

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-092
(mr. C.E. du Perron, voorzitter en mr. E.L.A. van Emden en J.C. Buiter, leden en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 15 april 2015
Ingesteld door : de Maatschap
Tegen : Deutsche Bank Nederland N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 29 februari 2016
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De Commissie stelt voor de beoordeling van klachten over rentederivaten het volgende voorop. Het komt bij de vraag of de Bank aan haar zorgplicht heeft voldaan vooral aan op de omstandigheden van het geval. Van belang is dat de Bank als professionele en ter zake kundige dienstverlener staat tegenover een relatief kleine ondernemer waarvan geen bijzondere kennis over renterisico's en de instrumenten ter afdekking daarvan mag worden verwacht. Aan een rente swap zijn risico's verbonden die zonder bijzondere kennis van of ervaring met deze producten niet meteen inzichtelijk zijn. De Bank moet dan ook haar klant zodanige informatie verschaffen over de eigenschappen van de rente swap, de mate waarin deze beantwoordt aan de wensen en behoeften van de klant, de mogelijke gevolgen en de specifieke risico's verbonden aan het afsluiten van rente swaps, en van alternatieve manieren met het renterisico om te gaan, dat de klant een weloverwogen keuze kan maken. Niet doorslaggevend is of de Bank enkel als wederpartij optreedt of expliciet tevens als adviseur van de klant. Als de Bank het aangaan van een rente swap heeft aangeraden, zal moeten worden beoordeeld of een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur dat advies had mogen geven. De Commissie oordeelt in deze zaak dat de Bank de Klant bij het tot stand komen van de twee renteswaps in voldoende mate heeft geïnformeerd over de kenmerken en risico's. Gezien echter het feit dat de (tweede) renteswap onvoldoende samenhang vertoont met de onderliggende lening(en), is er niet passend geadviseerd. Daarmee is er sprake van een verwijtbare tekortkoming van de Bank die leidt tot schadeplichtigheid. De vordering tegen de Bank wordt gedeeltelijk toegewezen, waarbij de schade naar billijkheid wordt begroot.

I. Procesverloop

De Geschillencommissie voor de beslechting van geschillen over rentederivaten, hierna te noemen de Commissie, beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door de Maatschap ondertekende vragenformulier;
- de klachtbrief van de Maatschap met als bijlage de correspondentie in de interne klachtprocedure van de Bank;
- het verweerschrift van de Bank met bijlagen;
- de brief van de Bank van 14 augustus 2015 met bijlagen.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 9 oktober 2015 te Den Haag en zijn aldaar verschenen. Ex artikel 46.3 van haar reglement doet de Commissie haar uitspraak als bindend advies.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 2.1 De klacht is gericht tegen de Bank. De Bank is in deze zaak rechtsopvolger van ABN AMRO Bank N.V. Waar in het hiernavolgende wordt gesproken over de Bank, wordt en/of worden daarmee zowel de Bank als haar rechtsvoorganger(s) aangeduid.
- 2.2 De Maatschap exploiteert een melkveebedrijf te [plaats].
- 2.3 Op 17 mei 2005 had de Bank een krediet in Rekening Courant verstrekt van € 25.000,- en een 25-jarige vastrentende aflossende (€ 3.000,- per maand) lening van € 900.000,-.
- 2.4 Door middel van een wijzigingsovereenkomst van 9 november 2005 en 13 januari 2006 is deze vastrentende lening gewijzigd naar een variabel rentende lening op basis van het 1-maand Euribor tarief met een opslag van 0.80% (lening nr. 1).
- 2.5 Met de wijziging is de paragraaf "OTC-derivaten" in de wijzigingsovereenkomst van 9 november 2005 opgenomen. De paragraaf OTC derivaten luidt als volgt:
ABN AMRO is bereid om onder hoofdelijke aansprakelijkheid van elke Kredietnemer (hierna ook te noemen: "Cliënt"), tot wederopzegging, derivatentransacties aan te gaan met de Cliënt, voor zover deze hieronder is vermeld. Dit betekent niet dat ABN AMRO verplicht is om een transactie met de Cliënt aan te gaan. ABN AMRO heeft het recht elke transactie afzonderlijk te beoordelen.
- 2.6 Onderdeel van de overeenkomst zijn de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 van de Bank. Tevens heeft de Maatschap ervoor getekend dat zij de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 en de brochure OTC-Derivatentransacties heeft ontvangen. In de brochure OTC-Derivatentransacties is onder meer opgenomen:

DERIVATENRISICO'S

Het aangaan van posities in derivaten kan verschillende effecten hebben. Terwijl het voor de één risico's beperkt, creëert het juist risico's voor de ander. De informatie hierna is dan ook bedoeld om u in algemene zin attent te maken op de mogelijke financiële gevolgen die aan transacties in derivaten zijn verbonden.

Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie volledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico's kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico's.

U zult zelfstandig moeten nagaan of de desbetreffende transactie past binnen uw doelstellingen en uw financiële positie. Bepaalde strategieën (combinaties van derivaten) kunnen namelijk hetzelfde risico opleveren als een eenvoudige koop- ('long') of verkoop- ('short')positie. Houdt bij uw beslissing derivaten te gebruiken in ieder geval rekening met de hierna volgende informatie, waarbij wij onderscheid maken tussen twee soorten derivaten, te weten optiezaken en termijnzaken.

(...)

Termijnzaken

Onder termijnzaken vallen onder andere valuta-termijnaffaires, forward rate agreements en swaps. Transacties in termijnzaken verplichten u om een onderliggende waarde te leveren, levering daarvan te accepteren of de tegenwaarde af te rekenen op een bepaalde datum in de toekomst. Termijnzaken zijn instrumenten die een hoog risico met zich mee kunnen brengen. De koers van de termijnzaak is meestal niet gelijk aan de koers van de onderliggende waarde. Het kan dan ook voorkomen dat een koersstijging of -daling van de onderliggende waarde niet of niet evenredig is terug te vinden in de koersontwikkeling van de termijnzaak. Wilt u termijnzaken afsluiten, dan kunt u verplicht worden onder bepaalde omstandigheden margin aan te houden. Meer hierover leest u onder Margin. (...)

Kosten van "Unwinding"

Bij OTC-transacties kan het onder bepaalde (markt)omstandigheden moeilijk zijn een open positie te sluiten, een bestaande positie te liquideren, de waarde van een positie te bepalen of een risicowaardering te maken. Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt de transactie gewaardeerd tegen marktwaarde. Dit wil zeggen dat wordt nagegaan welk bedrag zou moeten worden betaald of ontvangen, indien het contract zou worden beëindigd en vervangen door een zelfde transactie voor het restant van de looptijd. De financiële gevolgen hiervan zijn over het algemeen groter naarmate de (resterende) looptijd van een transactie langer is. Ook kunnen de kosten van ABN AMRO in verband met beëindiging van eventuele hedge-transacties aan u worden doorbelast.

Afhankelijk van de (markt)omstandigheden, kunt u dus worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten bij voortijdige beëindiging ("unwinding").

- 2.7 In november 2005 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de Maatschap en de Bank. In het gesprek is het renterisico voor de Maatschap dat uit lening nr. 1 voortvloeiende, aan de orde gekomen. De Maatschap en de Bank zijn overeengekomen om het renterisico op de lening af te dekken met een rente swap (Rente Swap 1) met een looptijd van 10 jaar vanaf 8 november 2005 tot en met 2 november 2015. De hoofdsom van Rente Swap 1 bedroeg nominaal € 500.000,- en bleef gedurende de looptijd van Rente Swap 1 gelijk.
- 2.8 De Bank heeft het aangaan van Rente Swap 1 op 16 november 2005 aan de Maatschap bevestigd.
- 2.9 In 2007 ontstond bij de Maatschap een nieuwe behoefte aan financiering. Dat heeft geleid tot een tweetal nieuwe leningen. Op 9 februari 2007 werd een 10-jarige aflossingsvrije 1-maand Euribor lening verstrekt van € 145.000,- (lening nr. 2) en op 4 oktober 2007 een 25-jarige aflossende (€ 950,- per maand) 1-maands Euribor lening van € 285.000,- (lening nr. 3).

2.10 Ook in deze overeenkomsten werd de paragraaf OTC-Derivaten opgenomen en heeft de Maatschap ervoor getekend dat zij de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 en de (nieuwe) brochure OTC-Derivatentransacties heeft ontvangen. Daarin is onder meer opgenomen:

Derivatenrisico's

Het aangaan van posities in derivaten kan verschillende gevolgen hebben. Terwijl het voor de ene partij risico's beperkt, creëert het voor de andere partij juist risico's. De informatie in deze brochure is dan ook bedoeld om u uitdrukkelijk te wijzen op de mogelijke financiële gevolgen, die aan transacties in derivaten zijn verbonden.

Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie volledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico's kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan door ABN AMRO of een andere onafhankelijke adviseur nader informeren over de betreffende risico's. U dient in ieder geval zelf na te gaan of de desbetreffende transactie past binnen uw doelstellingen en uw financiële positie. (...)

Hoewel een derivatentransactie veelal wordt afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie of andere onderliggende waarde, is er geen direct verband met die waarde. Bij voortijdige beëindiging of bij tussentijdse wijziging van de onderliggende waarde, blijven de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de derivatentransactie van kracht tot het moment dat ook de derivatentransactie wordt beëindigd.

Bij derivaten is doorgaans sprake van de zogenaamde hefboomwerking. Dit houdt in dat een kleine veranderingen in de onderliggende waarde een relatief grote verandering van de marktwaarde van het derivaat tot gevolg kan hebben. Om dit te verduidelijken een voorbeeld: De koers van EUR/USD is op enig moment 1,20 en stijgt in korte tijd naar 1,26. In een percentage uitgedrukt is dit een stijging van 5%. Een optie op de EUR/USD met een uitoefenprijs van 1,20 werd verhandeld tegen een prijs van USD 0,05. Na de koersstijging moet er USD 0,11 voor dezelfde optie betaald worden. Een waardeverandering van meer dan 50%. (...)

Termijncontracten

Een termijncontract is een overeenkomst tussen twee partijen, waarbij de ene partij zich verplicht een specifieke waarde op een bepaald tijdstip in de toekomst tegen een vooraf vastgestelde prijs te ontvangen. De andere partij verplicht zich dan de desbetreffende waarde op dat tijdstip tegen die prijs te leveren.

Termijncontracten of variaties daarop zijn onder andere valutatermijnaffaires, forward rate agreements en swaps. Termijncontracten zijn instrumenten, die een hoog risico met zich mee kunnen brengen doordat de prijs van de onderliggende waarde

in de periode lussen het sluiten van de overeenkomst en de levering en betaling (sterk) kan stijgen of dalen.
(...)

Kosten van voortijdige beëindiging

Indien u - om welke reden dan ook - een derivaten-transactie wilt of moet beëindigen, voordat de looptijd is verstreken, kan dit aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Een derivatentransactie is altijd gerelateerd aan een onderliggende waarde. De waarde van een derivaten-transactie is dan ook afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. koers van die onderliggende waarde.

Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt gekeken of die transactie op dat moment een positieve, dan wel een negatieve waarde heeft (waardering tegen marktwaarde). In geval van een positieve waarde zal ABN AMRO deze met u verrekenen. Bij beëindiging: van een transactie met een negatieve waarde dient u een bedrag aan ABN AMRO te betalen. "

2.11 Op 3 oktober 2007 heeft de Maatschap contact gezocht met de Bank omdat zij geïnformeerd wilde worden over het afsluiten van een nieuwe rente swap.

2.12 Op 3 oktober 2007 heeft de Bank de Maatschap gebeld. De transcriptie van het telefoongesprek luidt als volgt:

[X] (HD) belt [Z] (HW) en vertelt HW dat hij op verzoek van [Y]

(agrarisch accountmanager AAB, nu DB) belt. Dit vanwege de wens van HW om een nieuwe swap te sluiten.

HD: We hebben al eerder een renteswap met elkaar gesloten en u wilt er een nieuw deel bij swappen hè?

HW: Tenminste...ja, je weet nooit of je er goed aan doet hè?

HD: Ja klopt, je kunt altijd pas achterafzeggen of je het goed hebt gedaan of dat je goedkoper uit was geweest als je niets had gedaan.

HW: Ja klopt.

HD: Maar de swap, de werking van de swap is u duidelijk hè?

HW: Ja, je betaalt een premie zeg maar, ik weet niet hoe je dat moet zeggen, en bepaald percentage zeg maar en je krijgt de Euribor weer terug.

HD: Ja, klopt, per saldo betaal je als de rente stijgt op de lening wat meer en krijg je dit vanuit de swap weer terug en andersom.

HW: Ja klopt, ja klopt.

HD: Want u heeft ook al een andere swap hè...eh.. ik zoek deze er even bij... hebben we die dit jaar nog gedaan?

HW: Nee, vorig jaar, volgens mij.

HD: Ik heb 'm...dat is een swap van 5ton op 3.68? Dus u krijgt maandelijks al geld vanuit de swap van de bank hè?

HW: Ja klopt.

HD: Mooier kan het niet toch hè? (er wordt over en weer wat gelachen)

HW: Er zijn slechtere dingen. (nog steeds lachen)

HD: Ik zit nu voor een 10-jaars swap op 4.85% voor 5 ton, dus dat betekent dat u in eerste instantie zult moeten bijbetalen, want de 1-maands Euribor staat op 4.40. Dat is de prijs waarop we het nu kunnen doen.

HW: Dus 4.85.

HD: Ja, 4.85, en dan heeft u een opslag van 0.80% (HW: klopt), dus dan kom ik uit op 5.65 voor 10 jaar.

HW: (bevestigt:) Ja, ja, ok.

HD: En dat gaat dan in op 1 november 2007.

HW: Ja, is goed.

HD: Moet ik dat dan zo in orde maken voor u?

HW: Ja, Ja, maak maar rond.

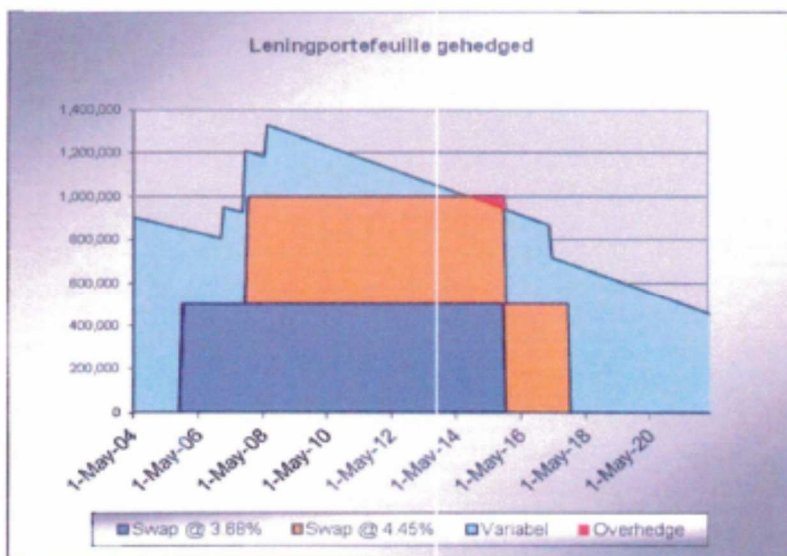
HD: Ok, een swap van 5 ton voor 10 jaar tegen 1-maands Euribor vanaf 1 november 2007. U betaalt 4.85 en ontvangt van ons de Euribor.

HW: Ja, prima.

HD: Ok, dat maken we dan zo in orde voor u.

HW: Ok, nou bedankt!

- 2.13 Met het gesprek heeft de Maatschap een nieuwe rente swap (Rente Swap 2) met de Bank afgesloten met eveneens een looptijd van 10 jaar vanaf 1 november 2007 tot 1 november 2017. De hoofdsom van Rente Swap 2 bedraagt nominaal € 500.000,- en blijft gedurende de looptijd, net als bij Rente Swap 1, gelijk.
- 2.14 Op 12 maart 2008 heeft de Maatschap de overeenkomst inzake Rente Swap 2 ondertekend.
- 2.15 Op 1 juni 2008 heeft de Bank de Maatschap een nieuwe 25 jarige aflossende (€ 500,- per maand) 1-maands Euribor lening verstrekt voor een bedrag van € 150.000,- (lening nr. 4). Ook in lening nr. 4 is de paragraaf OTC-Derivaten opgenomen. Er is bij lening nr. 4 geen nieuwe rente swap afgesloten.
- 2.16 Op 12 april 2013 schrijft de Bank aan de Maatschap dat zij heeft aangekondigd om haar focus te wijzigen en de organisatie te stroomlijnen. In de brief schrijft de Bank onder meer:
Wat betekent dit voor u?
Deutsche Bank in Nederland is niet langer de geschikte bank om u de producten en diensten aan te bieden die u op dit moment afneemt. We vinden het van belang om hier transparant over te zijn en wijzen u op de mogelijkheden van Nederlandse banken die wel een breed lokaal aanbod hebben voor de producten en diensten die u op dit moment bij ons afneemt. We streven ernaar om voor eind juni contact met u op te nemen om de overstap naar een andere bank te bespreken. Individuele overeenkomsten met u zullen we vooralsnog voort, waarbij we rekening met de hiervoor geldende voorwaarden.
- 2.17 Op 23 mei 2013 heeft de Maatschap tegen deze gang van zaken bij de Bank geprotesteerd.
- 2.18 Op 7 januari 2015 heeft de Maatschap de Bank aansprakelijk gesteld voor geleden schade, met als grondslag schending van de zorgplicht door de Bank.
- 2.19 Op 16 januari 2015 heeft de Bank de aansprakelijkheid van de hand gewezen.
- 2.20 In haar brief van 14 augustus 2015 heeft de Bank bericht dat zij de Maatschap voor een bedrag van € 1.545,20 heeft gecompenseerd. De Bank heeft dat gedaan nadat was geconstateerd dat er per 1 oktober 2014 tot 1 oktober 2015 een overhedge was ontstaan, als gevolg van het feit dat de waarde van de Rente Swaps gelijk bleef terwijl de uitstaande hoofdsommen onder de lening als gevolg van de maandelijkse aflossingen afnamen. Grafisch weergegeven ziet het er als volgt uit:



De Bank heeft het nadeel als gevolg van de overhedge berekend op een bedrag van € 1.545,20 en heeft dat bedrag aan de Maatschap voldaan.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

3.1 De Maatschap vordert

- Primair, onder het doen van beroep op dwaling, terugbetaling van de te veel betaalde rente onder de twee Rente Swaps, hetgeen de Maatschap tot en met 2 maart 2015 heeft begroot op ten minste € 234.816,39,
- Subsidiair, onder het doen van een beroep op onrechtmatige daad, terugbetaling van de helft van de te veel betaalde rente onder de twee Rente Swaps, hetgeen de Maatschap tot en met 2 maart 2015 heeft begroot op € 234.816,39,

Deze bedragen dienen te worden vermeerderd met de afkoopsom (negatieve waarde) van de Rente Swaps, tijdens de mondelinge behandeling begroot op een bedrag van ongeveer € 58.000,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag.

- De Rente Swaps zijn vernietigbaar aangezien zij onder invloed van dwaling tot stand zijn gekomen en bij een juiste voorstelling van zaken niet of niet onder dezelfde voorwaarden zouden zijn gesloten.
- De Bank heeft de op haar rustende bijzondere zorgplicht onvoldoende in acht genomen en heeft daarmee onrechtmatig gehandeld door de Maatschap onvoldoende te wijzen op de mogelijke nadelige gevolgen en de risico's van de Rente Swaps.

De Commissie begrijpt de klacht aldus dat de Maatschap aan deze vordering – samengevat – ten grondslag legt dat zij bij correcte voorlichting en nakoming van zorgplichten door de Bank geen rente swaps of andere rentederivaten zou zijn aangegaan ter afdekking van niet bestaande of makkelijk door haar te dragen renterisico's.

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van de Maatschap gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4 Beoordeling

- 4.1 De Maatschap heeft vanwege haar financieringsbehoefte met de Bank een aantal leningovereenkomsten gesloten met een variabele kredietvergoeding (1-maands Euribor, verhoogd met een opslag). De Bank heeft daarbij aan de Maatschap voorstellen gedaan om het risico op een stijging van de rente dat de Maatschap op de leningen liep, af te dekken. Dat heeft ertoe geleid dat de Maatschap een tweetal Rente Swaps heeft afgesloten. De klacht van de Maatschap ziet uitsluitend op de twee Rente Swaps en niet op de aangegeven leningovereenkomsten.
- 4.2 De vraag die voorligt is of de Bank jegens de Maatschap de zorg in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht. Partijen hebben daarbij gedebatteerd over de vraag of voor de Bank al dan niet een bijzondere zorgplicht gold.
- 4.3 Naar het oordeel van de Commissie komt het bij de vraag of de Bank aan haar zorgplicht heeft voldaan vooral aan op de omstandigheden van het geval, en niet op de meer abstracte vraag of sprake is van een algemene of van een bijzondere zorgplicht. In het bijzonder is daarbij van belang dat de Bank als professionele en ter zake kundige dienstverlener staat tegenover een relatief kleine ondernemer waarvan in beginsel geen bijzondere kennis over renterisico's en de instrumenten ter afdekking daarvan mag worden verwacht. Voorts is van belang dat aan een rente swap – ook als het gaat om een zogenaamde “plain vanilla swap” zoals in deze zaak – risico's zijn verbonden die voor iemand zonder bijzondere kennis van of ervaring met deze producten niet meteen inzichtelijk zijn. Van de Bank die een rente swap adviseert of aanbiedt mag dan ook ten minste worden verwacht dat zij, mede gelet op de eventuele kennis en ervaring van haar klant, deze klant zodanige informatie verschaft over de over de eigenschappen van het aangeboden product, de mate waarin het product beantwoordt aan de wensen en behoeften van de klant, de mogelijke gevolgen en de specifieke risico's verbonden aan het afsluiten van transacties betreffende het product, en van alternatieve manieren met het renterisico om te gaan, dat de klant een weloverwogen keuze kan maken. De Bank dient daarbij te voorkomen dat de klant een product afneemt dat voor hem niet passend is, tenzij de klant er desbewust voor kiest een niet-passend product af te nemen. Het komt er hierbij in beginsel niet op aan of de rente swap al dan niet als een complex product in de zin van het Bgfo moet worden gekwalificeerd, al zal aan voorlichting meer verlangd worden naarmate het product ingewikkelder is. Evenmin is het in het algemeen voor de hier bedoelde verplichtingen doorslaggevend of de Bank enkel als wederpartij optreedt of expliciet tevens als adviseur van de klant. Indien aan de zijde van de klant de benodigde deskundigheid ontbreekt, zal de Bank immers in de praktijk gewoonlijk mede een adviserende (in de zin van begeleidende) rol vervullen. Indien de Bank het aangaan van een rente swap heeft aangeraden, zal moeten worden beoordeeld of een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur dat advies had mogen geven.

Dwaling

- 4.4 De Maatschap doet een beroep op dwaling stellende dat zij bij een juiste voorstelling van zaken, de Rente Swaps niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.
- 4.5 Als uitgangspunt heeft te gelden dat, onverminderd de hiervoor omschreven verplichtingen van de Bank, degene die een overeenkomst aangaat moet voorkomen dat hij die overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Van hem mag worden verlangd dat hij het verstrekte voorlichtingsmateriaal voldoende grondig bestudeert en vragen stelt indien deze stukken voor hem onduidelijkheden bevatten.
- 4.6 In het onderhavige geval heeft de Maatschap met een redelijke mate van inspanning uit de kredietovereenkomsten, de paragraaf OTC-derivaten, Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 en de brochure OTC-derivaten-transacties kunnen afleiden dat met de Rente Swaps alleen de Euribor-rente werd begrensd c.q. uitgeruild en dat bij voortijdige beëindiging of “unwinding” van de Rente Swaps door de Bank een bedrag in rekening kon worden gebracht of een bedrag door de Bank zou worden vergoed. Indien bij de Maatschap hierover onduidelijkheden bestonden, had het op haar weg gelegen om zich in voldoende mate in de beschikbaar gestelde stukken te verdiepen of nadere vragen te stellen over de gevolgen van de Rente Swap voor de opslag en over de gevolgen van het beëindigen van de Rente Swaps, bijvoorbeeld door navraag te doen naar de brochure OTC-derivaten-transacties waarin staat vermeld dat bij voortijdige beëindiging van de Rente Swap, afhankelijk van de marktomstandigheden, de Maatschap kan worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten, of te wel dat een bedrag aan de Maatschap in rekening kan worden gebracht.
- 4.7 Hetzelfde geldt met zoveel woorden voor hetgeen de Maatschap heeft gesteld over dwaling ten aanzien van de beperking van het renterisico, de flexibiliteit van de Rente Swaps en de renteontwikkeling, waarbij de Commissie opmerkt dat de Bank niet kan worden verweten dat zij niet heeft voorzien dat de rente niet zou gaan stijgen maar (enige tijd na het afsluiten van de Rente Swaps) is gaan dalen.
- 4.8 Nu gebleken is dat de Bank voldoende informatie heeft verstrekt, en gesteld noch gebleken is dat de Maatschap het hiervoor bedoelde nadere onderzoek heeft gedaan, moet een eventuele dwaling met betrekking tot essentiële eigenschappen van de Rente Swaps voor rekening van de Maatschap blijven.

Zorgplicht

- 4.9 Vanwege de financieringsbehoefte van de Maatschap heeft de Bank in 2005 en 2007 een aantal leningen verstrekt aan de Maatschap tegen een variabele kredietvergoeding. In 2005 en 2007 heeft de Bank vrijwel synchroon daaraan, al dan niet op verzoek van de Maatschap zelf, voorstellen gedaan om het risico dat de Maatschap op de leningen liep (gedeeltelijk) af te dekken. De vraag die daarbij dient te worden beantwoord of de Bank daarbij jegens de Maatschap de zorg in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht.
- 4.10 Wat de verplichting tot het verstrekken van informatie betreft, is de Commissie, in aansluiting op hetgeen zij hiervoor heeft overwogen, van oordeel dat voor zover dat uit de afzonderlijke individuele stukken onvoldoende zou blijken, in ieder geval in de onderlinge samenhang daarvan, in combinatie met de voorlichting voorafgaande aan het afsluiten van Rente Swap I in 2005, voldoende duidelijk was wat kenmerken en belangrijkste risico's van een rente swap zijn.

Uit de door de Bank verstrekte informatie blijkt dat met een rente swap de variabele rente wordt uitgeruild tegen een vaste rente en dat de opslag op de variabele rente daar buiten blijft, dat bij voortijdige beëindiging van de onderliggende lening de rente swap niet automatisch wordt beëindigd en dat met het voortijdig beëindigen van de rente swap, afhankelijk van de dan geldende rente, de Maatschap een bedrag ontvangt of dat een bedrag in rekening wordt gebracht. In het algemeen heeft de Bank dus aan haar verplichting tot het verstrekken van informatie over de kenmerken en de risico's van de rente swaps voldaan.

Advisering

- 4.11 Er zijn twee adviesprocedures geweest inzake het afsluiten van de Rente Swaps. De Commissie stelt vast dat in beide procedures voorafgaand aan het afsluiten van de Rente Swaps in 2005 en 2007 naast de voordelen, ook de risico's van de swaps aan de orde zijn gekomen. Ten aanzien van Rente Swap 2 blijkt uit de transcriptie van het telefoongesprek voorafgaand aan het afsluiten van deze swap dat de voordelen te zeer op de voorgrond hebben gestaan en dat de Bank de daartegenover staande risico's onvoldoende onder de aandacht heeft gebracht. Ten aanzien van de advisering over de swaps geldt verder het volgende.

Rente Swap 1

- 4.12 Uit de door partijen overgelegde stukken en uit hetgeen dat tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gebracht, blijkt ten aanzien van Rente Swap 1 van de wens van de Maatschap het renterisico af te dekken dat zij liep op de aflossende lening nr. 1 van € 900.000,-. Lening nr. 1 was lang gefinancierd (looptijd van 25 jaar) en was voorheen vastrentend.
- 4.13 Het advies om het renterisico gedeeltelijk af te dekken, is geen advies dat in de gegeven omstandigheden niet in redelijkheid had mogen worden gegeven. De Commissie neemt daarbij, onder verwijzing naar de hiervoor onder 2.20 opgenomen grafische weergave, in ogenschouw dat met Rente Swap 1 slechts een deel van het renterisico werd afgedekt. Met de wijziging van lening nr. 1 van vastrentend naar variabel rentend, profiteerde de Maatschap van een enerzijds van een kans op een lage rente waarbij anderzijds het risico op het moeten betalen van een (te) hoge rente met de Rente Swap gedeeltelijk werd afgedekt, hetgeen niet als onverstandig kan worden betiteld. Dat de Rente Swap een looptijd van 10 jaar heeft, moet in verhouding tot de lange looptijd van onderliggende lening nr. 1 en de destijds geldende verwachtingen ten aanzien van de renteontwikkeling niet als onredelijk lang worden betiteld.
- 4.14 Het feit dat de hoofdsom van de Rente Swap 1 gelijk blijft terwijl lening nr. 1 aflossend is, is in beginsel bezwaarlijk. Indien de dalende lijn van de lening van € 900.000,-, die de grafische weergave onder 2.20 laat zien, zou worden geëxtrapoleerd, benadert of raakt de teruglopende hoofdsom onder de lening, de hoofdsom van Rente Swap 1 bij het einde van de looptijd daarvan. Een in hoofdsom gelijkblijvende Rente Swap kan passen bij een lening die aflossend is, maar dat behoeft dan wel een goede onderbouwing. Echter, met het aangaan van lening nr. 2 en nr. 3 in 2007, is een nieuwe situatie ontstaan, waarbij de hoofdsom van de aflossende leningen te allen tijde ruim groter blijft dan de hoofdsom van Rente Swap 1. De gelijkblijvende hoofdsom van Rente Swap 1 kan daardoor in dit geval als weinig bezwaarlijk worden betiteld. Als er initieel sprake was van een mismatch, heeft deze uiteindelijk niet tot schade geleid.

Rente Swap 2

- 4.15 De procedure voorafgaand aan het afsluiten van Rente Swap 2 is onvoldoende geweest. De Commissie neemt daarbij in ogenschouw dat enkel vastgesteld kan worden dat er over het afsluiten van deze swap één kort en summier inhoudelijk telefoongesprek is gevoerd. De Bank stelt in haar verweer onder nummer 21 weliswaar dat er een gesprek is geweest waarbij hard copy sheets zijn overhandigd en dat de werking van de Rente Swap is uiteengezet, maar de Bank is er niet in geslaagd dat gesprek voldoende aannemelijk te maken. De Commissie gaat derhalve uit van twee telefoongesprekken op 3 oktober 2007: het eerste gesprek waarin de Maatschap de Bank heeft gebeld met de mededeling dat zij over het renterisico en de mogelijkheden dat risico af te dekken wilde worden geïnformeerd en het tweede gesprek waarin de Bank naar aanleiding van dat verzoek heeft teruggebeld en waarin Rente Swap 2 is afgesloten, van welk telefoongesprek de transcriptie hiervoor onder 2.12 is opgenomen.
- 4.16 Alhoewel de Maatschap zoals in het voorgaande onder nummers 4.4 – 4.10 uiteengezet, bekend wordt verondersteld met de werking en risico's van een rente swap, is bij het aangaan van Rente Swap 2 de looptijd en de omvang geen onderwerp van gesprek geweest. De Bank heeft enkel min of meer bevestigd dat het wederom een rente swap voor een periode van 10 jaar zou zijn met een hoofdsom van € 500.000,-. Waarom daarvoor is gekozen, is geen onderwerp van gesprek geweest. Evenmin zijn, zoals hiervoor is overwogen, naast de voordelen ook de risico's van de swap aan de orde gesteld.
- 4.17 De Commissie overweegt dat de hoofdsom van de leningen terugliep en de hoofdsom van Rente Swap 2 gelijk bleef. Zoals de grafische weergave onder 2.20 laat zien, heeft dat dan ook geleid tot een tijdelijke overhedge (met leningen nr. 1, nr. 2, nr. 3 en nr. 4) van 1 oktober 2014 tot 1 oktober 2015, waarvoor de Bank de Maatschap heeft gecompenseerd. Met andere woorden, de combinatie van Rente Swap 1 en 2 vertoont onvoldoende samenhang met de onderliggende leningen, hetgeen met name wordt veroorzaakt door het afsluiten van Rente Swap 2. Dat geldt des te meer wanneer lening nr. 4 buiten beschouwing wordt gelaten. Lening nr. 4 heeft bij het aangaan van Rente Swap 2 tenslotte geen rol gespeeld. Gezien het aflossende karakter van de onderliggende leningen, had het voor de hand gelegen als Rente Swap 2 daarmee in overeenstemming was geweest. Destijds had óf de hoofdsom van Rente Swap 2 kleiner moeten zijn, óf de hoofdsom van Rente Swap 2 een met de leningen gelijke terugloop in hoofdsom moeten krijgen, óf de looptijd korter moeten zijn, of een combinatie daarvan of variatie daarop.
- 4.18 Nu uit de transcriptie van het telefoongesprek van 3 oktober 2007 blijkt dat het initiatief tot samenstellen van de kenmerken van Rente Swap 2 van de Bank komt, staat daarmee het verwijtbaar handelen van de Bank vast en komt voor zover daardoor schade is ontstaan, die schade voor vergoeding in aanmerking.
- 4.19 Gezien het feit dat de Maatschap zelf heeft verzocht om te worden geïnformeerd over de renterisico's en de mogelijkheden om die af te dekken, is voldoende aannemelijk dat bij de Maatschap de wens tot afdekken van het renterisico bestond, en dat ook als er wel juist zou zijn geadviseerd, de Maatschap een tweede rente swap zou hebben afgesloten. Die aannemelijkheid kan mede worden afgeleid uit het feit dat de Maatschap zich tevreden toonde over Rente Swap 1. Dat deze wens mogelijk mede was ingegeven door de door de Bank uitgesproken verwachting dat de rente zou gaan stijgen, doet niet ter zake, omdat ook een professionele partij als de Bank de ontwikkeling van de rente niet kan voorzien, en het de Bank vrijstond haar visie op deze ontwikkeling kenbaar te maken. De visie van de Bank was er niet een waartoe een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur niet kon komen.

- 4.20 Een kleinere, kortere of een in hoofdsom dalende rente swap, of een combinatie van die drie, zou tot lagere (swap-)kosten voor de Maatschap hebben geleid, welke verschil met de daadwerkelijke kosten van de Rente Swap 2 als schade moet worden gezien. Er bestaat geen aanleiding om lening 4 hierbij in aanmerking te nemen, omdat niet voldoende is gebleken dat de Maatschap het renterisico ten aanzien van deze lening door een swap heeft willen afdekken.
- 4.21 Het gaat dus om het verschil in kosten enkel met betrekking tot de Rente Swap 2 en niet om het geheel van beide Rente-Swaps en de daadwerkelijke betaalde Euribor rente. Dit omdat vermeden moet worden dat keuzes die in het verleden in marktonzekerheid zijn gemaakt met wijsheid over de marktontwikkelingen achteraf worden beoordeeld.
- 4.22 Omdat de verschillende variabelen tot een veelvoud aan keuzes leiden, is achteraf niet meer vast stellen in welke vorm een tweede rente swap zou zijn aangegaan. Daardoor is evenmin met zekerheid vast stellen, wat de schade is die de Maatschap lijdt. Daarbij is voorts van belang dat dient te worden bepaald in welke verhouding de schade door partijen dient te worden gedragen. De Maatschap had bij het aangaan van Rente Swap 2 immers ook een eigen verantwoordelijkheid en de bescherming die de Maatschap geniet is een minder vergaande dan wanneer zij in de hoedanigheid van consument als wederpartij van de Bank zou zijn opgetreden.
- 4.23 De Commissie zal de schade dan ook ex aequo et bono schatten en verdelen over beide partijen. De Commissie neemt daarbij onder meer in aanmerking dat bij een passende advisering een minder groot deel van de onderliggende lening zou zijn geswapt, maar dat niet met zekerheid is vast te stellen welk deel, en dat de Maatschap onder Rente Swap 2 in vergelijking met de 1 maands Euribor aldus te veel rente heeft betaald. Voorts neemt zij in aanmerking dat onduidelijk is hoe de opslag zich zou hebben ontwikkeld bij een lening met variabele (Euribor) rente zonder rente hedge in de vorm van een swap constructie. Verder heeft de Commissie laten meewegen dat de Bank, die in deze als ter zake deskundige dient te worden beschouwd, een grotere verantwoordelijkheid voor de schade heeft dan de Maatschap. Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie dat de Bank is gehouden om een bedrag van € 40.000,- aan de Maatschap bij wijze van schadevergoeding te voldoen.
- 4.24 Alle overige door partijen naar voren gebracht stellingen kunnen niet leiden tot een ander oordeel van de Commissie en blijven derhalve buiten bespreking.

5 Beslissing

De Commissie beslist dat de Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan de Maatschap een bedrag vergoedt van € 40.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag dat de klacht door Kifid is ontvangen, zijnde 15 april 2015, tot aan de dag van algehele voldoening.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie voor de beslechting van geschillen over rentederivaten. Daarbij geldt een termijn van drie maanden na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/rentederivaten.