

Uitspraak Geschillencommissie Rentederivaten nr. 2017-184

(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. W.H.G.A. Filott, drs. J.C.P.M. van Erp, leden en mr. M.J.M. Fennis, secretaris)

Klacht ontvangen op : 11 juni 2015
Ingediend door : Consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A. gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 17 maart 2017
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De vraag die voorligt is of de Bank jegens de Klant de zorg in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht. Daarbij komt het vooral aan op de omstandigheden van het geval. 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. De Commissie stelt vast dat uit de aan de Klant afzonderlijke individuele verstrekte stukken onvoldoende blijkt wat de risico's en kenmerken van de verstrekte renteswap zijn. Alleen in onderlinge samenhang daarvan kunnen de kenmerken en belangrijkste risico's worden afgeleid. In zoverre is de Bank in haar zorgplicht tekort geschoten. Niettemin is de Commissie van oordeel dat de renteswap wel had mogen worden geadviseerd nu bij de Klant zelf ook de wens bestond het renterisico op de leningen af te dekken. Van een onjuiste of niet passende advisering is geen sprake geweest. De Klant heeft daarbij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat als een rentecap in het adviestraject aan de orde was geweest, zij daarvoor gekozen zou hebben in plaats van een renteswap. De Commissie is van oordeel dat die stelling vooral door kennis achteraf is ingegeven. De vordering tegen de Bank wordt afgewezen.

I. Procesverloop

[Consument] heeft haar klacht over het in het geding zijnde rentederivaat in eerste instantie voorgelegd aan de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Nadat de Bank ten aanzien van de behandelbaarheid verweer heeft gevoerd, is de klacht door de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening op 16 oktober 2015 niet behandelbaar verklaard. [Consument] heeft de klacht vervolgens ingediend bij het loket van de Commissie voor de beslechting van geschillen over rentederivaten, hierna de Commissie.

De Commissie, beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door [Consument] ondertekende vragenformulier voor de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening;
- de klachtbrief van [Consument] met als bijlage de correspondentie in de interne klachtenprocedure van de Bank;
- het verweer van de Bank ten aanzien van de behandelbaarheid;
- repliek van [Consument] inzake de behandelbaarheid;

- uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening;
- inhoudelijk verweer van de Bank;

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 24 augustus 2016 te Den Haag en zijn aldaar verschenen.

De tijdens de mondelinge behandeling voorgelezen en overlegde pleitnota's van [Consument] en de Bank zijn aan het dossier toegevoegd.

Ex artikel 46.3 van haar Reglement doet de Commissie haar uitspraak als bindend advies.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 [Consument] heeft als ondernemer zakelijke activiteiten verricht. Zij is, al dan niet tezamen met haar voormalige partner, verschillende leningen bij de Bank aangegaan.

2.2 De voor de onderhavige klacht van belang zijnde leningen zijn de volgende:

Lening nummer	Jaar	Bedrag	Bedrag	Rente	Opslag	Looptijd	Aflossing (per maand)
.	1997	NLG 1.725.000,00		3-maands AIBOR	1,00%	20 jaar	NLG 7.187,50
	2000	NLG 1.750.000,00		3-maands Euribor	1,00%	onbepaald	
		NLG 750.000,00		3-maands Euribor	1,00%	30 jaar	NLG 2.085,00
	2007		€ 150.000,00	3-maands Euribor	1,00%	10-jarig	
	2003		€ 500.000,00	3-maands Euribor	1,00%	onbepaald	

2.3 Lening [lening I] is op 21 november 1997 aangegaan voor een bedrag van NLG 1.725.000,-. De lening is een 20-jarige aflossende 3-maands AIBOR lening (Amsterdam InterBank Offered Rate) lening met een opslag van 1%. Maandelijks diende een bedrag van NLG 7.187,50 te worden afgelost. De lening is aangegaan voor de realisatie van een kinderdagverblijf in een aan te kopen onroerend goed.

2.4 Lening [lening II] is op 3 februari 2000 aangegaan voor een bedrag van in totaal NLG 2.500.000,-. De lening bestaat uit een 3-maands Euribor lening van NLG 1.750.000,- met een opslag van 1% en een onbepaalde looptijd en een vaste hoofdsom, alsmede uit een 3 maands-Euribor lening van NLG 750.000,- met een opslag van 1%, een looptijd van 30 jaar en aflossingen van NLG 2.085,- per maand. De lening is aangegaan voor de aankoop van een huis waarbij [Consument] het plan had op termijn daarin een herberg te beginnen.

2.5 Lening [lening III] is in 2007 aangegaan voor een bedrag van € 150.000,- en is een deel van een gesplitste en voortgezette lening, welke lening in 2005 was aangegaan voor de aankoop van twee stukken onroerend goed en de bouw van paardenboxen en stallen die vervolgens op termijn commercieel geëxploiteerd zouden gaan worden. Het in 2007 gesplitste deel [lening III] is een 10-jarige 3-maands Euribor lening met een opslag van 1% en een vaste hoofdsom van € 150.000,-.

- 2.6 Lening [lening IV] is op 3 maart 2003 aangegaan voor een bedrag van € 500.000,-. De lening is een 3-maands Euribor lening met een opslag van 1% en een vaste hoofdsom alsmede een rekening courant krediet van € 75.000,-. Op de lening zijn zakelijke en particuliere voorwaarden van de bank van toepassing. De lening is fiscaal ondergebracht in box III. De lening was aangegaan voor de aankoop en verbouwing van een woonboerderij, alsmede voor de verruiming van werkkapitaal. De woonboerderij is vervolgens in 2005 verkocht en met de opbrengst daarvan is een aantal andere leningen afgelost. Het restant is gestort in mindering op een rekening-courant krediet.
- 2.7 De Bank heeft een overzicht overgelegd van alle op 24 september 2007 uitstaande bedragen. De uitstaande bedragen van de hiervoor genoemde leningen I, II, III en IV worden in dit overzicht aangeduid als respectievelijk lening 1, lening 2, lening 4 en lening 5. Het uitstaande bedrag van de leningen bedroeg op 24 september 2007 € 1.321.714,-.

Van	RL Tot	3-mnds	3-mnds	Woonhuis	3-mnds	30-nov	Afdekken	
		30-sep Lening1	30-sep Lening2		30-sep Lening4	Lening5		Lening6
1-10-2007	1-1-2008	500.000	417.477	794.115	254.237	150.000	55.915	1.321.714
1-1-2008	1-4-2008	500.000	407.694	794.115	251.399	150.000	54.835	1.309.093
1-4-2008	1-7-2008	500.000	397.911	794.115	248.561	150.000	53.755	1.296.472
1-7-2008	1-10-2008	500.000	388.128	794.115	245.723	150.000	52.675	1.283.851
1-10-2008	1-1-2009	500.000	378.345	794.115	242.885	150.000	51.595	1.271.230
1-1-2009	1-4-2009	500.000	368.562	794.115	240.047	150.000	50.515	1.258.609
1-4-2009	1-7-2009	500.000	358.779	794.115	237.209	150.000	49.435	1.245.988
1-7-2009	1-10-2009	500.000	348.996	794.115	234.371	150.000	48.355	1.233.367
1-10-2009	1-1-2010	500.000	339.213	794.115	231.533	150.000	47.275	1.220.746
1-1-2010	1-4-2010	500.000	329.430	794.115	228.695	150.000	46.195	1.208.125
1-4-2010	1-7-2010	500.000	319.647	794.115	225.857	150.000	45.115	1.195.504
1-7-2010	1-10-2010	500.000	309.864	794.115	223.019	150.000	44.035	1.182.883
1-10-2010	1-1-2011	500.000	300.081	794.115	220.181	150.000	42.955	1.170.262
1-1-2011	1-4-2011	500.000	290.298	794.115	217.343	150.000	41.875	1.157.641
1-4-2011	1-7-2011	500.000	280.515	794.115	214.505	150.000	40.795	1.145.020
1-7-2011	1-10-2011	500.000	270.732	794.115	211.667	150.000	39.715	1.132.399
1-10-2011	1-1-2012	500.000	260.949	794.115	208.829	150.000	38.635	1.119.778
1-1-2012	1-4-2012	500.000	251.166	794.115	205.991	150.000	37.555	1.107.157
1-4-2012	1-7-2012	500.000	241.383	794.115	203.153	150.000	36.475	1.094.536
1-7-2012	1-10-2012	500.000	231.600	794.115	200.315	150.000	35.395	1.081.915
1-10-2012	1-1-2013	500.000	221.817	794.115	197.477	150.000	34.315	1.069.294
1-1-2013	1-4-2013	500.000	212.034	794.115	194.639	150.000	33.235	1.056.673
1-4-2013	1-7-2013	500.000	202.251	794.115	191.801	150.000	32.155	1.044.052
1-7-2013	1-10-2013	500.000	192.468	794.115	188.963	150.000	31.075	1.031.431
1-10-2013	1-1-2014	500.000	182.685	794.115	186.125	150.000	29.995	1.018.810
1-1-2014	1-4-2014	500.000	172.902	794.115	183.287	150.000	28.915	1.006.189
1-4-2014	1-7-2014	500.000	163.119	794.115	180.449	150.000	27.835	993.568
1-7-2014	1-10-2014	500.000	153.336	794.115	177.611	150.000	26.755	980.947
1-10-2014	1-1-2015	500.000	143.553	794.115	174.773	150.000	25.675	968.326
1-1-2015	1-4-2015	500.000	133.770	794.115	171.935	150.000	24.595	955.705
1-4-2015	1-7-2015	500.000	123.987	794.115	169.097	150.000	23.515	943.084
1-7-2015	1-10-2015	500.000	114.204	794.115	166.259	150.000	22.435	930.463
1-10-2015	1-1-2016	500.000	104.421	794.115	163.421	150.000	21.355	917.842
1-1-2016	1-4-2016	500.000	94.638	794.115	160.583	150.000	20.275	905.221
1-4-2016	1-7-2016	500.000	84.855	794.115	157.745	150.000	19.195	892.600
1-7-2016	1-10-2016	500.000	75.072	794.115	154.907	150.000	18.115	879.979
1-10-2016	1-1-2017	500.000	65.289	794.115	152.069	150.000	17.035	867.358
1-1-2017	1-4-2017	500.000	55.506	794.115	149.231	150.000	15.955	854.737
1-4-2017	1-7-2017	500.000	45.723	794.115	146.393	150.000	14.875	842.116
1-7-2017	1-10-2017	500.000	35.940	794.115	143.555	150.000	13.795	829.495

2.8 Op 7 september 2007 is er telefonisch contact geweest tussen [Consument] en een medewerker van de Bank. Dezelfde dag heeft de heer [X], accountmanager van de Bank, hierna [de heer X] een bezoek gebracht aan [Consument]. Partijen verschillen van mening of daarbij ook aanwezig was de heer [Y], treasury specialist van de Bank hierna [de heer Y]. Met [Consument] zijn het renterisico van de variabelrentende leningen en de mogelijkheden om dat risico af te dekken besproken. De voorwaarden van de bestaande leningen legden aan [Consument] geen verplichting op om het renterisico af te dekken. Besproken is dat het renterisico met een renteswap kon worden afgedekt, waarbij de variabele rente zou worden uitgeruild met een vaste rente. Daarbij zijn de kenmerken van een renteswap en de risico's aan de orde gekomen.

- 2.9 De Bank stelt dat [de heer Y] een treasury advies heeft opgesteld maar kan dat advies niet produceren en overleggen.
- 2.10 Van 15 tot 22 september 2007 is [Consument] op vakantie gegaan.
- 2.11 Op 24 september 2007 is het Treasury Inventarisatie Formulier (TIF) door [de heer X] en [Consument] ondertekend. In het TIF is aangegeven waarvoor het instrument diende te worden gebruikt en welke ervaring [Consument] had.

II Risicometing Algemeen

- | | | |
|---|--|--|
| Heeft u een intern vastgelegd treasurybeleid (treasurystatuut)? | <input type="checkbox"/> Ja | <input type="checkbox"/> Kopie ontvangen |
| Met welk doel wilt u de instrumenten gebruiken? | <input checked="" type="checkbox"/> Nee | |
| Uw huidige ervaring/gebruik van de van toepassing zijnde treasuryproducten? | <input type="checkbox"/> Zo volledig mogelijk afdekken van rente- en valutarisico's | |
| | <input checked="" type="checkbox"/> Gedeeltelijk afdekken van rente- en valutarisico's | |
| | <input type="checkbox"/> Incidenteel afdekken van rente- en valutarisico's | |
| | <input checked="" type="checkbox"/> Geen/weinig | |

- 2.12 Voorts is [Consument] er op gewezen dat de transactie financiële risico's met zich kan brengen. Onder meer het volgende is opgenomen:

IV Bepalingen

- U bent erop gewezen dat het aangaan van transacties, afhankelijk van het type transactie, aanzienlijke financiële risico's voor u met zich mee kan brengen, met name als transacties niet dienen ter afdekking van risico's voortvloeiende uit bedrijfsvoering.
- U bent erop gewezen dat alvorens u de documentatie ondertekent en/of transacties sluit, u de documentatie respectievelijk de transacties volledig dient te begrijpen.
- U bent erop gewezen dat informatie over treasury producten en de risico's en mogelijkheden van deze producten uitgebreid beschreven staan op www.rabotreasuryweb.nl en dat u door het aanvragen van een user-id en password daar toegang toe kan krijgen.
- U bent erop gewezen dat u bij het afsluiten van een treasury product (welk valt onder de Overeenkomst Financiële Derivaten) dagelijks de marktwaarde van deze transactie kunt raadplegen op uw portefeuille overzicht via www.rabotreasuryweb.nl.
- U bent erop gewezen dat de bank altijd wederpartij is met een eigen belang dat tegengesteld kan zijn aan het belang van u en dat u zonedig informatie bij onafhankelijke derden dient in te winnen.
- *35* Het tussen u en de Bank Afgesproken Bedrag, zoals bedoeld in de Bijlage Verschaffing van Dekking, bedraagt EUR 2.463.877 1228 100 15/10/07
- U gaat akkoord met gegevens uitwisseling met betrekking tot uw financiële positie tussen treasury- afdelingen en kredietafdelingen binnen de Rabobank Groep.

- 2.13 Op 24 september 2007 is de Overeenkomst Financiële Derivaten (OFD) door [Consument] en op 25 september 2007 door [de heer X] ondertekend. In de OFD is onder meer opgenomen:

Artikel 4

4.1 De Klant bevestigt dat:

- I) hij door de Bank uitdrukkelijk is gewezen op, en zich bewust is van, de risico's en de gevolgen van het aangaan van Transacties;
- II) hij kennis heeft genomen van de informatie die de Bank krachtens wettelijke verplichting aan de Klant heeft verstrekt;
- III) hij zich terdege bewust is van, en voldoende inzicht heeft in, de risico's en gevolgen waaronder, doch daartoe niet beperkt, fiscale, administratieve, juridische en financiële, die verbonden zijn aan het aangaan van Transacties en dat hij die risico's en gevolgen aanvaardt;
- IV) hij zelfstandig iedere Transactie op de gevolgen en risico's daarvan voor hem zal analyseren en voortdurend in staat is eventuele daaruit voortvloeiende verliezen te dragen;
- V) indien hij een rechtspersoon is, de door hem te verrichten Transacties zullen strekken ter verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon;
- VI) voor zover hij bij het aangaan van Transacties gebruik maakt van krediet dan wel anderszins van geleend geld, hij zich er van bewust is het risico te lopen dat de waarde van de Transacties zich op een voor hem negatieve wijze kunnen ontwikkelen en hij per saldo een schuld kan overhouden;
- VII) hij er zich van bewust is dat de waarde van Transacties kan fluctueren en dat in het verleden behaalde opbrengsten, resultaten of rendementen geen garantie bieden voor de toekomst;
- VIII) het aangaan van de Overeenkomst niet in strijd is met enige op hem van toepassing zijnde regelgeving of enige op hem rustende rechtsplicht uit welken hoofde ook;
- IX) hij geen Transacties zal aangaan in strijd met enige op hem van toepassing zijnde regelgeving of enige op hem rustende rechtsplicht uit welken hoofde ook.

4.2 Indien de Klant, voorafgaand aan het verrichten van een Transactie, twijfelt omtrent de juistheid van het gestelde in het vorige artikellid, dient de Klant af te zien van het aangaan van een Transactie. De Klant zal, indien nodig, advies van anderen dan de Bank inwinnen teneinde de juistheid van het in het vorige artikellid gestelde te garanderen.

2.14 In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten bij de OFD is op pagina 2 en 3 onder meer opgenomen:



Rente swap

Door middel van een rente swap neemt u een renteprofiel met betrekking tot het zogenaamde nominaal bedrag op u. Indien u de betaler van de vaste rente bent loopt u het risico dat de door de Bank

verschuldigde variabele rente lager is dan de vaste rente die u moet betalen. Indien u de betaler van de variabele rente bent loopt u het risico dat het omgekeerde geval zich voordoet. Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit de rente swap dan u moet betalen. Dit risico loopt u op ieder van de dagen waarop onder de rente swap de variabele rente opnieuw wordt vastgesteld. De periode waarover u dit risico loopt is gelegen tussen de ingangsdatum en de einddatum van de rente swap. De hoogte van het nominaal bedrag waarop de rente swap betrekking heeft is eveneens van belang voor uw risico; hoe hoger het nominaal bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies. Het nominaal bedrag wordt niet uitgewisseld tussen u en de Bank, maar wordt alleen gebruikt voor de berekening van het bedrag aan vaste rente en het bedrag aan variabele rente.

2.15 In de Bijlage Verschaffing Van Dekking bij de OFD is onder punt 2. onder meer opgenomen:

2. MTM waarde van Transacties

Aan een Transactie die met u wordt afgesloten wordt door de Bank een waarde toegekend volgens de marked-to-market methodiek (de "MTM waarde"). Dit is usance in de markt voor transacties in "over the counter" derivaten ("otc derivaten"). Kenmerkend voor dergelijke transacties is dat zij niet via een beurs tot stand komen maar door middel van een contract dat rechtstreeks tussen twee partijen, die dus elkaars wederpartij zijn, gesloten wordt. Voor otc derivaten transacties kan de waarde derhalve per definitie niet uit een beurskoers worden afgeleid.

- 2.16 In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten is naast informatie over de renteswap ook informatie over andere instrumenten waaronder een rentecap opgenomen:

Cap

Door middel van een cap wordt het risico uitgewisseld dat de variabele rente op een aangegeven moment in de toekomst hoger is dan het vooraf afgesproken cap niveau. Bij een floor wordt het risico uitgewisseld dat het afgesproken floor niveau hoger is dan de variabele rente op een aangegeven moment in de toekomst. Indien op een van de dagen waarop de variabele rente wordt vastgesteld, de vastgestelde rente hoger is dan het cap niveau, is door de partij die de cap heeft verkocht (en de premie heeft ontvangen) een bedrag verschuldigd aan de andere partij. Dit kunt u zijn of de Bank, al naar gelang de gemaakte afspraak. Indien u niet de betaler van het cap bedrag bent is het maximale verlies dat u uit hoofde van een cap kunt leiden gelijk aan de door u betaalde premie. Als u de betaler van het cap bedrag bent is het door u te betalen bedrag theoretisch onbeperkt.

- 2.17 Op of omstreeks 25 september 2007 is [Consument] een renteswap met de Bank aangegaan. De transactie is in de brief van de Bank van 25 september 2007 aan [Consument] bevestigd. [Consument] heeft de brief voor akkoord ondertekend op 29 oktober 2007 en aan de Bank geretourneerd. In de brief is als volgt opgenomen:

Werking van de Transactie

Door middel van deze Transactie wordt, op de hierin nader aangegeven wijze, het renteprofiel met betrekking tot het Nominaal Bedrag gewijzigd van een vaste rente naar een variabele rente (of omgekeerd, al naar gelang u de Betaler Vaste Rente of de Betaler Variabele Rente bent). Indien u de Betaler Vaste Rente bent loopt u het risico dat de Variabele Rente lager is dan de Vaste Rente en indien u de Betaler Variabele Rente bent loopt u het risico dat de Vaste Rente lager is dan de Variabele Rente. Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit deze Transactie dan u moet betalen. Dit risico loopt u op ieder van de Herzieningsdata Variabele Rente en over de periode gelegen tussen de Ingangsdatum en de Einddatum. De hoogte van het Nominaal Bedrag is eveneens van belang voor uw risico; hoe hoger het Nominaal Bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies. Het Nominaal Bedrag wordt niet uitgewisseld, maar wordt alleen gebruikt voor de berekening van het Vaste Rente Bedrag en het Variabele Rente Bedrag.

- 2.18 De renteswap is aangegaan voor een periode van 10 jaar, ingaand op 1 oktober 2007 voor een bedrag van € 1.321.714,-. De 3-maandelijke swaprente bedraagt 4,71000%. De hoofdsom van de renteswap neemt gedurende de looptijd van 10 jaar elke drie maanden met een bedrag van € 12.621,- af tot een bedrag van € 829.495,-, hetgeen overeenkomt met de laatste kolom van de figuur onder 2.7 hiervoor. Het schema ziet er als volgt uit:

Schema		
Startdatum periode	Einddatum periode	Nominaal Bedrag
1 oktober 2007	2 januari 2008	EUR 1.321.714,00
2 januari 2008	1 april 2008	EUR 1.309.093,00
1 april 2008	1 juli 2008	EUR 1.296.472,00
1 juli 2008	1 oktober 2008	EUR 1.283.851,00
1 oktober 2008	2 januari 2009	EUR 1.271.230,00
2 januari 2009	1 april 2009	EUR 1.258.609,00
1 april 2009	1 juli 2009	EUR 1.245.988,00
1 juli 2009	1 oktober 2009	EUR 1.233.367,00
1 oktober 2009	4 januari 2010	EUR 1.220.746,00
4 januari 2010	1 april 2010	EUR 1.208.125,00
1 april 2010	1 juli 2010	EUR 1.195.504,00
1 juli 2010	1 oktober 2010	EUR 1.182.883,00
1 oktober 2010	3 januari 2011	EUR 1.170.262,00
3 januari 2011	1 april 2011	EUR 1.157.641,00
1 april 2011	1 juli 2011	EUR 1.145.020,00
1 juli 2011	3 oktober 2011	EUR 1.132.399,00
3 oktober 2011	2 januari 2012	EUR 1.119.778,00
2 januari 2012	2 april 2012	EUR 1.107.157,00
2 april 2012	2 juli 2012	EUR 1.094.536,00
2 juli 2012	1 oktober 2012	EUR 1.081.915,00
1 oktober 2012	2 januari 2013	EUR 1.069.294,00
2 januari 2013	2 april 2013	EUR 1.056.673,00
2 april 2013	1 juli 2013	EUR 1.044.052,00
1 juli 2013	1 oktober 2013	EUR 1.031.431,00
1 oktober 2013	2 januari 2014	EUR 1.018.810,00
2 januari 2014	1 april 2014	EUR 1.006.189,00
1 april 2014	1 juli 2014	EUR 993.568,00
1 juli 2014	1 oktober 2014	EUR 980.947,00
1 oktober 2014	2 januari 2015	EUR 968.326,00
2 januari 2015	1 april 2015	EUR 955.705,00
1 april 2015	1 juli 2015	EUR 943.084,00
1 juli 2015	1 oktober 2015	EUR 930.463,00
1 oktober 2015	4 januari 2016	EUR 917.842,00
4 januari 2016	1 april 2016	EUR 905.221,00
1 april 2016	1 juli 2016	EUR 892.600,00
1 juli 2016	3 oktober 2016	EUR 879.979,00
3 oktober 2016	2 januari 2017	EUR 867.358,00
2 januari 2017	3 april 2017	EUR 854.737,00
3 april 2017	3 juli 2017	EUR 842.116,00
3 juli 2017	2 oktober 2017	EUR 829.495,00
Aangepast Volgend		

2.19 In de brief van de Bank aan [Consument] van 27 september 2007 is [Consument] geïnformeerd over de rentevaststelling voor de komende drie maanden volgend uit de renteswap. De berekening ziet er als volgt uit:

Bevestiging van de nieuwe perioden ter berekening

	Vaste Rente	Variabele Rente
Betreffende Periode :	1 oktober 2007 - 2 januari 2008	1 oktober 2007 - 2 januari 2008
Aantal dagen in Periode/jaar :	93/360	93/360
Nominaal Bedrag voor Betreffende Periode :	EUR 1.321.714,00	EUR 1.321.714,00
Rente (incl. Spread) :	4,71000 %	4,78600 %
Rente Bedrag over Periode :	EUR 16.081,96	EUR 16.341,45
Te betalen door :	de Klant	de Bank
Per saldo te betalen bedrag :	EUR 259,50	
Te betalen door :	de Bank	
Rente Vervaldag :	2 januari 2008	

2.20 Vervolgens ontving [Consument] elk kwartaal een rentevaststelling. Omdat de variabele rente, die [Consument] van de Bank ontving, was gedaald en lager was geworden dan de vaste rente die [Consument] aan de Bank betaalt, moest [Consument] vanaf 1 april 2009 per saldo een bedrag aan de Bank betalen. Tevens ontving [Consument] ieder een jaar een overzicht van de renteswap waaruit de positieve of negatieve waarde van de renteswap bleek. Als de variabele rente hoger is dan de vaste rente, is de waarde van de renteswap voor de klant positief. Als de waarde van de variabele rente lager is dan de vaste rente, is de waarde van de renteswap voor de klant negatief. Op 2 januari 2008 ontving [Consument] het eerste overzicht waaruit bleek dat de renteswap een negatieve waarde had van € 14.193,-.

2.21 Op 28 juni 2009 heeft [Consument] een nieuwe TIF ondertekend.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert van de Bank een bedrag van € 246.367,- op grond van teveel betaalde swaprente, en een bedrag van € 15.986,- aan adviseurskosten alsmede een bedrag van € 115.224,- aan fiscale gevolgschade, in totaal derhalve € 377.577,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. [Consument] stelt als volgt. De Bank heeft:

- geheel op eigen initiatief de klant benaderd en geadviseerd een renteswap af te sluiten ('product push');
- geen adequate analyse van het renterisico gemaakt;
- geen goede inventarisatie van wensen, behoeften en risicobereidheid van de klant gemaakt;
- geen alternatieve producten aangeboden;
- het verkeerde product geadviseerd;
- geen schriftelijk advies gegeven;
- afgeweken van de doelstelling zoals vastgelegd in het Treasury Inventarisatie Formulier;
- geen productinformatie verstrekt;
- niet gewezen op een aantal cruciale risico's van de geadviseerde constructie;
- de modaliteiten van de renteswap onjuist en ondeugdelijk afgestemd op de onderliggende leningen;
- tijdens de looptijd van de renteswap onvoldoende geadviseerd".

- 3.3 De Commissie begrijpt de klacht aldus dat [Consument] aan deze vordering ten grondslag legt dat zij bij correcte voorlichting en nakoming van zorgplichten door de Bank geen renteswap maar een rentecap zou zijn aangegaan ter afdekking van door haar te dragen renterisico's en dat de Bank die aan [Consument] had moeten aanbieden. De kosten van een rentecap heeft [Consument] berekend op € 35.369,- terwijl [Consument] tot en met 29 mei 2015 onder de renteswap per saldo € 281.736,- aan de Bank heeft betaald, en aldus haar schade € 246.367,- bedraagt.
- 3.4 Voorts heeft [Consument] kosten gemaakt om de klacht aan de Bank voor te kunnen leggen, welke zijn begroot op € 15.986,-.
- 3.5 Tot slot vordert [Consument] bedrag aan € 115.244,- aan fiscale gevolgschade nu zij door de Bank niet is voorgelicht over het fiscale aspect van de renteswap. De betalingen onder renteswap bleken voor haar niet fiscaal aftrekbaar.

Verweer van de Bank

- 3.6 De Bank heeft de stellingen van [Consument] gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 De vraag die voorligt is of de Bank jegens [Consument] de zorg in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht. 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 renteswap – 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 renteswap 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 renteswap 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 renteswap heeft aangeraden, zal moeten worden beoordeeld of een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur dat advies had mogen geven.

Zorgplicht

- 4.2 De Bank heeft [Consument] in 1997, 2000, 2003 en 2007 een aantal leningen verstrekt tegen een variabele kredietvergoeding. Eerst in 2007 heeft de Bank, naar de Commissie heeft vastgesteld, [Consument] benaderd en een voorstel gedaan om het renterisico dat zij op de leningen liep (gedeeltelijk) af te dekken. De vraag die daarbij dient te worden beantwoord of de Bank daarbij jegens [Consument] de zorg in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht.
- 4.3 De Commissie overweegt dat de adviesprocedure de toets der kritiek niet kan doorstaan. Daarbij is van belang dat de Bank, zoals hiervoor onder 2.9 is besproken, stelt een schriftelijk treasury advies te hebben verstrekt, maar dat zij dat niet kan produceren en overleggen. De Commissie vindt dat van belang nu dat advies de stellingen van de Bank zou moeten ondersteunen. De Bank beroept zich vooral op de gesprekken die er met [Consument] zijn geweest. Nu de inhoud van die gesprekken door [Consument] (gedeeltelijk) worden betwist, kan de Commissie niet genoegzaam vaststellen wat er in die gesprekken is besproken.
- 4.4 Ofschoon de Commissie er geen bezwaar tegen heeft dat het initiatief tot de renteswap van de Bank afkomstig is, hadden de voor- en vooral nadelen van de renteswap beter moeten worden benoemd en besproken. Uit de door de Bank verstrekte informatie blijken die onvoldoende, de Bank heeft vooral de positieve eigenschappen van de renteswap benadrukt. De Commissie baseert haar oordeel op de tijdens het adviestraject en daarna aan [Consument] verstrekte informatie, waaronder:
- het ondertekende TIF formulier van 24 september 2007;
 - de ondertekende OFD van 24 september 2007;
 - de Bijlage Informatie Financiële Derivaten bij de OFD van 24 september 2007;
 - de Bijlage Verschaffing van Dekking bij de OFD van 24 september 2007
 - de bevestigingsbrief van 25 september 2007
 - de rentevaststelling van 27 september 2007.
- 4.5 De Commissie is van oordeel dat uit de afzonderlijke individuele stukken onvoldoende blijkt wat de kenmerken en vooral de belangrijkste risico's van een renteswap zijn. Alleen in onderlinge samenhang daarvan kunnen wel de kenmerken en belangrijkste risico's worden afgeleid. Daaruit blijkt dat met een renteswap de variabele rente wordt uitgeruild tegen een vaste rente en dat de opslag op de variabele rente daar buiten blijft. Voorts blijkt dat bij voortijdige beëindiging van de onderliggende lening de renteswap niet automatisch wordt beëindigd en dat met het voortijdig beëindigen van de renteswap, afhankelijk van de dan geldende rente, [Consument] een bedrag ontvangt of dat een bedrag in rekening wordt gebracht. Met betrekking tot dat laatste stelt de Commissie vast dat dat risico zich (nog) niet heeft geopenbaard nu de verplichtingen onder de renteswap nog steeds worden nagekomen, alhoewel [Consument] heeft aangegeven van de renteswap af te willen.

Zoals in het voorgaande aangehaald, mag van een relatief kleine ondernemer zoals [Consument] in beginsel geen bijzondere kennis over renterisico's en de instrumenten ter afdekking daarvan mag worden verwacht. Voorts is van belang dat aan een renteswap – 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. De Commissie is van oordeel dat de aan [Consument] verstrekte informatie en toelichting in het bijzonder ten aanzien van de risico's onvoldoende waren en dat de Bank in de op haar rustende zorgplicht op dat onderdeel is tekortgeschoten.

4.6 De Commissie is derhalve van oordeel dat dit onderdeel van de klacht gegrond is.

Advisering

4.7 Met oordeel dat de Bank in haar zorgplicht is tekortgeschoten voor zover het gaat om de verstrekte informatie en toelichting, dient de niettemin de vraag te worden beantwoord of de Bank in het onderhavige geval de renteswap had mogen adviseren. Uit de door partijen overgelegde stukken, waaronder het TIF formulier blijkt genoegzaam van de wens van de [Consument] het renterisico dat zij op de leningen liep, af te dekken. Dat deze wens wellicht 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.

4.8 De Commissie neemt daarbij in ogenschouw dat [Consument] ook in de onderhavige procedure van mening is dat het renterisico met een derivaat afgedekt had mogen worden. Dat risico had dan volgens [Consument] niet met een renteswap maar met een rentecap moeten worden afgedekt. De Commissie is evenwel van oordeel dat deze vordering mogelijk is ingegeven door het feit dat een rentecap in vergelijking met een renteswap achteraf bezien voordeliger zou zijn geweest voor [Consument]. Daarbij komt dat de rentecap ook in de aan [Consument] verstrekte documentatie aan de orde is gekomen. [Consument] heeft onvoldoende overtuigend aannemelijk gemaakt dat als een rentecap in het adviestraject aan de orde zou zijn gekomen, zij daarvoor zou hebben gekozen met name omdat voor een rentecap op voorhand dient te worden betaald en de begroting die zij daarvoor heeft gemaakt, door de Bank wordt betwist. De Bank stelt dat een rentecap aanzienlijk duurder zou zijn geweest. Voor zover [Consument] stelt dat de Bank een rentecap had moeten aanbieden waarbij de kosten van de rentecap over de looptijd van de rentecap worden verrekend, heeft de Bank aangegeven dat zij dat product – al dan niet in de gegeven constellatie - niet aanbiedt.

4.9 Met de stelling dat [Consument] een rentecap had moeten worden aangeboden, kunnen de verwijten dat er geen goede analyse van het renterisico is gemaakt, geen goede inventarisatie van wensen, behoeften en risicobereidheid is gemaakt, buiten beschouwing blijven. Immers, [Consument] stelt met zoveel woorden zelf dat er de wens en behoefte bestond het renterisico met een derivaat af te dekken.

- 4.10 Nu de klacht niet is gericht tegen de looptijd van de renteswap en dat 100% van de uitstaande bedragen onder de leningen 1, 2, 4 en 5 uit het figuur onder 2.18 is afgedekt, kan dit buiten beschouwing blijven. Ter zitting is bovendien ter sprake gekomen dat er sprake is van vastgoedfinancieringen waarvoor, zo heeft [Consument] met zoveel woorden erkend, het op zich geen bezwaar is om het renterisico daarvan voor 100% af te dekken.
- 4.11 Dat alles in ogenschouw genomen, kan het advies tot het 100% afdekken van de renterisico's die met de leningen 1, 2, 4, en 5 gepaard gaan, niet als een advies worden beschouwd dat in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet gegeven had mogen worden en kan het in de omstandigheden van dit geval ten tijde van het sluiten van de swapovereenkomst zelfs als verstandig worden beschouwd. Dat achteraf bezien de rente niet is gestegen maar gedaald en [Consument] daarvan niet heeft kunnen profiteren, doet daar niet aan af. Vermeden moet worden dat keuzes die in het verleden in marktonzekerheid zijn gemaakt met wijsheid over de marktontwikkelingen achteraf worden beoordeeld.
- 4.12 Uit het voorgaande volgt dat de vordering faalt voor zover de deze is gestoeld op de grondslag onrechtmatige daad.

Varia

- 4.13 [Consument] vordert voorts fiscale gevolgschade van € 115.224,-. De Bank zou haar niet voldoende hebben geïnformeerd en geadviseerd over de fiscale aspecten van de renteswap, als gevolg waarvan zij fiscaal nadeel zou lijden. De hoogte van het fiscaal nadeel wordt door de Bank betwist.
- 4.14 Op grond van het Reglement rentederivaten acht de Commissie zich niet bevoegd over dit onderdeel van de vordering te oordelen nu deze in een te ver verwijderd verband staat van de renteswap.

Kosten

- 4.15 Nu [Consument] ten aanzien van de klacht (gedeeltelijk) in het gelijk is gesteld, acht de Commissie termen aanwezig [Consument] voor (een gedeelte van) haar kosten ex artikel 46.9 van het Reglement rentederivaten te compenseren conform het liquidatietarief zoals dit wordt gehanteerd door de rechtbanken, begroot op € 6.000,-. Voorts dienen de kosten voor het bij Kifid aanhangig maken van de klacht ad € 500,- te worden vergoed.

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 is van oordeel dat de klacht (gedeeltelijk) gegrond is en beslist dat de Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan [Consument] een bedrag vergoedt van € 6.500,-.

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/rentederivaten.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 48 van het Reglement rentederivaten.