

Uitspraak Commissie van Beroep 2018-048 d.d. 6 augustus 2018

(mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. C.A. Joustra, A. de Bruijne RA, mr. A. Bus en drs. C. Graafland, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Rentederivaten, renteswap. Belanghebbende is met de Bank in 2007 een renteswap aangegaan voor een periode van 10 jaar, voor een bedrag van € 1.321.714,-. De 3-maandelijkse swaprente bedroeg 4,71000%. De hoofdsom van de renteswap nam gedurende de looptijd van 10 jaar elke drie maanden met een bedrag van € 12.621,- af tot een bedrag van € 829.495,-. Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat de Bank haar in plaats van de renteswap een rentecap had moeten aanbieden, dan wel een variabele rente met renteplafond.

Aan de rentecap waren hoge eenmalige kosten verbonden, waarvan de Bank onweersproken heeft aangevoerd dat Belanghebbende die niet kon betalen. De Commissie van Beroep acht het daarom evenals de Geschillencommissie niet aannemelijk dat Belanghebbende zou hebben gekozen voor een rentecap als die mogelijkheid haar was voorgehouden.

In beroep heeft Belanghebbende zich ook op het standpunt gesteld dat de Bank haar een variabele rente met renteplafond (RROLR) had moeten aanbieden, waarvan de kosten niet ineens hoefden te worden betaald maar in de vorm van een maandelijkse opslag. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep is voldoende komen vast te staan dat de Bank niet bereid was geweest om een RROLR aan Belanghebbende aan te bieden, nu de Bank daarbij een insolventierisico zou lopen en dit product slechts zelden en dan nog slechts bij grotere ondernemingen als passend is aangeboden. Nu niet is gebleken van omstandigheden die meebrengen dat de Bank desondanks gehouden was om aan Belanghebbende een RROLR aan te bieden, kan ook in zoverre niet worden geoordeeld dat Belanghebbende bij betere advisering een andere keuze zou hebben gemaakt.

De Bank voert in incidenteel beroep aan dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de Bank enige zorgplicht jegens Belanghebbende heeft geschonden. De Commissie van Beroep oordeelt hierover als volgt. Om er zeker van te zijn dat Belanghebbende de belangrijkste kenmerken en risico's van een renteswap goed begreep, was een samenhangend treasury advies onontbeerlijk. Er kan niet worden vastgesteld of een dergelijk advies is verstrekt; daarvoor volstaat niet de mededeling van de Bank dat een treasury-medewerker in een eerder stadium zou hebben verklaard dat hij zeker weet dat hij destijds een treasury advies heeft opgesteld. Evenmin kan worden vastgesteld dat Belanghebbende op andere wijze voldoende is geïnformeerd over de belangrijkste kenmerken en risico's van een renteswap. Het kan derhalve niet op eenvoudige wijze worden vastgesteld of de Bank in 2007 aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het kan in het kader van de beoordeling van het incidenteel beroep echter in het midden blijven of moet worden aangenomen dat de Bank in de op haar rustende zorgplicht is tekortgeschoten. In elk geval was namelijk, zoals overwogen, het advies tot het aangaan van een renteswap niet een advies dat in de gegeven omstandigheden niet gegeven had mogen worden.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

1. De procedure in beroep

- 1.1 De Geschillencommissie inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten (verder: de Geschillencommissie) heeft op 17 maart 2017 een bindend advies gegeven op een klacht van Belanghebbende tegen de Bank (dossiernr. [nummer]).
- 1.2 Belanghebbende heeft tegen dit bindend advies beroep ingesteld bij de Commissie van Beroep inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten (verder: de Commissie van Beroep) bij beroepschrift van 21 april 2017, ontvangen op 25 april 2017.
- 1.3 De Bank heeft een op 1 augustus 2017 gedateerd verweerschrift (met bijlagen) ingediend. Zij heeft daarbij tevens incidenteel beroep ingesteld.
- 1.4 Belanghebbende heeft een op 16 januari 2018 gedateerd verweerschrift in incidenteel beroep ingediend.
- 1.5 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 20 maart 2018. Partijen zijn aldaar verschenen en hebben een pleitnotitie overgelegd.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in het bindend advies van 17 maart 2017, voor zover deze in beroep niet zijn bestreden. Belanghebbende heeft in beroep betwist wat in het bindend advies vermeld is over de doeleinden van de onder 2.4 en 2.5 genoemde leningen. De Bank heeft een kanttekening gemaakt bij onderdeel 2.20 van het bindend advies over de wijze waarop de marktwaarde van de renteswap wordt bepaald.

Kort gezegd gaat het in deze zaak om het volgende.

- (i) De Bank heeft aan Belanghebbende, al dan niet tezamen met haar voormalige partner, een aantal leningen verstrekt, waaronder in 1997, 2000, 2003 en 2007 vier leningen tegen variabele kredietvergoeding voor uiteenlopende, overwegend zakelijke, doeleinden.

- (ii) Uit een door de Bank overgelegd overzicht blijkt dat het uitstaande bedrag van deze vier leningen (hierna: de leningen) op 24 september 2007 € 1.321.714,- beliep en dat het uitstaande bedrag bij reguliere aflossing zou teruglopen tot € 829.495,- op 1 juli 2017.
- (iii) Op 7 september 2007 heeft Belanghebbende telefonisch contact gehad met een medewerker van de Bank. Dezelfde dag heeft de heer [naam accountmanager van de Bank], accountmanager van de Bank (hierna: [naam accountmanager van de Bank]), Belanghebbende bezocht en met haar gesproken over het renterisico van de leningen en de mogelijkheden om dat risico af te dekken. Besproken is dat het renterisico kon worden afgedekt met een renteswap, waarbij de variabele rente zou worden uitgeruild tegen een vaste rente. De kenmerken van een renteswap en de risico's zijn aan de orde gekomen.
- (iv) Van 15 tot 22 september 2007 is Belanghebbende op vakantie gegaan.
- (v) Op 24 september 2007 hebben [naam accountmanager van de Bank] en Belanghebbende een Treasury Inventarisatie Formulier (TIF) ondertekend, waarin is vermeld waarvoor het door Belanghebbende aan te schaffen product (dat wil zeggen: de renteswap) zou worden gebruikt en welke ervaring Belanghebbende had. Voorts is Belanghebbende in het TIF erop gewezen dat de transactie financiële risico's met zich kan brengen.
- (vi) Belanghebbende heeft op 24 september 2007 ook een Overeenkomst Financiële Derivaten (OFD) ondertekend. [naam accountmanager van de Bank] heeft deze OFD op 25 september 2007 ondertekend. Ook in deze overeenkomst is Belanghebbende gewaarschuwd voor risico's in verband met de transactie.
- (vii) In een bijlage (Bijlage Informatie Financiële Derivaten) bij de OFD is onder meer informatie opgenomen over de werking en risico's van renteswaps en caps.
- (viii) Op of omstreeks 25 september 2007 is Belanghebbende met de Bank een renteswap aangegaan. De Bank heeft de transactie aan Belanghebbende bevestigd in de brief van 25 september 2007, die Belanghebbende op 29 oktober 2007 voor akkoord heeft ondertekend en aan de Bank heeft geretourneerd.
- (ix) 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,-.
- (x) De Bank heeft Belanghebbende vervolgens elk kwartaal, voor het eerst bij brief van 27 september 2007 geïnformeerd over de rentevaststelling voor de komende drie maanden volgend uit de renteswap.
- (xi) Tevens ontving Belanghebbende ieder jaar een overzicht van de renteswap waaruit de (volgens standaard berekeningsmethoden van de Bank berekende) positieve of negatieve marktwaarde van de renteswap bleek. Als het bedrag van de te ontvangen variabele rente op grond van een (fictieve) swap voor de resterende looptijd hoger is dan de op grond van de swap te betalen vaste rente, is de waarde van de renteswap voor de klant positief. Als het bedrag van deze variabele rente lager is dan de vaste rente, is de waarde van de renteswap voor de klant negatief. Op 2 januari 2008 ontving Belanghebbende het eerste overzicht waaruit bleek dat de renteswap een negatieve waarde had van € 14.193,-.

- (xii) Vanaf 1 april 2009 moest Belanghebbende per saldo een bedrag aan de Bank betalen, omdat de variabele rente die de Bank haar uit hoofde van de swap verschuldigd was, op dat moment lager was geworden dan de vaste rente die Belanghebbende de Bank uit hoofde van de swap verschuldigd was.
- (xiii) In juni 2009 heeft Belanghebbende een nieuw TIF ondertekend.
- (xiv) Belanghebbende heeft in 2018 een aanbod uit hoofde van het Uniform Herstelkader ontvangen.

3.2 Bij de Geschillencommissie heeft Belanghebbende betaling van een bedrag van € 246.367,- gevorderd, dat wil zeggen het verschil tussen de door haar betaalde rente uit hoofde van de swap (tot en met 29 mei 2015) en de (hypothetische) kosten van aanschaf van een cap in 2007. Verder heeft zij aanspraak gemaakt op vergoeding van door haar in verband met haar klacht gemaakte kosten van adviseurs (€ 15.986,-) en van door haar – naar zij stelt – geleden ‘fiscale schade’ (€ 115.224,-). Belanghebbende voert aan dat zij bij een juiste advisering niet zou hebben gekozen voor een swap maar voor een cap en dat zij schade heeft geleden doordat de Bank haar niet erover had geïnformeerd dat renteverrekeningen uit hoofde van de swap niet aftrekbaar zouden zijn voor de inkomstenbelasting.

3.3 De Bank heeft de vordering weersproken. Zij stelt dat Belanghebbende haar heeft verzocht de leningen qua rente te herbezien in verband met de onzekere rentemarkt, dat zij naar aanleiding daarvan met Belanghebbende heeft gesproken over de renteswap, dat zij Belanghebbende voorafgaand aan het aangaan van de renteswap voldoende duidelijk heeft geïnformeerd over de kenmerken en risico’s daarvan en dat de renteswap passend was. Verder heeft de Bank bestreden dat Belanghebbende bij juiste voorlichting een rentecap zou hebben gesloten, omdat Belanghebbende in dat geval een omvangrijke premie had moeten betalen en zij nu juist gefocust was op het zo laag mogelijk houden van de kosten op de korte termijn.

3.4 De Geschillencommissie heeft geoordeeld dat de adviesprocedure de toets der kritiek niet kan doorstaan en dat de Bank in de op haar rustende zorgplicht is tekortgeschoten, omdat de voor- en nadelen van de renteswap onvoldoende blijken uit de door de Bank verstrekte informatie. Daarin zijn vooral de positieve eigenschappen benadrukt en de kenmerken en belangrijkste risico’s kunnen alleen in onderlinge samenhang bezien uit de verstrekte informatie worden afgeleid. De inhoud van de gesprekken die met Belanghebbende zijn gevoerd, kan achteraf niet genoegzaam worden vastgesteld en de Bank stelt weliswaar een schriftelijk treasury advies te hebben verstrekt, maar beschikt daarover niet meer en kan dat dus niet overleggen.

De Geschillencommissie heeft verder geoordeeld dat het advies om een renteswap aan te gaan, gegeven de door Belanghebbende geuite wens en behoefte om het renterisico af te dekken en daarvoor een derivaat aan te gaan, niet geen advies is dat in redelijkheid niet gegeven had mogen worden en dat het advies in de gegeven omstandigheden zelfs als verstandig kan worden beschouwd. Belanghebbende heeft niet aannemelijk gemaakt dat als een rentecap in het adviestraject aan de orde zou zijn gekomen, zij daarvoor zou hebben gekozen.

De Geschillencommissie heeft zich op grond van het Reglement rentederivaten niet bevoegd geacht te oordelen over het verwijt dat de Bank haar had moeten adviseren over de fiscale aspecten van de renteswap, nu deze in een te ver verwijderd verband staat van de renteswap.

De Geschillencommissie heeft de klacht (gedeeltelijk) gegrond bevonden en beslist dat de Bank aan Belanghebbende een bedrag van € 6.500,- vergoedt voor in verband met de procedure gemaakte kosten. De (overige) door Belanghebbende gevorderde bedragen heeft de Geschillencommissie niet toegewezen.

4. Beoordeling van het beroep

- 4.1 Belanghebbende heeft de Commissie van Beroep verzocht het bindend advies van de Geschillencommissie te vernietigen en haar vordering alsnog volledig toe te wijzen, met dien verstande dat vergoeding van de fiscale schade niet langer wordt gevorderd omdat partijen daarover inmiddels een schikking hebben getroffen.
- 4.2 In incidenteel beroep heeft de Bank verzocht het bindend advies te vernietigen en de (door de Geschillencommissie toegewezen) vordering alsnog af te wijzen, met veroordeling van Belanghebbende in de proceskosten. De Bank verzoekt daarbij om restitutie van het door haar aan Belanghebbende op grond van de beslissing van de Geschillencommissie betaalde bedrag van € 6.500,-.

Principaal beroep

- 4.3 Belanghebbende maakt bezwaar tegen de vaststelling door de Geschillencommissie van het doel waarmee twee van de leningen zijn aangegaan. Nu Belanghebbende bij de mondelinge behandeling in beroep heeft verklaard dat dit bezwaar voor de inhoudelijke beoordeling van haar de vordering weinig relevant is, kan de Commissie van Beroep de juistheid ervan in het midden laten.
- 4.4 Belanghebbende heeft niet aangevoerd dat zij – in het geval zij goed zou zijn voorgelicht – in het geheel geen rentederivaat zou hebben afgesloten. Haar voornaamste bezwaar tegen de beslissing van de Geschillencommissie betreft het oordeel dat Belanghebbende onvoldoende overtuigend aannemelijk heeft gemaakt dat als in het adviestraject een rentecap aan de orde zou zijn gekomen, Belanghebbende daarvoor zou hebben gekozen. In beroep wijst Belanghebbende behalve op de rentecap ook nog op de RROLR (Rabobank Roll Over Lening met Renteplafond), die volgens haar eveneens een boven de renteswap te verkiezen alternatief was geweest.
- 4.5 Met betrekking tot de rentecap heeft de Bank gewezen op de aanzienlijke kosten die daaraan zouden zijn verbonden en die Belanghebbende direct bij het afsluiten daarvan zou hebben moeten voldoen. Volgens de Bank was Belanghebbende hiertoe niet bereid geweest. De Bank heeft gemotiveerd gesteld dat Belanghebbende in 2007 niet over de middelen beschikte om deze kosten te betalen – ook als deze kosten geen € 45.000,- beliepen, zoals de Bank heeft berekend, maar ongeveer € 35.000,- zoals Belanghebbende zelf heeft berekend. Belanghebbende heeft niet weersproken dat ze de aan een rentecap

verbonden kosten indertijd niet kon betalen. De Commissie van Beroep gaat er daarom evenals de Geschillencommissie van uit dat niet aannemelijk is dat Belanghebbende zou hebben gekozen voor een rentecap als die mogelijkheid haar was voorgehouden.

- 4.6 Het andere door Belanghebbende genoemde alternatief, de RROLR, is door de Bank omschreven als een variabelrentende (Euribor) lening met renteplafond, verhoogd met een door de Bank te bepalen algemene opslag die door de Bank tussentijds gewijzigd kan worden, en een niet-wijzigbare plafondopslag. Anders dan bij een rentecap is vooraf geen premie verschuldigd, maar is deze verwerkt in de plafondopslag die elke renteperiode moet worden betaald tot de overeengekomen einddatum van het renteplafond. De totale kosten zijn voor de klant hoger dan bij een rentecap, doordat de Bank niet vooraf zekerheid heeft dat de klant aan zijn opslagverplichtingen zal kunnen blijven voldoen en derhalve een insolventierisico loopt waarmee in de opslag rekening wordt gehouden. In verband met deze extra risico's voor de Bank is dit product maar zelden aangeboden en dan nog slechts bij leningen aan grotere ondernemingen, aldus nog steeds de Bank.
- 4.7 Belanghebbende heeft deze omschrijving van de RROLR en de daaraan verbonden kenmerken als zodanig niet gemotiveerd weersproken, maar meent niettemin dat de Bank dit product als alternatief aan haar had moeten aanbieden.
- 4.8 De Commissie van Beroep is van oordeel dat gelet op de in vergelijking met een rentecap hogere kosten van een RROLR – ook al zouden deze niet ineens hoeven te worden betaald – niet zonder meer aannemelijk is dat Belanghebbende voor dit product zou hebben gekozen, indien de Bank dit zou hebben aangeboden. Belangrijker evenwel is dat naar het oordeel van de Commissie van Beroep voldoende is komen vast te staan dat de Bank niet bereid was geweest om een RROLR aan Belanghebbende aan te bieden, nu de Bank daarbij een insolventierisico zou lopen en dit product slechts zelden en dan nog slechts bij grotere ondernemingen als passend is aangeboden. Nu niet is gebleken van omstandigheden die meebrengen dat de Bank desondanks gehouden was om aan Belanghebbende een RROLR aan te bieden, kan ook in zoverre niet worden geoordeeld dat Belanghebbende bij betere advisering een andere keuze zou hebben gemaakt.
- 4.9 Nu onvoldoende grond bestaat om ervan uit te gaan dat Belanghebbende zou hebben gekozen voor een rentecap of had kunnen kiezen voor een RROLR, is de Commissie van Beroep net als de Geschillencommissie van oordeel dat het advies om het aan de leningen verbonden renterisico af te dekken met een renteswap geen advies is dat in de gegeven omstandigheden niet gegeven had mogen worden. De omstandigheid dat, achteraf bezien, een rentecap of een RROLR voor Belanghebbende (wellicht) gunstiger zouden hebben uitgepakt, doet daaraan niet af.
- 4.10 De overige argumenten van Belanghebbende leiden, ook als zij gegrond zouden worden bevonden, niet tot een andere slotsom. Om die reden behoeven zij verder niet te worden besproken.

Incidenteel beroep

- 4.11 De Bank voert in incidenteel beroep aan dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de Bank enige zorgplicht jegens Belanghebbende heeft geschonden en dat, voor zover dit al anders is, Belanghebbende in elk geval geen schade heeft geleden en dat door Belanghebbende gemaakte proceskosten in elk geval geen relevante factor zijn bij de vraag of sprake is van schade.
- 4.12 Partijen zijn het er niet over eens of bij het gesprek dat Belanghebbende op 7 september 2007 had met [naam accountmanager van de Bank] ook de heer [naam treasury specialist van de Bank], treasury specialist van de Bank (hierna: [naam treasury specialist van de Bank]), aanwezig is geweest. De Commissie van Beroep heeft uit de overgelegde interne mailberichten van de Bank van september 2011 stukken de indruk dat [naam treasury specialist van de Bank] pas na het gesprek van 7 september 2007 bij de advisering betrokken is maar wel voorafgaand aan het aangaan van de renteswap nog, mogelijk telefonisch, contact met Belanghebbende heeft gehad. De Bank heeft gesteld dat zij ervan uitgaat dat [naam treasury specialist van de Bank] ook een schriftelijk treasury advies heeft opgesteld maar dat zij dit advies niet meer kan terugvinden. Belanghebbende betwist dat zij een dergelijk schriftelijk advies heeft ontvangen. Nu het eigen beleid van de Bank in verband met het aangaan van rentederivaten indertijd, naar de Commissie van Beroep begrijpt, meebracht dat een schriftelijk treasury advies diende te worden uitgebracht, kan derhalve niet meer worden vastgesteld of de advisering aan Belanghebbende beantwoordde aan de eigen zorgvuldigheidseisen van de Bank.
- 4.13 De Commissie van Beroep onderschrijft het oordeel van de Geschillencommissie dat de belangrijkste kenmerken en risico's van een renteswap onvoldoende blijken uit de afzonderlijke door Belanghebbende ondertekende TIF, de OFD en de bijlagen daarbij, de bevestigingsbrief van 25 september 2007 en de rentevaststelling van 27 september 2007, maar daaruit slechts kunnen worden afgeleid wanneer die stukken in onderlinge samenhang worden gelezen. Om er zeker van te zijn dat Belanghebbende de belangrijkste kenmerken en risico's van een renteswap goed begreep, was een samenhangend treasury advies in feite dan ook onontbeerlijk. Er kan niet worden vastgesteld of een dergelijk advies is verstrekt; daarvoor volstaat niet de mededeling van de Bank dat [naam treasury specialist van de Bank] in een eerder stadium zou hebben verklaard dat hij zeker weet dat hij destijds een treasury advies heeft opgesteld. Evenmin kan worden vastgesteld dat Belanghebbende op andere wijze voldoende is geïnformeerd over de belangrijkste kenmerken en risico's van een renteswap. Het kan derhalve niet op eenvoudige wijze worden vastgesteld of de Bank in 2007 aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het kan in het kader van de beoordeling van het incidenteel beroep echter in het midden blijven of moet worden aangenomen dat de Bank in de op haar rustende zorgplicht is tekortgeschoten.
- 4.14 In elk geval was, zoals overwogen, het advies tot het aangaan van een renteswap niet een advies dat in de gegeven omstandigheden niet gegeven had mogen worden. Dat brengt mee dat de vorderingen van Belanghebbende niet voor toewijzing in aanmerking komen en dat Belanghebbende niet kan worden beschouwd als (gedeeltelijk) in het gelijk gestelde partij. Om die reden bestond er geen grond om te oordelen dat de klacht (gedeeltelijk) gegrond is en om de Bank te verplichten tot vergoeding van (een gedeelte van) haar kosten

ingevolge art. 46.9 van het Reglement Bemiddelaar en Geschillencommissie inzake geschillenbeslechting rentederivaten (hierna: Reglement rentederivaten). Op dit punt kan de beslissing van de Geschillencommissie dan ook niet in stand blijven.

- 4.15 De overige argumenten van de Bank, zoals het gedane beroep op verjaring, leiden niet tot een andere slotsom en hoeven derhalve niet te worden besproken.

Slotsom

- 4.16 De slotsom is dat de in het principaal beroep aangevoerde bezwaren van Belanghebbende falen en dat de Bank in het incidenteel beroep terecht heeft aangevoerd dat de vorderingen van Belanghebbende dienen te worden afgewezen, met – zoals door de Bank gevorderd – veroordeling van Belanghebbende in de door de Bank gemaakte kosten in eerste aanleg en in beroep overeenkomstig artikel 46.9 van het Reglement rentederivaten en artikel 12.4 van het Reglement van beroep rentederivaten. In het verlengde daarvan zal de Commissie van Beroep bepalen dat Belanghebbende de vergoeding die zij uit hoofde van het bindend advies van de Geschillencommissie heeft ontvangen, aan de Bank dient terug te betalen.

5. Beslissing

De Commissie van Beroep stelt voor de beslissing van de Geschillencommissie de volgende beslissing in de plaats:

- de Commissie van Beroep wijst de vorderingen van Belanghebbende af;
- Belanghebbende dient aan de Bank de volgende bedragen te voldoen:
 - € 6.500,- ter zake van de betalingen die de Bank haar uit hoofde van de beslissing van de Geschillencommissie heeft voldaan;
 - € 4.000,- ter zake van de door de Bank gemaakte kosten in verband met de behandeling van de klacht in eerste aanleg;
 - € 7.838,- ter zake van de door de Bank gemaakte kosten in verband met de behandeling van het beroep.