

Geschillencommissie Inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten

Uitspraak nr. 2017-603

(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, drs. J.C.P.M. van Erp, mr. W. Filott, leden en mr. T.R.G. Leyh secretaris)

Klacht ontvangen op : 2 december 2016
Ingediend door : de Klant
Tegen : Deutsche Bank AG, Amsterdam Branch, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen Deutsche Bank
Datum uitspraak : 12 september 2017
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De Commissie acht de klacht dat Deutsche Bank de Klant op twee momenten een rentecap had dienen te adviseren ongegrond. De Klant was namelijk op zoek naar een vaste rente, die hij door middel van de combinatie van de variabelrentende lening en de renteswap ook heeft gekregen. Een cap biedt die mogelijkheid niet. Dat het achteraf gezien gunstiger was geweest voor een rentecap af te sluiten, maakt niet dat geen sprake was van een passend product.

Dit laat onverlet dat Deutsche Bank naar het oordeel van de Commissie niet aantoonbaar in voldoende mate onderzoek naar de financiële positie van de Klant heeft verricht.

Verder zijn partijen geen gelijk blijvende hoofdsom overeengekomen, is de Klant gecompenseerd voor de opslagverhoging en is niet komen vast te staan dat de Klant een verzoek tot extra aflossing op het krediet heeft gedaan (waar Deutsche Bank overigens geen rekening mee had behoeven te houden, althans, er rustte op haar geen verplichting een dergelijke aflossing kosteloos te accepteren).

Bij de herstructurering van de renteswap is de negatieve waarde ervan fors toegenomen. De Commissie is van oordeel dat Deutsche Bank die toename niet op adequate wijze heeft verklaard. Deutsche Bank heeft deels erkend dat de toename aan de hoge kant was in relatie tot het met de renteswap gemoeide bedrag. Dit leidt de Commissie ertoe te overwegen dat in dit geval de toename in negatieve waarde ten dele als nadeel voor de Klant dient te worden beschouwd.

I. Procesverloop

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

- het door de gemachtigde van de Klant ingediende klachtformulier met bijlagen;
- de brief van Deutsche Bank van 6 februari 2017;
- de brief van Kifid van 17 maart 2017;
- het verweerschrift van Deutsche Bank;
- de aanvulling van de gemachtigde van de Klant, bij e-mail van 17 mei 2017;
- de reactie van Deutsche Bank van 22 mei 2017 inhoudende dat zij ter zitting nader zal reageren op de aanvulling.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 20 juni 2017 te Den Haag en zijn aldaar verschenen.

Overeenkomstig artikel 46 lid 3 van haar Reglement doet de Commissie uitspraak in de vorm van

een bindend advies.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 De Klant is als ondernemer actief als autoservicebedrijf en is franchisenemer van een keten. De Klant is gestructureerd als een Beheer en Management B.V. met twee dochtermaatschappijen.

2.2 ABN AMRO Bank N.V. (een rechtsvoorgangster van Deutsche Bank, zie verder onder 2.10) heeft de Klant in 2007 een kredietregeling aangeboden. Bij de brief met dat onderwerp van 30 juli 2007 is onder meer een kredietovereenkomst gevoegd. Deze vermeldt voor zover hier van belang:

De faciliteit dient ter financiering van de bedrijfsuitoefening van de Kredietnemer. De leningen dienen in het bijzonder ter financiering van aankoop en verbouwing onroerend goed.

Omvang faciliteit	EUR 2.541.000,=
Samenstelling	
Rekening-courant krediet	EUR 955.000,=
10-jarige EURIBOR lening	EUR 1.360.000,= of
10-jarige lening	EUR 1.360.000,=
5-jarige EURIBOR lening	EUR 226.000,= of
5-jarige lening	EUR 226.000,=

De kredietovereenkomst biedt de Klant een keuzemogelijkheid inzake de 10- en 5- jarige leningen. De vastrentende leningen werden tegen percentages van 5,80 en 5,90 per jaar geoffreerd. De Klant heeft in de overeenkomst de keuze gemaakt voor de Euriborleningen. Ten aanzien daarvan geldt dat de 10-jarige Euriborlening in één bedrag dient te worden opgenomen, uiterlijk op 1 september 2007 en in 39 opeenvolgende driemaandelijke termijnen van elk EUR 6.500,=, gevolgd door een slottermijn van EUR 1.106.500,= dient te worden afgelost.

De 5-jarige Euriborlening dient eveneens in één bedrag te worden opgenomen, uiterlijk op 1 september 2007, en wordt in 20 opeenvolgende driemaandelijke termijnen van elk € 11.300 afgelost.

Voor de 10-jarige Euriborlening geldt als rentetarief de driemaands Euribor vermeerderd met een individuele opslag van 0,75% per jaar. Voor de 5-jarige Euriborlening geldt als rentetarief de driemaands Euribor vermeerderd met een opslag van 1,00% per jaar.

Onder 'OTC-derivaten' vermeldt de overeenkomst het volgende:

- ABN AMRO is bereid (...) derivatentransacties aan te gaan met de Cliënt (...)
- De bijgesloten Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zijn van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Cliënt en ABN AMRO. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van deze Algemene Bepalingen te hebben ontvangen. (...)
- Tevens zendt ABN AMRO de cliënt ter informatie de brochure OTC-Derivatentransacties met de Bank. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt deze brochure te hebben ontvangen.

2.3 Partijen zijn op 3 augustus 2007 telefonisch een renteswap overeengekomen. Een faxbericht van 3 augustus 2007 van ABN AMRO aan de Klant vermeldt dienaangaande:

Referentienummer Transactie: [transactienummer 1]
(...)

Bevestiging renteswap

(...)

2. De variabelen van de Transactie luiden als volgt:

Transactiedatum: 3 augustus 2007
 Ingangsdatum: 1 september 2007
 Einddatum: 1 september 2017
 Hoofdsom: EUR 1.106.500
 Hoofdsomverloop: zie Overzicht Verloop Transactie

(...)

Rente : 4,83%

(...)

Referentierente 1 Maand EUR-EURIBOR-Reuters

(...)

3. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

* naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle benodigde informatie, waaronder een beschrijving en uitleg van de Bank te hebben ontvangen;

* dat Cliënt zelfstandig – of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs – deze Transactie heeft geanalyseerd;

* dat Cliënt zich realiseert dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.

* dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;

(...)

Het bijgevoegde Overzicht Verloop Transactie vermeldt een gelijkblijvende hoofdsom.

2.4 In het kader van deze renteswap heeft ABN AMRO de Klant productinformatie doen toekomen, waaronder de brochure 'OTC-derivatentransacties' waarin kenmerken en risico's van rentederivaten zijn opgenomen.

2.5 In september 2008 zijn de Klant en ABN AMRO een aangepaste kredietregeling overeengekomen. Een voorstel daartoe van ABN AMRO van 15 september 2008 heeft als bijlage onder meer een kredietovereenkomst. Deze vermeldt voor zover hier van belang: De faciliteit dient ter financiering van de bedrijfsuitoefening van de Kredietnemer. De leningen dienen in het bijzonder voor de aflossing van de schuld bij de RaboBank, voor de verbouwing van de onroerende zaak en voor inventaris.

Omvang faciliteit	EUR 3.727.000,=
Samenstelling	
Rekening-courant krediet	EUR 1.000.000,= (was EUR 500.000,=)
10-jarige EURIBOR lening	EUR 1.625.000,= (nieuw)
5-jarige EURIBOR lening	EUR 727.000,= (nieuw)
25-jarige EURIBOR lening	EUR 375.000,= (nieuw)

De 10-jarige Euriborlening diende ter aflossing van de eerdere leningen, vervolgens opgenomen te worden in termijnen, 'naarmate de investering vordert', en uiterlijk op 1 september 2009 in zijn geheel. De aflossing dient plaats te vinden in één bedrag op 1 juli 2019.

De 5-jarige Euriborlening diende te worden opgenomen in termijnen, 'naarmate de investering vordert' en uiterlijk op 1 september 2009 in zijn geheel, en wordt in 60 opeenvolgende maandelijkse termijnen van elk € 12.156 afgelost.

De 25-jarige Euriborlening diende eveneens te worden opgenomen in termijnen, 'naarmate de investering vordert', uiterlijk op 1 september 2009 in zijn geheel, en wordt in 300 opeenvolgende maandelijkse termijnen van elk € 1.250 afgelost.

Voor de 10-jarige Euriborlening geldt als rentetarief de eenmaands Euribor vermeerderd met een individuele opslag van 0,75% per jaar.

Voor de 5-jarige Euriborlening geldt als rentetarief de eenmaands Euribor vermeerderd met een opslag van 1,00% per jaar. Voor de 25-jarige Euriborlening geldt als rentetarief de eenmaands Euribor vermeerderd met een opslag van 1,00% per jaar.

Onder 'OTC-derivaten' vermeldt de overeenkomst het volgende:

- ABN AMRO is bereid (...) derivatentransacties aan te gaan met de Cliënt (...)
- De Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 en de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO zijn, voor zover niet anders overeengekomen, van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Cliënt en ABN AMRO. ABN AMRO voert derivatentransacties uit in overeenstemming met het Orderuitvoeringsbeleid Treasurydienstverlening ABN AMRO. De Cliënt bevestigt door ondertekening van deze Kredietovereenkomst hiervoor toestemming te verlenen. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van de brochure Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO te hebben ontvangen en daarmee volledig bekend te zijn. (...)
- In aanvulling op artikel 8 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zal gelden dat ABN AMRO, zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling vereist zal zijn, eveneens één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel kan beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, is verschuldigd, onmiddellijk in zijn geheel tussentijds kan opeisen, indien en zodra de kredietfaciliteit bij ABN AMRO wordt beëindigd.

2.6 De Klant en ABN AMRO zijn op 24 september 2008 telefonisch een renteswap overeengekomen. De swap uit 2007 is daarmee komen te vervallen. Een faxbericht van 24 september 2008 van ABN AMRO aan de Klant vermeldt:

Referentienummer Transactie: [transactienummer 2]

(...)

Bevestiging renteswap transactie

(...)

2. De variabelen van de Transactie luiden als volgt:

Transactiedatum: 24 september 2008
Ingangsdatum: 1 oktober 2008
Einddatum: 1 oktober 2018
Hoofdsom: EUR 1.400.000
Hoofdsomverloop: zie Overzicht verloop transactie

(...)

Rente: 4,97%

(...)

Referentierente 1 Maand EUR-EURIBOR-Reuters

(...)

3. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

* naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle gewenste informatie, waaronder een productbeschrijving en uitleg, van de Bank te hebben ontvangen;

* zelfstandig -of eventueel met behulp van door cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs - deze Transactie te hebben geanalyseerd;

* zich te realiseren dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.

* dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;

(...)

Het bijgevoegde Overzicht Verloop Transactie vertoont een veranderende hoofdsom, van EUR 1.400.000 bij aanvang, oplopend tot EUR 2.713.594 per 1 juli 2009 en daarna afnemend tot EUR 1.861.250 per 1 september 2018.

2.7 ABN AMRO heeft de Klant ook bij het aangaan van de tweede renteswap enige stukken doen toekomen, waaronder de onder 2.4 hiervoor genoemde brochure waarvan de tekst op onderdelen iets anders luidde dan de in 2007 gebruikte versie.

2.8 ABN AMRO heeft de Klant op 24 september 2008 een (onjuist op 24 september 2009 gedateerde) brief toegezonden waarvan de inhoud luidt:

Betreft: Gebruik van Rentederivaten

Naar aanleiding van uw gesprek met onze treasury specialist over de risico's die de waarde van uw onderneming kunnen beïnvloeden, sturen wij deze brief. Wij informeerden u over mogelijkheden om uw onderneming daartegen te beschermen, door gebruik te maken van OTC derivatenproducten. Zoals afgesproken informeren wij u met dit schrijven nader over die Interest Rate SWAP welke uw onderneming de gewenste bescherming kan bieden.

Tevens geven wij alvast aan tegen welk indicatief tarief u uw EURIBOR kunt vastzetten.

De OTC derivatenproducten, die ABN AMRO verkoopt, hebben tot doel de onderneming te beschermen tegen de mogelijke gevolgen uit dat risico (hedging). Het gaat in alle gevallen om maatwerk. Daarom is het belangrijk dat de onderliggende waarde, waarop het derivaat bescherming moet geven, uitdrukkelijk wordt benoemd.

Vaststelling van het risico

U overweegt een financiering aan te gaan, waarbij de rentevergoeding is gebaseerd op een Variabele rente. Deze variabele rente zal zich gedurende de looptijd van de beoogde financiering aanpassen aan de marktomstandigheden. Dit betekent dat de rente ook kan stijgen. U wenst de onderneming te beschermen tegen dat risico.

Mogelijkheden tot bescherming

Bij het samenstellen van de productvorm(en) gaan wij uit van de volgende modaliteiten:

Leningvorm : EURIBOR lening

Hoofdsom : EUR 1.4 mln,= (oplopend naar 2.7 mln,= per 1/7/09)

Aflossingsschema : conform leningverloop

Begin - en Einddatum | oct 2008 oct 18

De Rente Swap

De Rente Swap is een overeenkomst tussen de bank en uw onderneming om, met betrekking tot een vooraf vastgestelde hoofdsom, gedurende een vooraf vastgestelde looptijd, de variabele rente te ruilen tegen een vaste rente.

2.9 De Klant heeft op 24 september 2008 een Vragenlijst Clientenprofiel Treasury voor gezien en akkoord getekend. Daarop heeft de Klant aangekruist enige kennis van de eigenschappen, voor- en nadelen en risico's van derivaten in het algemeen te hebben.

2.10 Op enig moment in 2009 is door een overname van een deel van activiteiten van ABN AMRO de relatie met de Klant (met inbegrip van de leningen en de renteswap) van ABN AMRO naar Deutsche Bank overgegaan.

2.11 De Klant en Deutsche Bank zijn een gewijzigde en op 22 december 2010 gedateerde kredietovereenkomst aangegaan welke vermeldt:

De vorderingen en andere rechten en plichten uit hoofde van de Bestaande Kredietovereenkomst blijven behouden en de bepalingen uit de Bestaande Kredietovereenkomst blijven onverminderd van kracht, ten behoeve van Deutsche Bank.

Alle voorwaarden en bepalingen, die in deze Kredietovereenkomst zijn opgenomen, gelden als een (gewijzigde) voortzetting van en, voor zover dat niet mogelijk is, als een aanvulling op de voorwaarden en bepalingen uit de Bestaande Kredietovereenkomst.

Deutsche Bank is hiertoe bereid op basis van de aan haar verstrekte informatie. De faciliteit dient ter financiering van de bedrijfsuitoefening van de Kredietnemer.

Omvang faciliteit	EUR	2.686.372,=
Samenstelling		
Rekening-courant krediet	EUR	200.000,=
10-jarige EURIBOR lening	EUR	1.625.000,= pro resto

(hoofdsom EUR 1.625.000,=)
5-jarige EURIBOR lening EUR 508.872,= pro resto
(hoofdsom EUR 727.000,=)
25-jarige EURIBOR lening
(hoofdsom EUR 375.000,=) EUR 352.500,= pro resto

De 10-jarige EURIBOR lening (wijziging)

Deze lening blijft ongewijzigd en onder de reeds bestaande voorwaarden gehandhaafd, met dien verstande dat de individuele opslag van de lening zal worden gewijzigd in 1,75% per jaar (was 0,75%).

De 5-jarige EURIBOR lening (wijziging)

Deze lening blijft ongewijzigd en onder de reeds bestaande voorwaarden gehandhaafd, met dien verstande dat de individuele opslag van de lening zal worden gewijzigd in 2,00% per jaar (was 1,00%).

De 25-jarige EURIBOR lening (wijziging)

Deze lening blijft ongewijzigd en onder de reeds bestaande voorwaarden gehandhaafd, met dien verstande dat de individuele opslag van de lening zal worden gewijzigd in 2,00% per jaar (was 1,00%).

(...)

OTC-derivaten

- De bestaande derivatentransacties tussen Kredietnemer, hierna te noemen "Cliënt" en Deutsche Bank blijven ongewijzigd gehandhaafd, voor zover niet anders wordt overeengekomen. (...)

- 2.12 De Klant heeft op 7 december 2012 Deutsche Bank aangeschreven en haar gevraagd de kredietafspraken ten aanzien van onder andere de renteopslag met terugwerkende kracht aan te passen, door deze te verlagen met 1,0%.
- 2.13 Een brief van 4 maart 2013 van Deutsche Bank met als onderwerp 'tijdelijke renteverlaging op de lopende leningen' vermeldt: "Hierbij bevestigen wij de tijdelijke verlaging van de rentetarieven op de lopende leningen met 1%."
- 2.14 Deutsche Bank heeft de Klant op 15 april 2013 geïnformeerd over de in december 2012 aangekondigde 'aangescherpte strategische focus'. Zij schrijft:
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 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 zetten we vooralsnog voort, waarbij we rekening houden met de hiervoor geldende voorwaarden.
Deze aankondiging heeft niet geleid tot een aanpassing van de bancaire relatie.
- 2.15 De accountant van de Klant heeft Deutsche Bank in oktober 2013 om informatie over de dan lopende renteswap gevraagd. In reactie heeft Deutsche Bank de accountant op 22 oktober 2013 onder meer meegedeeld dat de negatieve waarde van de renteswap op dat moment 'zo'n EUR 387.000' bedroeg.
- 2.16 In februari 2016 hebben partijen gesproken over de renteswap. Vervolgens hebben zij er per e-mail over gecorrespondeerd.
- 2.17 Met een brief van 15 augustus 2016 heeft Deutsche Bank de Klant geïnformeerd over de door haar uitgevoerde herbeoordeling van diens situatie en hem een compensatievoorstel gedaan aangezien de omvang van het rentederivaat niet in lijn geweest is met de omvang van het afgenomen krediet. Er was sprake van een overhedge, de renteopslag is tussentijds verhoogd geweest en de gehanteerde rentevoeten voor de kredieten en het rentederivaat verschilden.

- 2.18 Deutsche Bank heeft de gemachtigde van de Klant op 13 september 2016 gewezen op het Uniform Herstellkader Rentederivaten.
- 2.19 De gemachtigde van de Klant heeft zich medio september 2016 schriftelijk tot Deutsche Bank gewend met een klacht waarna partijen wederom hebben gecorrespondeerd.
- 2.20 Op 23 oktober 2016 heeft de gemachtigde van de Klant een klacht aan Deutsche Bank voorgelegd die hij vervolgens bij Kifid aanhangig heeft gemaakt.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering van de Klant

- 3.1 De Klant vordert vergoeding van de door hem geleden schade, begroot op een bedrag van € 782.230, alsmede wettelijke rente vanaf 3 juli 2007 en een vergoeding van de gemaakte expertisekosten ad € 7.119 (exclusief BTW).

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 - De Klant stelt dat hem in 2007 en 2008 een rentecap had moeten worden geadviseerd in plaats van een renteswap.
- De Klant stelt dat hem ook in 2008, ten tijde van de herstructurering van de renteswap, een cap had moeten worden geadviseerd in plaats van een renteswap.
- Daarnaast verkeerde de Klant in de veronderstelling dat hij in 2008 een renteswap met een vaste hoofdsom van 1,4 miljoen heeft afgesloten en niet een met een oplopende hoofdsom.
- De Klant stelt verder dat de berekening voor de compensatie van de opslagverhoging niet juist is geweest.
- Bovendien heeft de bank op de herstructurering van de renteswap in 2008 een marge gerekend die niet bekend was bij de Klant en die niet is toegelicht.
- Het bleek voorts niet mogelijk voor de Klant een extra aflossing te doen in 2011.

Verweer van Deutsche Bank

- 3.3 Deutsche Bank heeft de stellingen van de Klant gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

Inleidende opmerking

- 4.1 Ter financiering van zijn onderneming is de Klant in 2007 een kredietovereenkomst met ABN AMRO Bank aangegaan (hierna aan te duiden als Deutsche Bank als instelling op welke de onderhavige bancaire activiteiten later zijn overgegaan) waaronder meerdere leningdelen vielen waarvoor een variabele rente gold. Deutsche Bank heeft de Klant bij het afsluiten van de overeenkomst en in de periode daarna voorgesteld om het risico op een stijging van de rente, dat hij op de leningen liep, af te dekken door het afsluiten van een renteswap. De Klant heeft daartoe kort na het tot stand komen van de kredietovereenkomst besloten. In dat kader hebben partijen gesprekken gevoerd. In 2008 is de kredietovereenkomst aangepast, en kort daarna eveneens de swapovereenkomst. Inmiddels, zo hebben partijen de Commissie ter zitting meegedeeld, is de renteswap beëindigd.

Deze omstandigheid kan niet leiden tot een andere beoordeling van het geschil nu partijen dienaangaande niets hebben gesteld.

Zorgplicht

- 4.2 De vraag die voorligt, is of Deutsche 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 (vergelijk de uitspraken van de Commissie van onder meer 1 maart 2016: 2016-091, 2016-092, 2016-093; 11 augustus 2016: 2016-361; 20 september 2016: 2016-434; 17 maart 2017: 2017-184; 14 juni 2017: 2017-376 en 2017-377 en 7 juli 2017: 2017-430). In het bijzonder is daarbij van belang dat Deutsche Bank als professionele en ter zake deskundige dienstverlener stond tegenover een relatief kleine ondernemer waarvan in beginsel geen bijzondere kennis over renterisico's en de instrumenten ter afdekking daarvan mocht worden verwacht.

Voorts is van belang dat aan een product als de onderhavige renteswaps risico's zijn verbonden die voor iemand zonder bijzondere kennis van of ervaring met deze producten niet meteen inzichtelijk zijn. Van Deutsche Bank, die een dergelijk product adviseert of aanbiedt, mag dan ook op zijn minst worden verwacht dat zij, mede gelet op de eventuele kennis en ervaring van haar klant, deze klant zodanige informatie verschaft over de eigenschappen van het geadviseerde of 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 renterisico's om te gaan, dat de klant een weloverwogen keuze kan maken. Deutsche 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 een renteswap al dan niet als een complex product in de zin van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgf) 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 Deutsche 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 Deutsche Bank immers in de praktijk gewoonlijk mede een adviserende (in de zin van begeleidende) rol vervullen. Indien Deutsche Bank het aangaan van een rentederivaat heeft aangeraden, zal moeten worden beoordeeld of een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur dat advies had mogen geven.

Cap als alternatief voor renteswap

- 4.3 De Commissie acht de klacht dat Deutsche Bank de Klant in 2007 een cap had dienen te adviseren in plaats van een renteswap ongegrond en de daaraan verbonden vordering van de Klant daarmee niet toewijsbaar. Ter zitting is door de Klant meegedeeld dat hij op zoek was naar een vaste rente, die hij door middel van de combinatie van de variabelrentende lening en de renteswap ook heeft gekregen. Een cap biedt die mogelijkheid niet. In die zin heeft de advisering van de renteswap geleid tot een passende oplossing voor de Klant. De Commissie acht het in dit geval dan ook niet aannemelijk dat de Klant een cap zou hebben afgenomen indien hem daartoe de mogelijkheid was geboden.

Te meer omdat, zoals Deutsche Bank heeft aangedragen, caps slechts in vrij uitzonderlijke gevallen werden afgesloten, niet in de laatste plaats vanwege het kostenaspect.

De Commissie is van oordeel dat inzake de afname van de renteswap in 2008 hetzelfde geldt. Ook hiervan kan niet worden gezegd dat sprake was van een niet-passend advies. Dat het achteraf gezien gunstiger was geweest voor een rentecap af te sluiten, maakt niet dat geen sprake was van een passend product. Bovendien heeft Deutsche Bank aangevoerd dat het verdisconteren van de premie die aan een cap verbonden zou zijn geweest, niet mogelijk was en financiering ervan op dat moment evenmin. De Klant heeft dit weliswaar weersproken, maar dit standpunt niet afdoende onderbouwd.

Dat de kosten van een cap uiteindelijk maar beperkt hoger bleken dan de volgens de Klant door Deutsche Bank in rekening gebrachte marge maakt dit niet anders, daar dit voorbijgaat aan de directe financieringsnoodzaak van een cap, die nu eenmaal niet mogelijk was, nog los van het feit dat een vaste rente was gewenst. Dat verder tussen het aanbieden en afsluiten van de swap een geringe tijd verstreek, als door de Klant aangedragen, maakt dit niet anders. Het betrof daarnaast de tweede maal dat een naar zijn aard gelijk product werd afgenomen en Deutsche Bank mocht enige kennis bij de Klant daarover veronderstellen zoals ook de Vragenlijst Clientenprofiel Treasury vermeldt. Dit laat onverlet dat Deutsche Bank naar het oordeel van de Commissie niet aantoonbaar in voldoende mate onderzoek naar de financiële positie van de Klant heeft verricht, waartoe zij (zie onder 4.2 hiervoor) gehouden was. Weliswaar heeft de Deutsche als verweer aangevoerd dat de cliëntanalyse heeft plaatsgehad, echter de door haar in dit kader overgelegde stukken overtuigen de Commissie niet. Deze omstandigheid doet aan het oordeel dat niet tot afname van een ander product zou zijn gekomen echter niet af.

Hoofdsom

- 4.4 De Klant heeft aangevoerd dat het bij de herstructurering van de renteswap in 2008 zijn bedoeling is geweest de hoofdsom van de renteswap op € 1,4 miljoen te handhaven, en dat enige betalingen nadien ten behoeve van een hogere hoofdsom als schade dienen worden te beschouwd. Ook zou de negatieve waarde van de renteswap lager hebben uitpakkt bij de lagere hoofdsom. De bijlage bij de transactiebevestiging welke de oplopende hoofdsom vermeldt, is bovendien niet door de Klant ondertekend. Voorts had de Klant niet de wens van een variabel hoofdsomschema. Toen hij in 2013 vragen stelde over het hoofdsomverloop kreeg hij daar geen reactie op anders dan dat hij onder bijzonder beheer van Deutsche Bank kwam te staan.

Deutsche Bank heeft hier tegen ingebracht dat bij de transactiebevestiging een oplopend hoofdsomschema gevoegd was, dat het niet vreemd is dat dat deel niet is geparafeerd omdat dat niet gebruikelijk was en dat de Klant bovendien uit de afschriften kon opmaken dat de hoofdsom toenam.

- 4.5 De vraag ligt voor wat partijen overeen zijn gekomen, een gelijk te blijven hoofdsom ad € 1,4 miljoen, zoals de Klant stelt, of een veranderende hoofdsom, oplopend tot ruim € 2,7 miljoen en vervolgens afnemend tot ruim € 1,8 miljoen. De Commissie volgt de Klant niet in zijn betoog ten aanzien van de hoofdsom. De Commissie stelt allereerst vast dat de financieringsbehoefte van de Klant in 2008 in verband met bouwplannen aanzienlijk was toegenomen.

Zij acht het aannemelijk dat het in de bedoeling van partijen lag dat de met de renteswap verkregen dekking mee zou lopen met de hoogte van de financiering, zowel toenemend als later ook afnemend. Het zou niet logisch zijn als bij voor het overige gelijkblijvende uitgangspunten de dekking zou worden verlaagd van bijna 100% naar circa 50%. Tevens blijkt een en ander uit de stukken. Zo vermeldt de onder 2.8 genoemde brief dat de hoofdsom oploopt en de Klant heeft de ontvangst van dit schrijven niet weersproken. Dit laatste geldt tevens ten aanzien van de usance dat niet alle pagina's bij de transactiebevestiging werden geparafeerd.

Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Burgerlijke Rechtsvordering geldt hiernaast het uitgangspunt dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten haar stellingen, bij voldoende betwisting door de wederpartij, moet bewijzen. Daarin is de Klant naar het oordeel van de Commissie niet geslaagd. De Klant heeft in reactie op de gemotiveerde betwisting door Deutsche Bank volstaan met een herhaling van het eerder aangedragene, hetgeen niet voldoende is om met hem aan te nemen dat partijen een gelijk te blijven hoofdsom overeen zijn gekomen.

Gelet op het voorgaande oordeel van de Commissie op dit punt gaat zij voorbij aan de voor dit klachtonderdeel door Deutsche Bank gedane beroepen op artikel 6:89 BW inzake de klachtplicht en artikel 3:310 BW inzake verjaring.

Compensatie opslagverhoging

- 4.6 De Commissie constateert dat Deutsche Bank in haar verweerschrift heeft gesteld dat de opslagverhoging op juiste wijze is berekend. De Klant heeft dit ter zitting niet meer weersproken, reden waarom de Commissie het er voor houdt dat de compensatie correct is becijferd, waarbij zij aantekent dat de gevolgde redenering van Deutsche Bank haar ook voor het overige niet onjuist of anderszins onaannemelijk voorkomt.

Kosten bij herstructurering

- 4.7 De Klant heeft een berekening gemaakt van de kosten welke gespaard gingen met de herstructurering van de renteswap in 2008. Daaruit blijkt een verschil van (afgerond) € 50.000 dat hij verklaart uit het verschil tussen de negatieve waarde van de eerste renteswap op 24 september 2008 ad € 26.365 en de negatieve waarde van de tweede renteswap op diezelfde datum ad € 76.146. Deze toename is nooit door Deutsche Bank toegelicht, aldus de Klant, en hij acht deze kosten onredelijk hoog. In haar verweerschrift heeft Deutsche Bank aangedragen dat zij een marge mag hanteren bij het aangaan van transacties, en dat als zij heeft gezegd dat aan de renteswap geen verdere kosten verbonden zijn anders dan de verschuldigde rente, dat juist is. Meer dan die rente – waarin een winstmarge voor de bank zit – betaalt de Klant niet, aldus Deutsche Bank. Ter zitting heeft zij hieraan toegevoegd dat excessen door ingrijpen van hogerhand doorgaans werden voorkomen.
- 4.8 De Commissie merkt op dat zij geen uitspraak doet over de winstmarge die Deutsche Bank in haar verweerschrift heeft vermeld. Het staat niet ter discussie dat een financieel dienstverlener vrij is bij de verlening van haar diensten haar cliënten kosten in rekening te brengen als onderdeel van bijvoorbeeld in rekening te brengen vergoedingen voor het uitlenen van gelden.

Het laatste onder 4.7 opgenomen argument van Deutsche Bank ziet daar echter niet op en overtuigt de Commissie geenszins. Daarenboven geldt dat in dit geval geen winstmarge als onderdeel van de rentevergoeding ten laste van de Klant is gekomen, maar een fors toegenomen negatieve waarde van de renteswap. Met de Klant is de Commissie van oordeel dat Deutsche Bank deze toename niet op adequate wijze heeft verklaard. Voorts heeft Deutsche Bank ter zitting deels erkend dat de toename in negatieve waarde aan de hoge kant was in relatie tot het met de renteswap gemoeide bedrag.

- 4.9 Dit leidt de Commissie ertoe te overwegen dat in dit geval de toename in negatieve waarde ten dele als nadeel voor de Klant dient te worden beschouwd. Deze schade komt ook voor vergoeding aan de Klant in aanmerking. Rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (waaronder de reeds bestaande rechtsverhouding tussen partijen die mede wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, welk beginsel tevens is verankerd in de Algemene Voorwaarden van de Deutsche Bank die op haar beurt bepalen dat zij naar beste vermogen met de belangen van haar cliënt rekening houdt, en de praktische onmogelijkheid over te stappen naar een andere aanbieder waardoor de Klant zich bijgevolg in een dwangpositie bevond) alsmede naar de marktcondities van dat moment, stelt de Commissie dat bedrag vast op € 35.000.

Extra aflossing

- 4.10 Volgens de Klant heeft Deutsche Bank hem in 2011 meegedeeld dat het doen van een extra aflossing op de lening ten bedrage van € 100.000 niet mogelijk was. Hij stelt er niet van op de hoogte te zijn geweest dat de renteswap hem op deze manier zou beperken in het doen van tussentijdse aflossingen en daardoor nadeel te hebben ondervonden. Deutsche Bank heeft erop gewezen dat de Klant zijn stelling niet heeft onderbouwd en zij in haar administratie geen verwijzingen heeft aangetroffen naar een aflossing in 2011 of wens of verzoek daartoe. Zij betwist dat dit destijds aan de orde was. De Commissie overweegt dat in het midden kan blijven wat de reden zou zijn geweest van het niet kunnen aflossen nu in onvoldoende mate is komen vast te staan dat er daartoe in 2011 daadwerkelijk een verzoek is gedaan. Bovendien, indien een dergelijk verzoek zou zijn gedaan, had het een vrijwillige aflossing buiten het verplichte aflossingsschema om betroffen, waar Deutsche Bank geen rekening mee had behoeven te houden, althans, er rustte op haar geen verplichting een dergelijke aflossing kosteloos te accepteren.

Eigen schuld

- 4.11 Gelet op de aard van de verhouding tussen partijen en de relatieve zwaarte van de vastgestelde tekortkomingen van Deutsche Bank ziet de Commissie geen aanleiding om over te gaan tot een andere schadeverdeling op grond van eigen schuld aan de zijde van de Klant.
- 4.12 Nu de Klant deels in het gelijk is gesteld ziet de Commissie aanleiding hem naast het voornoemde schadebedrag tevens de kosten voor het bij Kifid aanhangig maken van de klacht ad € 500 toe te kennen. Daarnaast wijst zij op de voet van artikel 46.9 van het reglement een bedrag van € 5.160 toe.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Deutsche Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan de Klant vergoedt een bedrag van € 35.000 met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 2 december 2016 tot aan de dag van algehele voldoening alsmede de onder 4.12 genoemde bedragen van in totaal € 5.660.

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.