

Claim Participants juicht niet bij de uitspraak van het Amsterdamse hof van 15 september 2015

In het Financieele Dagblad van 21 en 22 september jongstleden is aandacht besteed aan een uitspraak in een renteswapzaak, waarin een ondernemer tegen ING procedeerde. De ondernemer was in 2013 door de Amsterdamse rechtbank helemaal in het ongelijk gesteld. Het Amsterdamse hof heeft echter in hoger beroep op 15 september jongstleden de ondernemer voor een deel in het gelijk gesteld. De berichtgeving in het Financieele Dagblad van 21 september is overwegend positief. In een vervolgartikel op 22 september is het Financieele Dagblad wat gereserveerder. De journalistieke beweging Follow the Money heeft op 21 september een column gepubliceerd, waarin de auteur meedeelt dat ING voor derde maal op rij een rechtszaak verloren heeft over opslagverhogingen bij renteswaps en dat ABN en Rabo in het nauw zijn na de enorme zeperd van ING in de uitspraak van 15 september.

Claim Participants is van mening dat de uitspraak een belangrijke mijlpaal is, omdat voor het eerst een renteswap door een rechter vernietigd is wegens dwaling. Die dwaling betreft echter een heel specifiek element in die zaak en er kan zeker niet vanuit gegaan worden dat voortaan alle renteswaps door de rechter vernietigd zullen worden. Het hof is tot het oordeel gekomen dat de ING meer informatie had moeten geven over de marginverplichtingen en de allowancefaciliteit en de gevolgen daarvan voor de overgang naar een nieuwe financier. Een marginverplichting houdt in dat een kredietnemer met een renteswap onder omstandigheden geld moet bijstorten bij de bank. Een allowancefaciliteit is een door ING verleend krediet buiten het door de ondernemer zelf aangevraagde krediet, met welk extra krediet voldaan kan worden aan de verplichting om bij te storten. De schulden van de ondernemer worden op die manier dus groter.

De ondernemer in kwestie had op 1 april 2008 een renteswap bij ING afgesloten. Toen hij door ING in 2012 geïnformeerd werd dat de debetrenteopslag op zijn lening zou worden verhoogd van 1,85% naar 3,04%, heeft de ondernemer ING meegedeeld dat hij zich misleid voelde vanwege deze verhoging van de renteopslag en dat hij op zoek was zou gaan naar een andere bank. Toen kreeg de ondernemer van ING te horen dat hij de lopende geldleningen pas zou kunnen beëindigen als hij voor de nakoming van de marginverplichting uit de afgesloten renteswap voor een bedrag van € 1.350.000 aanvullende zekerheid zou stellen. Kennelijk had ING het plan om deze marginverplichting te betalen met het allowance krediet en daarom moest de ondernemer voor 1,35 miljoen euro zekerheid stellen, € 675.000 in de vorm van contante storting op een verpande bankrekening en € 675.000 als tweede hypotheek op panden.

De ondernemer heeft in 2012 bij een andere bank een nieuwe lening afgesloten en zijn leningen bij ING afgelost. De ondernemer begint daarna een procedure tegen ING en vordert onder andere terugbetaling van € 1.352.254. Die vordering is ontstaan omdat de ondernemer de renteswap vernietigd had. Hij vond namelijk dat hij door de ING onvoldoende geïnformeerd was over de koppeling van de renteswap aan de geldleningen. Juridisch vertaald betekent dit dat de ondernemer zich beroept op dwaling.

Het gevolg van een geslaagd beroep op dwaling is dat de overeenkomst waarom het gaat, in dit geval de renteswap, vernietigd wordt. Die vernietiging heeft terugwerkende kracht en dat betekent dat alles wat de ondernemer en ING vanaf 2008 onder de renteswap betaald hebben, terugbetaald moet worden. Het bedrag van € 1.352.254 dat de ondernemer vordert, bestaat uit het bedrag dat hij netto onder de renteswap aan ING betaald heeft. Volgens Claim Participants heeft ING in 2008 tweemaal de EURIBOR aan de ondernemer betaald, maar ING heeft dat verrekend met de EURIBOR op de geldlening. Van het najaar 2008 heeft de ondernemer echter steeds het verschil tussen de vaste swaprente van 4,45% en de steeds lager wordende EURIBOR aan ING betaald. Ook in die situatie verrekende ING de door haar te betalen EURIBOR met de EURIBOR op de lening.

Het beroep van de ondernemer op dwaling slaagt, omdat het hof, anders dan de rechtbank, oordeelt dat ING hem onvoldoende heeft voorgelicht over de gevolgen van het tussentijds beëindigen van de geldleningen voor de afgesloten renteswap. Claim Participants kan uit het arrest niet opmaken wat er gebeurd is met de allowancefaciliteit van € 1.350.000 en de zekerheden.

De aanleiding voor de ondernemer om te gaan procederen, was de verhoging van de opslag op de lening. Het bedrag daarvan heeft hij ook geëist in de procedure, daarbij ging het om € 620.766. Dat is echter door de rechtbank niet toegewezen en ook niet door het hof. Dat is jammer, want de Amsterdamse rechtbank heeft op 17 juni 2015 en 8 juli 2015 twee opzienbarende uitspraken gedaan, waarin in andere dossiers een dergelijke verhoging van de debiteurenopslag teruggedraaid is. Die uitspraken waren echter niet bekend toen in de zaak van het Amsterdamse hof de advocaten van partijen voor het laatst ten overstaan van het hof gedebatteerd hebben. Dat was op 17 april 2015.

De ondernemer heeft dus als gevolg van het geslaagde beroep op dwaling in principe recht op terugbetaling van € 1.352.254. Het hof veroordeelt ING echter niet tot betaling van dat bedrag, want het houdt rekening met een origineel verweer dat de advocaat van ING gevoerd had. Het komt erop neer dat de ING onder de renteswap een prestatie verricht heeft die de terugbetalingsverplichting van ING in waarde overtreft. Naar de mening van Claim Participants heeft het hof op dit punt ten onrechte het verweer van ING gevolgd. Tenzij partijen er alsnog uit komen, zal naar de mening van Claim Participants op dit punt de Hoge Raad het verlossende woord moeten spreken.

Claim Participants vraagt echter graag aandacht voor een aspect, dat alle renteswapzaken gemeen hebben, maar dat ook in de procedure die tot het arrest van het Amsterdamse hof geleid heeft, weer buiten aanmerking gelaten is. Bij de procedures die Claim Participants voor de ondernemers die zich bij haar aansluiten gaat voeren, zal die insteek wel gekozen worden. In dat geval wordt de rechter erop gewezen dat de bank een verkeerd product verkocht heeft. De bank had niet een renteswap moeten verkopen, maar een zogenaamde rentecap. Met dat product wordt de rente voor de ondernemer naar boven gemaximeerd, maar de ondernemer profiteert wel van de rentedaling. Die rentedaling heeft zich vanaf het najaar 2008 voorgedaan.

Beredeneerd kan worden dat ook dat foute advies aanleiding kan geven om de overeenkomst te vernietigen wegens dwaling. Daarnaast is de bank echter aansprakelijk ten opzichte van de ondernemer voor het foute advies zelf, bestaande uit het adviseren van een renteswap in plaats van een rentecap. Daarom moet de bank de schade vergoeden die de ondernemer lijdt als gevolg van dat foute advies. Dat bedrag is in de meeste gevallen voor verreweg het grootste deel gelijk aan het bedrag dat vergoed moet worden wegens vernietiging van de renteswap. Claim Participants gaat dus voor twee ankers liggen.