

Uitspraak Commissie van Beroep 2016-002 d.d. 27 januari 2016

(mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. S.B. van Baalen[en drs. P.H.M. Kuijs AAG, leden, en mr. G.A. van de Watering, secretaris)

Samenvatting

Schending zorgplicht renteswap product Zero Cost Knock in Collar.

Een renteswap product als het onderhavige (Zero Cost Knock in Collar) in combinatie met een (langlopende) geldlening met een variabele rente is een complex samenstel van producten waaraan specifieke kenmerken en risico's verbonden zijn. Op de Bank als bij uitstek professionele en deskundige partij rust ten opzichte van een klant als Belanghebbende, die ter zake niet als professioneel of deskundig kan worden aangemerkt, de plicht hem voorafgaand aan het sluiten van dit instrument volledig en op niet mis te verstane wijze te informeren over de hiervoor genoemde kenmerken en risico's. Aan deze verplichting heeft de Bank niet voldaan doordat zij onvoldoende gewezen heeft op het feit dat de (door de Bank vast te stellen en nadien verhoogde) rente opslag niet onder de werking van dit renteswap product viel. Bovendien heeft de Bank de klant niet gewezen op de mogelijkheid dat de deze renteswap tussentijds een negatieve waarde kan ontwikkelen, noch op de gevolgen daarvan voor de klant. De Bank is verplicht de schade te vergoeden, waarbij de betalingen door de klant die het gevolg zijn van deze renteswap ongedaan gemaakt moeten worden.

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

I. De procedure in hoger beroep

- 1.1 Bij een op 15 december 2014 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) ontvangen beroepschrift heeft Belanghebbende de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 5 november 2014 (dossiernr. [nummer]) ter toetsing voorgelegd. Bij schrijven van 31 december 2014 heeft Belanghebbende vervolgens zijn gronden voor beroep uiteengezet.
- 1.2 De Bank heeft een op 19 maart 2015 door de Commissie van Beroep ontvangen verweerschrift ingediend.
- 1.3 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 30 maart 2014. Beide partijen waren aanwezig en hebben aan de hand van schriftelijke aantekeningen de zaak bepleit.
- 1.4 Als lid van de Commissie van Beroep heeft mr. F.P. Peijster deelgenomen aan de mondelinge behandeling van en de beraadslaging over het beroep. De heer Peijster is op 7 september 2015 overleden. In verband daarmee heeft de Voorzitter op de voet van artikel 7.3 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid) bepaald dat deze uitspraak wordt vastgesteld door de vier overige leden.

- 1.5 Nadat de Commissie van Beroep op 27 november 2015 uitspraak heeft gedaan, heeft Belanghebbende bij e-mailbericht van 1 december 2015 verzocht om aanvulling van de uitspraak met een kostenveroordeling. De Bank heeft zich bij brief van 23 december 2015 gerefereerd aan het oordeel van de Commissie van Beroep ten aanzien van de kostenveroordeling.

2. De procedure in eerste aanleg

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 verwijst voor de feiten naar hetgeen de Geschillencommissie in rov. 2.1. t/m 2.9. van haar uitspraak heeft overwogen. Kort gezegd gaat het om het volgende.
- 3.2 Op 5 oktober 2007 heeft de Bank aan Belanghebbende en zijn echtgenote een offerte gedaan voor een lening ([naam lening]) van € 1.000.000,- ten behoeve van de aankoop van een bedrijfspand. De Algemene Bepalingen van Kredietverlening van de Bank maakten deel uit van de te sluiten overeenkomst.
- 3.3 De lening is – door aanvaarding van de offerte – aangegaan door Belanghebbende en zijn echtgenote en heeft een looptijd van 300 maanden (25 jaar) vanaf 5 oktober 2007. Een bedrag van € 300.000,- diende op 1 april 2010 te worden afgelost.
- 3.4 Met betrekking tot de rente luidt de offerte:

“Debetrente: 0,70% per jaar boven het 1-maands Euribortarief geldend op de eerste dag van de rentevastperiode (thans 4,34%). Per maand achteraf te voldoen voor het eerst op 1 november 2007.

Voor de berekening van de rente wordt de maand gesteld op het juiste aantal dagen en het jaar op 360 dagen.

Effectieve rente: De effectieve rente op jaarbasis bedraagt bij het huidige 1-maands Euribortarief 5,20%. De effectieve rente op jaarbasis is een prijsaanduiding voor het krediet, waarin alle vooraf te bepalen kosten zoals debetrente en afsluitkosten tot uitdrukking komen.

Tariefafpraak: De opslag op het Euribortarief (hierna te noemen ‘de rente-opslag’) wordt éénmaal per jaar door de kredietgever herzien. Indien de opslag wijzigt, wordt u daarover (ongeveer 2 weken van tevoren) ingelicht. Indien de Kredietnemer niet uiterlijk op de laatste dag van de rentevastperiode op het voorstel heeft gereageerd, wordt de

Kredietnemer geacht akkoord te zijn gegaan met de aangeboden nieuwe opslag. Het Euribor-tarief wordt gepubliceerd in de landelijke dagbladen.”

- 3.5 Na onderhandelingen is de rente-opslag vastgesteld op 0,60%.
- 3.6 Tot zekerheid voor de terugbetaling van de lening werd een recht van hypotheek gevestigd op twee bedrijfspanden in [plaatsnaam], die gebruikt werden (en worden) door de zoon van Belanghebbende die aldaar het garagebedrijf uitoefent dat hij in 2001 had overgenomen van zijn vader.
- 3.7 In het najaar van 2008 is Belanghebbende benaderd door de Bank omtrent de mogelijkheden om het renterisico af te dekken. Zijn contactpersoon was in eerste instantie de heer [naam], destijds filiaalchef van de Bank op [plaatsnaam]. Op 20 augustus 2008 heeft Belanghebbende een presentatie ontvangen van de *wholesale* afdeling van de Bank waarin verschillende rente-instrumenten nader worden toegelicht. Pagina 6 van deze presentatie zag er als volgt uit (bijgevoegd als productie 2 bij het beroepschrift van Belanghebbende):



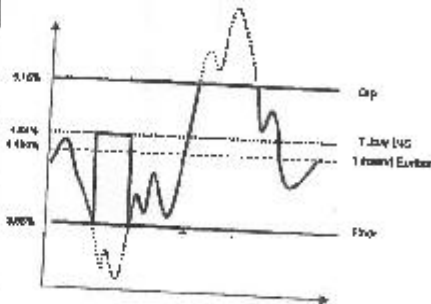
Maatwerkoplossingen

Zero Cost Knock-in Collar

De koper van een collar stelt een onder- en bovengrens aan zijn variabele rentekost met betrekking tot de inning. De collar is een combinatie van een gekochte cap en een verkochte floor.

Voordelen:

- ✓ Flexibiliteit => u bepaakt, welke maximale rentelast u wilt betalen
- ✓ => Bij een rentecollar is het te investeren premiebedrag lager, dan de aankoop van alleen een cap
- ✓ => Een Zero Cost Knock in Collar kent geen premiebetaling
- ✓ Transparantie via www.ingator.com over de actuele waarde
- ✓ Nadelen: Profiteert van een rentodaling wordt enigszins beperkt



- 3.8 Belanghebbende heeft van de Bank een op 29 augustus 2008 gedateerd informatiepakket ontvangen. Dit pakket bevatte onder meer de volgende documenten: verzoek tot status professionele cliënt, vragenlijst Mifid-passendheid, informatie over het orderuitvoeringsbeleid van de Bank, informatie over het beleid ter voorkoming van belangenverstremming van de Bank en een toestemmingsformulier voor het uitvoeren van orders buiten een gereglementeerde markt. Als bijlagen bij een brief van de Bank van – eveneens – 29 augustus 2008 ontving Belanghebbende voorts de volgende documenten: de raamovereenkomst niet-beursgenoteerde derivaten, het orderuitvoeringsbeleid van de Bank, informatie over het beleid ter voorkoming van belangenverstremming en de kredietovereenkomst ten behoeve van de allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties. Voormelde raamovereenkomst en kredietovereenkomst zijn door Belanghebbende (en zijn echtgenote) en de Bank op 1 september 2008 getekend. Op 4 september 2008 is telefonisch een zogeheten Zero Cost Knock-in Collar (hierna “Rente Collar”) afgesloten tussen Belanghebbende en zijn echtgenote enerzijds en de Bank anderzijds, met als ingangsdatum 1 oktober 2008 en een looptijd van 7 jaar (derhalve eindigend op 1 oktober 2015). De Rente Collar had betrekking op een hoofdsom van € 1.000.000,- en kende in eerste instantie een allowancefaciliteit van € 100.000,- die tot zekerheid diende voor de Bank in geval van een negatieve marktwaarde van de Rente Collar.
- 3.9 De Rente Collar houdt een combinatie in van een door Belanghebbende gekochte “cap” (bovengrens) en een door hem verkochte “floor” (ondergrens). Indien de variabele rente boven 5,15% uitkomt, wordt de te betalen rente door de werking van de cap gemaximeerd op 5,15%. Indien de variabele rente daalt tot 3,85% (floor) of daar beneden komt, is de te betalen rente 3,85%, te vermeerderen met een penalty van 0,79%. Voor het afsluiten van de Rente Collar was geen premie verschuldigd.
- 3.10 Na het afsluiten van de Rente Collar is het 1-maands Euribor tarief op enig moment niet verder gestegen maar gaan dalen.
- 3.11 Eind 2009 heeft de Bank rente-opslag verhoogd van 0,6% naar 1,52%. In 2010 is de opslag verlaagd naar 1,40%.
- 3.12 Belanghebbende heeft bij de Geschillencommissie gevorderd dat de Rente Collar met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt. Belanghebbende heeft daartoe – samengevat – gesteld dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden, gelet op het volgende:
- (a) de 1-maands Euribor rente is na het afsluiten van de Rente Collar niet gaan stijgen maar gaan dalen en de Bank wist dat, althans had dat moeten weten, en de Rente Collar is aldus onnodig afgesloten;
 - (b) Belanghebbende is door de Bank onvoldoende duidelijk geïnformeerd dat de opslag, die jaarlijks kan worden aangepast, niet door de Rente Collar wordt afgedekt, maar dat enkel het Euriborrenterisico werd afgedekt;
 - (c) het verhogen van de rente-opslag is niet gerechtvaardigd omdat de positie van Belanghebbende daar geen aanleiding toe geeft en omdat de Bank zo haar gestegen “funding kosten” door middel van een verhoging van de opslag aan de klant doorberekent.

- 3.13 De Bank heeft primair als verweer aangevoerd dat dat Belanghebbende in zijn klacht niet-ontvankelijk is omdat hij niet aangemerkt kan worden als Consument als bedoeld in het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Subsidiair heeft de Bank – kort gezegd – de klacht in al haar onderdelen gemotiveerd bestreden.
- 3.14 De Geschillencommissie heeft geoordeeld – samengevat – dat Belanghebbende ontvankelijk is omdat niet gebleken is dat Belanghebbende in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelde ten tijde van het sluiten van de Rente Collar. De Geschillencommissie heeft vervolgens geoordeeld – kort gezegd – dat de stelling van Belanghebbende onder (a) niet onderbouwd is zodat dit onderdeel van de klacht wordt verworpen. Ten aanzien van de overige onderdelen van de klacht oordeelde de Geschillencommissie als volgt.
- “4.8. Uit de stukken die door partijen zijn overgelegd, is voldoende duidelijk dat de Rente Collar enkel ziet op de 1 maand Euriborrente en niet op de kredietopslag boven op de Euriborrente. Zo blijkt uit de presentatie van medio augustus 2008 zoals die door Aangeslotene aan Consument is gegeven dat de opslag buiten het bereik van de Rente Collar blijft. Daarbij komt dat Consument onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat, ook indien vast zou komen te staan dat Aangeslotene Consument onvoldoende zou hebben geïnformeerd dat de opslag buiten het bereik van de Rente Collar bleef, hij daarvan zou hebben afgezien nu het risico van stijging van de Euribor rente de reden was om de Rente Collar aan te gaan. Op basis van de destijds geldende verwachtingen was met het aangaan van de Rente Collar dat renterisico voor Consument ingeperkt.
- 4.9. Met betrekking tot verhoging van de opslag geldt het volgende:
In de offerte is bepaald dat de debetrente 0,70% boven het 1-maands Euribor Tarief ligt en dat Aangeslotene bevoegd is de opslag op het Euribortarief éénmaal per jaar te herzien, hetgeen blijkt uit de bepaling “De opslag op het EURIBOR-tarief wordt éénmaal per jaar door de kredietgever herzien. Indien de opslag wijzigt, wordt u daarover (ongeveer 2 weken van tevoren) ingelicht.”.
- 4.10. Uit de offerte blijkt, nu er een uitdrukkelijke splitsing is aangebracht tussen een Euriborrente en een opslag, voldoende duidelijk dat het door Consument te betalen rentepercentage bestaat uit een variabel Euribor tarief en een opslag.
- 4.11. Voorts stelt de Commissie vast dat de Voorwaarden deel uitmaken van de krediet-overeenkomst. In artikel 15 van de Voorwaarden (onder het kopje “Wijziging tarieven”) is onder meer bepaald dat Aangeslotene zich het recht voorbehoudt “de tarieven te verhogen met een bij de Bank gebruikelijke toeslag, indien bijzondere omstandigheden, zoals de verslechtering van de kwaliteit van de Kredietnemer, daartoe aanleiding geven”. Uit de offerte en artikel 15 van de Voorwaarden blijkt in voldoende mate dat Aangeslotene bevoegd is de opslag te wijzigen. Deze bewoordingen zijn duidelijk en niet voor meer dan één uitleg vatbaar. De Commissie is van oordeel dat Consument de inhoud en strekking hiervan had kunnen begrijpen.
- 4.12. Het voorgaande brengt mee dat het op de geldlening van toepassing zijnde rentetarief bestaat uit het 1-maands Euribor tarief en een door Aangeslotene vast te stellen opslag en dat Aangeslotene een wijzigingsbevoegdheid toekomt. Een wijziging kan een verhoging of verlaging van de opslag inhouden. De voor Consument bestaande onzekerheid over de ontwikkeling van het rentetarief is inherent aan het gekozen renteregime.
- ”

- 4.13. Hier tegenover staat de vrijheid van Consument om de geldlening te allen tijde boetevrij af te lossen of te beëindigen. Aangeslotene mag de in 4.12. bedoelde wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van de opslag echter niet gebruiken op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek). De vraag of Aangeslotene binnen deze grenzen is gebleven hangt af van alle omstandigheden van het geval. De Commissie merkt hierbij op dat zij bij de toetsing aan artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek de nodige terughoudendheid in acht dient te nemen.
- 4.14. Zowel tijdens de schriftelijke fase als ter zitting heeft Aangeslotene toegelicht waarom zij tot verhoging van de opslag is overgegaan. Aangeslotene stelt - kort gezegd - door gewijzigde omstandigheden te zijn genoodzaakt de opslag te verhogen. Aangeslotene heeft uiteengezet dat zulks te maken heeft met marktomstandigheden, "funding kosten" (marktrente en liquiditeitskosten) en kapitaalskosten die er toe hebben geleid dat de opslag is verhoogd. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene aannemelijk heeft gemaakt dat zij zich redelijkerwijs genoodzaakt kon zien de opslag te verhogen. Het is niet aannemelijk geworden dat aan de verhogingen andere redenen ten grondslag lagen dan veranderingen op de geld- en kapitaalmarkt en wijzigingen in wet- en regelgeving.
- 4.15. De Commissie acht het verhogen van de opslag in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarom niet onaanvaardbaar.
- 4.16. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene jegens Consument niet onrechtmatig heeft gehandeld door de opslag op het Euribor tarief te wijzigen."

3.15 De Geschillencommissie heeft de vordering daarop afgewezen.

4. Beoordeling van het beroep

Ontvankelijkheid

- 4.1.1 De Bank heeft in beroep haar door de Geschillencommissie verworpen niet-ontvankelijkheidsverweer niet prijsgegeven. De Bank stelt zich op het standpunt dat Belanghebbende niet-ontvankelijk is omdat hij – kort gezegd – niet aangemerkt kan worden als 'Consument' als bedoeld in het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: het Reglement). Volgens haar heeft Belanghebbende de lening en de Rente Collar beroepsmatig, dan wel bedrijfsmatig afgesloten. Belanghebbende heeft dit bestreden.
- 4.1.2 De Commissie van Beroep oordeelt als volgt. De geldlening alsook de overeenkomsten inzake de Rente Collar zijn ondertekend door Belanghebbende en zijn echtgenote. De desbetreffende geschriften bieden geen steun voor de stelling dat zij daarbij handelden in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De lening is gesloten ter financiering van het bedrijfspand waarin de zoon van Belanghebbende het garagebedrijf exploiteerde. De hiervoor in 3.6 bedoelde hypotheek rusten op een tweetal bedrijfspanden. Het een noch het ander kan echter, anders dan de Bank meent, leiden tot aanvaarding van de door haar verdedigde stelling. Ook indien in aanmerking wordt genomen dat Belanghebbende, zoals de Bank ter zitting nog heeft aangevoerd, eigenaar is van nog een aantal andere onroerende zaken, kan

dat al dan niet tezamen met beide eerdergenoemde feiten niet het oordeel dragen dat hier door Belanghebbende gehandeld is in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Inhoudelijk

- 4.2 Belanghebbende stelt zich in beroep naar de kern genomen op het standpunt dat hij niet juist is geadviseerd ten aanzien van de combinatie van de langlopende geldlening en de Rente Collar. Meer specifiek stelt hij dat:
- het product voor hem ongeschikt is;
 - hij in de veronderstelling verkeerde dat de gehele variabele rente, dat wil zeggen: inclusief de rente-opslag, onder de beschermende werking viel van de Rente Collar;
 - de mogelijkheid van de Bank de rente-opslag eenzijdig te verhogen strijdig is met de zorgplicht van de Bank;
 - de penalty van 0,79% bij het bereiken van de floor maakt dat hij nauwelijks kon profiteren van rentedalingen.

De door de Bank verstrekte informatie is volgens Belanghebbende voor hem niet goed te begrijpen en misleidend. De Bank heeft haar waarschuwings- en informatieplicht ten aanzien van een en ander geschonden en had hem de Rente Collar in combinatie met de geldlening niet mogen adviseren. Zou Belanghebbende juist zijn geadviseerd, althans zijn gewaarschuwd voor de risico's, dan zou hij de Rente Collar niet hebben afgesloten. Belanghebbende vordert op grond van voormelde stellingen – samengevat – dat de Commissie van Beroep:

primair: bepaalt dat de Bank ernstig in haar zorgplicht is tekortgeschoten, dat de Bank mitsdien onrechtmatig heeft gehandeld en dat Belanghebbende gerechtigd is tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de Rente Collar, welke schade - kort gezegd - neerkomt op de betalingen die het gevolg zijn van de Rente Collar en de verhoging van de rente-opslag, te vermeerderen met de wettelijke rente;

subsidiar: bepaalt dat de standaardbedingen uit de Rente Collar en dan met name de 'Knock in penalty' onredelijk bezwarend zijn en mitsdien worden vernietigd met veroordeling van de Bank tot terugbetaling van de aldus onverschuldigd door Belanghebbende betaalde en nog te betalen bedragen;

meer subsidiar: bepaalt dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden bij het gebruik maken van het eenzijdige prijswijzigingsbeding, dat die schending onrechtmatig is, en de Bank veroordeelt tot vergoeding van de door Belanghebbende geleden en te lijden schade, te vermeerderen met de wettelijke rente;

een en ander met veroordeling van de Bank tot vergoeding van de door Belanghebbende betaalde bijdragen en gemaakte kosten van rechtsbijstand in eerste aanleg en in hoger beroep.

- 4.3 De Bank bestrijdt – kort gezegd – dat het product ongeschikt zou zijn voor Belanghebbende, alsmede dat zij Belanghebbende onjuist of onvolledig zou hebben geïnformeerd. Zij stelt zich bovendien op het standpunt dat het haar vrij stond de rente-opslag eenzijdig te verhogen en dat zij daartoe ook gedwongen was, gelet op de markt-omstandigheden. De vorderingen moeten daarom worden afgewezen. De Bank betwist – subsidiar – dat Belanghebbende de Rente Collar niet zou hebben afgesloten als hij wel volledig en juist zou zijn geadviseerd, althans zou zijn geïnformeerd/gewaarschuwd. Meer subsidiar stelt de Bank zich op het standpunt dat Belanghebbende, als hij niet gekozen had

voor de Rente Collar, hoe dan ook het renterisico anders had afgedekt. Tot slot beroept de Bank zich – uiterst subsidiair – op eigen schuld aan de zijde van Belanghebbende als bedoeld in artikel 6:101 BW.

- 4.4 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Een Rente Collar als de onderhavige vormt in combinatie met een (langlopende) geldlening met een variabele rente een complex samenstel van producten waaraan specifieke kenmerken en risico's verbonden zijn. De Rente Collar zelf is een samengesteld "over the counter" – dat wil zeggen: niet op de beurs verhandelbaar – product, bestaande uit een 'cap' met een 'knock in' enerzijds en een 'floor' met een 'penalty' anderzijds. Deze kenmerken brengen mee dat indien de referentierente van de Rente Collar (de 1-maands Euribor) daalt, de klant slechts profiteert van de dalende rente zolang de floor niet is bereikt. Is de floor bereikt of daalt de rente daaronder, dan wordt de afnemer geconfronteerd met een penalty van 0,79% bovenop de rente van 3,85%. Voorts biedt de cap geen bescherming tegen rentestijgingen die het gevolg zijn van eenzijdige wijzigingen door de Bank van de rente-opslag van de geldlening, nu de cap, zoals de Bank terecht heeft aangevoerd, uitsluitend betrekking heeft op de referentierente. Deze kenmerken kunnen ertoe leiden dat, zoals zich hier heeft voorgedaan, in geval van een (sterke) rentedaling van de 1-maands Euribor enerzijds en een gelijktijdige verhoging van de rente-opslag door de Bank anderzijds, de klant maar beperkt de voordelen geniet van een daling van de referentierente en daarnaast geconfronteerd wordt met rentestijging(en) die niet gedekt worden door de cap van de Rente Collar. In dat geval zal de Rente Collar bovendien vanwege de daling van de marktrente een negatieve (markt)waarde krijgen die voor rekening van de klant komt in geval van tussentijdse beëindiging van de Rente Collar. Immers, de Rente Collar staat in beginsel los van de onderliggende lening. De lening en de Rente Collar kunnen onafhankelijk van elkaar bestaan en beëindiging van de lening heeft niet (automatisch) tot gevolg dat daarmee de Rente Collar ook beëindigd wordt en vice versa. Een negatieve waarde van de Rente Collar – die voor rekening en risico komt van de klant – belemmert feitelijk de mogelijkheid tot het beëindigen van de onderliggende geldlening door een klant die bezwaar heeft tegen de eenzijdige verhoging door de Bank van de rente-opslag. Weliswaar staat het een klant vrij ingeval van een eenzijdige verhoging van deze opslag door de Bank de lening boetevrij af te lossen, echter tussentijdse beëindiging van de aan de lening gekoppelde Rente Collar is alleen mogelijk bij vergoeding aan de Bank van de negatieve marktwaarde.
- 4.5 Het voorgaande brengt mee dat op de Bank als bij uitstek professionele en deskundige partij ten opzichte van een klant als Belanghebbende, die ter zake niet als professioneel of deskundig kan worden aangemerkt, in het algemeen de plicht rust hem voorafgaand aan het sluiten van een dergelijke Rente Collar volledig en op niet mis te verstane wijze te informeren over de hiervoor genoemde kenmerken en risico's. Belanghebbende stelt in dit verband terecht dat hij had mogen verwachten dat de Bank – waar hij een vaste contactpersoon had – zijn belangen actiever zou behartigen, door hem te adviseren in hoeverre het samenstel van de geldlening en de Rente Collar – waarbij de Bank als zijn wederpartij zou optreden – voor zijn specifieke situatie geschikt was (vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 en HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725).

- 4.6 Aan haar vorenstaande verplichtingen heeft de Bank niet voldaan. Voor een niet als deskundig of professioneel aan te merken klant als Belanghebbende valt uit het door de Bank verstrekte informatiemateriaal en de schriftelijke bevestiging van het sluiten van de Rente Collar onvoldoende duidelijk op te maken dat de rente-opslag niet onder de werking van de Rente Collar valt en wat daarvan de gevolgen kunnen zijn. In het informatiemateriaal wordt weliswaar gesproken over de fixatie van de variabele rentelasten, doch dit is in zoverre niet juist dat ook de rente-opslag gewijzigd kan worden en derhalve als variabel kan worden beschouwd. In het informatiemateriaal wordt ook niet gewaarschuwd voor de situatie (en de gevolgen daarvan voor de klant) dat de Bank de rente-opslag eenzijdig verhoogt, terwijl de Rente Collar een negatieve marktwaarde heeft. Die negatieve marktwaarde belemmert Belanghebbende immers, zoals hiervoor onder 4.4. overwogen, om gebruik te maken van zijn bevoegdheid de geldlening voortijdig en boetevrij te beëindigen ingeval de Bank de rente-opslag verhoogt. Voor het overige zijn de kenmerken van het product voor de niet-professionele en niet-deskundige klant zoals Belanghebbende – zonder adequate nadere toelichting door de Bank, waarvan niet is gebleken – in het verstrekte informatiemateriaal onvoldoende duidelijk omschreven. Zo suggereert de benaming van het product ('Zero Cost Knock in Collar'), ten onrechte dat er geen kosten verbonden zijn aan het product. Immers, de klant betaalt in de vorm van een penalty wel degelijk kosten zolang de variabele rente zich op of onder de floor van de Rente Collar bevindt.
- 4.7 Gelet op het voorgaande moet worden geoordeeld dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door Belanghebbende niet adequaat te adviseren, althans niet adequaat te informeren en te waarschuwen omtrent de specifieke kenmerken en de risico's van (de combinatie van) de geldlening en de Rente Collar. Aan te nemen valt dat als de bank Belanghebbende wel juist geadviseerd zou hebben, althans afdoende geïnformeerd en gewaarschuwd zou hebben in voormelde zin, Belanghebbende dit advies, althans deze informatie en waarschuwingen, ter harte had genomen, gelet op de reële mogelijkheid dat de door hem te betalen totale rente gedurende de looptijd het door hem aanvaardbaar geachte maximum zou overschrijden, alsmede gelet op het risico dat een negatieve marktwaarde van de Rente Collar een belemmering zou vormen de geldlening te beëindigen in het geval van een eenzijdige verhoging van de rente-opslag door de Bank. Daarbij neemt de Commissie van Beroep in aanmerking dat aan de stelplicht van Belanghebbende ten aanzien van het causaal verband niet te hoge eisen mogen worden gesteld als de schending van de zorgplicht van de Bank als zodanig vaststaat (vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914). De stelling van de Bank dat Belanghebbende hoe dan ook had gekozen voor het afdekken van het renterisico verbonden aan de variabele rente op de lening (door middel van een ander rente instrument), is naar het oordeel van de Commissie van Beroep tegen voormelde achtergrond niet aannemelijk geworden.

- 4.8 Wat betreft de omvang van de schade geldt dat het daarbij gaat om de schade die rechtstreeks is veroorzaakt door de Rente Collar, in vergelijking met de lening en de daarbij behorende rentetarieven zoals Belanghebbende deze reeds had afgesloten zonder Rente Collar. De door Belanghebbende geleden schade bestaat in het verschil tussen het totaal aan rente - en penalty dat hij tussen 1 oktober 2008 en 1 oktober 2015 heeft betaald en de rente die hij verschuldigd zou zijn geweest als hij de Rente Collar niet zou hebben afgesloten. De rente-opslag blijft bij het bepalen van de schade buiten beschouwing omdat deze – zou de Rente Collar worden weggedacht – immers ook aan Belanghebbende zou zijn doorberekend aangezien de Bank daartoe bevoegd was op basis van hetgeen tussen partijen is overeengekomen.
- 4.9 Waar Belanghebbende nog stelt dat de verhoging van de rente-opslag, althans de bevoegdheid van de Bank daartoe, in strijd is met de op de Bank rustende zorgplicht, althans het beding onredelijk bezwarend is, wordt die stelling verworpen. Partijen zijn overeengekomen dat de Bank de vrijheid heeft de hoogte van het rentetarief te bepalen. De Geschillencommissie heeft in dat verband terecht overwogen dat uit de offerte en artikel 15 van de Voorwaarden in voldoende mate blijkt dat de Bank bevoegd is de opslag te wijzigen. Deze bewoordingen zijn duidelijk en niet voor meer dan één uitleg vatbaar. De vrijheid van de bank brengt mee dat de Bank ook omstandigheden mocht betrekken bij het bepalen van de rente zoals ontwikkelingen in de fundingkosten en gestegen kapitaalkosten als gevolg van gewijzigde omstandigheden. Daartoe is de Bank bevoegd, zij het dat deze bevoegdheid een grens vindt in artikel 6:248 lid 2 BW omdat de bank haar vrijheid niet mag gebruiken op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. Commissie van Beroep 2014-007 d.d. 31 januari 2014). Met deze maatstaven verdraagt zich niet dat de ontwikkeling van de rente onredelijk afwijkt van de gebruikelijk in de markt gehanteerde rente voor een vergelijkbaar krediet. Dat daarvan sprake is geweest heeft Belanghebbende echter onvoldoende onderbouwd. Voorts geldt dat Belanghebbende weliswaar niet volledig vrij was om de lening te beëindigen vanwege de eenzijdige verhoging van de rente-opslag door de Bank als gevolg van de negatieve waarde van de Rente Collar, echter gesteld noch gebleken is dat Belanghebbende een vergelijkbare lening had kunnen krijgen tegen gunstiger rentetarieven bij een andere bank. Gelet op het feit dat in de markt vrij algemeen vergelijkbare verhogingen werden doorgevoerd in de rente-opslag op dergelijke leningen, is zulks ook niet aannemelijk.
- 4.10 De Bank doet nog een beroep doet op artikel 6:101 BW (eigen schuld van Belanghebbende aan het ontstaan van de schade). Dat beroep zal worden afgewezen. Voor zover al gezegd kan worden dat Belanghebbende zelf heeft bijgedragen tot de schade, valt die bijdrage aan de schade in het niet bij de aan de Bank toe te rekenen schadeoorzaak.
- 4.11 Gelet op het voorgaande zal de primaire vordering – die erop neerkomt dat de gevolgen van de Rente Collar ongedaan moeten worden gemaakt – als volgt worden toegewezen. In de periode 1 oktober 2007 tot 1 november 2015 heeft [Belanghebbende] € 414.626,94 aan rente betaald. Indien de Rente Collar niet zou zijn gesloten dan zou [Belanghebbende] € 167.344,27 aan rente hebben betaald. De schade is derhalve € 247.282,67, te vermeerderen met de wettelijke rente.

4.12 In de uitspraak van 27 november 2015 is verzuimd om, zoals door Belanghebbende was verzocht, een kostenveroordeling op te nemen. Belanghebbende heeft tijdig verzocht om aanvulling van de uitspraak met een kostenveroordeling. De Bank heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de Commissie van Beroep ten aanzien van de kostenveroordeling. De Commissie van Beroep zal daarom de uitspraak aanvullen met een veroordeling van de Bank tot vergoeding aan Belanghebbende van de door hem betaalde eigen bijdragen van € 50,- en € 500,- alsmede van de gemaakte proceskosten in eerste aanleg en in beroep, welke de Commissie van Beroep zal stellen op € 5.000,- respectievelijk € 2.500,-.

4.13 De overige vorderingen worden afgewezen.

5. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie. De Bank dient [Belanghebbende] te vergoeden een bedrag van € 247.282,67, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2007 tot het moment van algehele betaling. Voorts dient de Bank [Belanghebbende] te vergoeden:

- € 50,- voor de eigen bijdrage voor de procedure in eerste aanleg;
- € 5.000,- voor de gemaakte proceskosten in eerste aanleg;
- € 500,- voor de bijdrage voor de procedure in beroep, en
- € 2.500,- voor gemaakte proceskosten in beroep.