij zulks nodig zou achten, tegen betaling van zowel een commissie als een interest indien het om een som geld gaat. Ten tweede kijkt het Hof naar de bedoeling van de wetgever en de bijzondere economische context en stelt het vast dat, gezien de bepalingen van artikel 1907*bis* BW tot doel hebben hoofdzakelijk kredietnemers die weinig ervaring hebben met het krediet te beschermen tegen onrechtmatige wederbeleggingsvergoedingen, het verantwoord is

dat de beperking ter zake op het vlak van de contractuele vrijheid niet werd uitgebreid tot de overeenkomsten voor een kredietopening die traditioneel worden gebruikt in zakenrelaties. Verder meent het Hof dat hoe-wel de overeenkomst voor de opening van een niet-wederopneembaar krediet grote gelijkenissen vertoont met een leningsovereenkomst, het er toch niet helemaal mee samenvalt omdat de overeenkomst voor een kredietopening het de kredietnemer mogelijk maakt de daadwerkelijke inbezitstelling van de fondsen en, bijgevolg, de betaling van interesten uit te stellen en de aanvaarding, door de kredietnemer, van een hoge wederbeleggingsvergoeding hem kunnen toelaten een meer voordelige interestvoet te verkrijgen. Het Grondwettelijk Hof besluit dat het verschil in behandeling tussen de twee soorten kredietnemers geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitmaakt.

Daarnaast oordeelt het Hof dat omwille van de ruime beoordelingsmarge waarover de wetgever beschikt, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet de wetgever evenmin zouden beletten de bescherming tegen overdreven hoge wederbeleggingsvergoedingen, vervat in artikel 1907bis BW, wel uit te breiden tot overeenkomsten voor een kredietopening.

Het Hof merkt tot slot op dat de gecrediteerde niet elk rechtsmiddel wordt ontzegd om misbruiken van de schuldeiser te bestrijden omdat hij de geldschietter aansprakelijk kan stellen wanneer deze laatste een kennelijk overdreven wederbeleggingsvergoeding eist.

R.F. en M.G.

Hoge Raad 6 december 2013

Ageas NV (vh Fortis NV)/VEB NCVB en SICAF c.s. (Rechtspraak.nl, NJB 2013/2623, RvdW 2014/1, RF 2014/12)

Zaak: ECLI:NL:HR:2013:1586

BANK- EN KREDIETWEZEN

Bankrecht – Aansprakelijkheid bankier

BANQUE ET CRÉDIT

Droit bancaire – Responsabilité du banquier

Bij arrest van 6 december 2013 heeft de Nederlandse Hoge Raad een beschikking van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam van 5 april 2012 bevestigd waarin werd geoordeeld dat Fortis NV (nu Ageas NV) zich bij de overname van ABN AMRO in 2007 schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid.

In 2007 werd ABN AMRO overgenomen door Fortis NV, de Royal Bank of Scotland, Group PLC en Banco Santander SA. Het aandeel van Fortis NV in de overname bedroeg circa 24 miljard euro wat destijds ongeveer 50% van de beurswaarde van Fortis NV bedroeg. Fortis NV is er niet in geslaagd volledige financiering te vinden voor haar aandeel in de overname. In oktober 2008 is Fortis NV, inclusief haar toenmalige aandeel in ABN

AMRO, genationaliseerd. Daarbij heeft de bank een boekhoudkundig verlies geleden van 24 miljard euro.

Op enquêteverzoek van de Nederlandse Vereniging van Effectenbezitters (VEB) onderzocht de Ondernemingskamer het beleid en de gang van zaken bij Fortis NV ten tijde van en na de overname van ABN AMRO. Bij beschikking van 5 april 2012 concludeerde de Ondernemingskamer dat er sprake was van wanbeleid van Fortis NV ter zake van de uitvoering van de solvabiliteitsplanning in 2008, de informatieverstrekking in de emissieprospectus en de daarin opgenomen *trading update* over de subprimeportefeuille en haar communicatiebeleid in de periode na de overname. Een vijftal andere gedragingen leveren in onderlinge samenhang eveneens wanbeleid op. Fortis NV heeft onder meer bepaalde koersgevoelige informatie over haar financiële positie en in dat verband te nemen maatregelen niet (tijdig) verstrekt en bepaalde voor haar gunstige berichten wel naar buiten gebracht, waarmee zij een onjuiste indruk heeft gewekt over haar financiële positie en het belegend publiek heeft misleid. Bovendien vernietigde de Ondernemingskamer het besluit waarbij door de algemene vergadering van aandeelhouders aan het bestuur decharge werd verleend voor het in 2007 gevoerde beleid.

Tegen deze beschikking heeft Ageas NV, als rechtsopvolger van Fortis NV, cassatieberoep ingesteld. In het arrest van 6 december 2013 heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen en de uitspraak van de Ondernemingskamer bevestigd. Het eerste argument van Ageas NV, dat de Ondernemingskamer met *hindsight bias* geoordeeld heeft, is ongegrond. Volgens de Hoge Raad heeft de Ondernemingskamer tot uitdrukking gebracht dat van Fortis NV als systeembank, gelet op haar bijzondere en aangescherpte zorgplicht, meer kennis en inzicht mag worden verwacht dan van een partij in een andere positie. Het betreft kennis en inzicht die Fortis NV – niet achteraf beoordeeld, maar beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van haar handelen en besluitvorming – “behoorde te hebben” teneinde daarop haar handelen en besluitvorming te kunnen baseren. Ook het tweede argument van Ageas NV, dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat sprake is van wanbeleid niet overeenstemt met het feit dat de aan Fortis NV verweten gedragingen onder de richtlijn marktmisbruik en de daarop gebaseerde normen van de wet op het financieel toezicht toelaatbaar zijn, werd niet gevolgd. De Hoge Raad concludeerde dat, anders dan Ageas NV betoogt, voor de beoordeling of sprake is geweest van wanbeleid, niet beslissend is of bepaalde gedragingen van Fortis NV volgens de richtlijn marktmisbruik en de daarop gebaseerde regels in de wet op het financieel toezicht, al dan niet toelaatbaar waren. Voor het overige richtte Ageas NV diverse klachten tegen de afzonderlijke pijlers ten aanzien waarvan tot wanbeleid is geconcludeerd. De Hoge Raad wijst ook deze klachten af en oordeelt dat de