

ECLI:NL:RBOBR:2014:1415

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	26-03-2014
Datum publicatie	01-04-2014
Zaaknummer	C/01/264203
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Korte samenvatting: Financieel recht. Constructie van geldlening met renteswap. Schending bijzondere zorgplicht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Handelsrecht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/264203 / HA ZA 13-415

Vonnis van 26 maart 2014

in de zaak van

[X],

wonende te [plaats] ([land]),

eiser,

advocaat mr. R.J.H. Klinkhamer te Etten-Leur,

tegen

de coöperatie

COOPERATIEVE RABOBANK PEEL NOORD U.A.,

gevestigd te Gemert (gemeente Gemert-Bakel),

gedaagde,

advocaat mr. Ph.C.M. van der Ven te 's-Hertogenbosch.

Partijen zullen hierna [X] en Rabobank genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 23 oktober 2013
- het proces-verbaal van comparitie van 4 februari 2014 (in het proces-verbaal is abusievelijk het jaar 1024 vermeld).

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. [X] is agrarisch ondernemer. Medio 2008 vormde [X] samen met zijn ouders de heer [...] [X] (hierna mede vader [X]) en mevrouw [...] [X]-[...] een maatschap, die een melkveebedrijf in [plaats] exploiteerde. Het bedrijf werd gefinancierd door Rabobank, die al sinds tientallen jaren huisbankier van vader [X] was. Rabobank verschafte aan de maatschap kredieten in rekening-courant en meerdere geldleningen, waarbij de maatschap de ene keer voor een variabele rente koos en de andere keer voor een vaste rente. De heer [H] was jarenlang bij Rabobank de accountmanager voor vader en zoon [X], maar werd omstreeks maart/april 2008 vanwege een promotie vervangen door de heer [S].

2.2. Omstreeks begin april 2008 bezochten [H] en [S] het melkveebedrijf van de maatschap in het kader van jaarlijks periodiek overleg. De maatschap had op dat moment vier geldleningen bij Rabobank, waarvan drie met een variabele rente en één met een vaste rente die op 31 augustus 2010 zou aflopen. Tijdens het bezoek vroeg [X] om een nieuwe financiering voor herfinanciering van bestaande kredieten, uitbreiding van het melkveebedrijf en de voorziene overname van de onderneming van de maatschap door [X]. [X] gaf aan te verwachten dat de rente zou stijgen. [S] stelde toen voor om het aan een variabele rente verbonden renterisico af te dekken door middel van een zgn. renteswap. Vader en zoon [X] hadden op dat moment geen ervaring met financiële derivaten.

2.3. Op 29 april 2008 werd verder gesproken over de mogelijkheid van een renteswap op het kantoor van de heer [P], de aan ABAB verbonden financieel adviseur van vader en zoon [X]. Bij die bespreking waren aanwezig vader en zoon [X], [P], [S] en mevrouw [L], treasury specialist van Rabobank Nederland (Rabobank Nederland voerde als beleid dat nadere informatie over renteswaps niet door lokale medewerkers werd gegeven). Op die bespreking gaf [L] een toelichting over renteswaps aan de hand van sheets, die aan [X] werden overhandigd (waarvan een deel is overgelegd als onderdeel van prod. 1 dagv.). Aan het einde van de bespreking gaf [X] aan dat hij nog over de renteswap wilde nadenken.

2.4. Op 15 mei 2008 deed Rabobank een financieringsvoorstel aan de maatschap voor een geldlening van € 1.250.000, tegen een "variabel plus" rente van op dat moment 4,9% per jaar, alsmede voor een krediet in rekening-courant dat in deze procedure niet van belang is. Het voorstel (prod. 7 antw.) werd door de maatschap aanvaard en op 19 mei 2008 door de drie maten ondertekend. Met deze nieuwe geldlening werden twee van de drie geldleningen met een variabele rente afgelost. De derde geldlening met een variabele rente en de vierde geldlening met een vaste rente bleven bestaan. Van een

renteswap was op dat moment nog geen sprake.

- 2.5. Op 4 juni 2008 stuurde [L] aan [X] een voorstel (prod. 9 antw.) voor een renteswap gedurende tien jaar met een hoofdsom van € 1.000.000,, die naar € 1.500.000, zou worden verhoogd zodra de rentevaste periode van de vierde geldlening zou aflopen. De renteswap kwam er op neer dat de maatschap aan Rabobank een vaste rente van 4,89% per jaar zou betalen, terwijl Rabobank aan de maatschap een variabele rente zou betalen gelijk aan het 3-maands Euribor-tarief. De maatschap zou over de nieuwe geldlening een variabele rente betalen gelijk aan het 3-maands Euribor-tarief vermeerderd met een debiteurenopslag. De constructie kwam er daarmee op neer dat [X] feitelijk voor de nieuwe geldlening een vaste rente van 4,89% plus de debiteurenopslag zou betalen. Die vaste rente zou per 31 augustus 2010 ook gaan gelden voor de vierde geldlening (indien [X] voor verlenging van de rentevaste periode zou hebben gekozen, had hij daarmee tot 2010 moeten wachten en het dan geldende tarief moeten accepteren, dat volgens zijn verwachting hoger zou uitvallen). Voor Rabobank (dan wel de derde bij wie zij het risico feitelijk onderbracht) had de constructie een speculatief karakter: bij een daling van het 3-maands Euribor-tarief zou Rabobank winst behalen en bij een stijging verlies (afgezien van de debiteurenopslag). Voor [X] betekende de constructie de zekerheid van een vaste rente en daarnaast was er volgens [X] sprake van een rentevoordeel van 0,2% ofwel € 2.000, per jaar.
- 2.6. Eind juni 2008 werd [X] tijdens zijn werkzaamheden op het land gebeld door Rabobank met de vraag of de maatschap de renteswap wilde aangaan, waarbij Rabobank waarschuwde dat de rente aan het stijgen was. Op dat moment besloot [X] de voorgestelde renteswap te aanvaarden. Hierna werden de volgende stukken opgesteld:
- een 'Treasury Inventarisatie Formulier', waarvan het eerste (externe) deel op 26 juni 2008 door de drie maten en de echtgenote van [X] werd ondertekend (prod. 10 antw.)
 - een op 24 juni 2008 gedateerde en op 26 juni 2008 door [X] c.s. ondertekende 'Overeenkomst Financiële Derivaten' met als bijlagen de in de overeenkomst toepasselijk verklaarde 'Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank', 'Bijlage Informatie Financiële Derivaten Bij de Overeenkomst Financiële Derivaten' en 'Bijlage Verschaffing van Dekking' (prod. 2 dagv.); dit betrof een mantelovereenkomst die als basis diende voor individueel af te sluiten financiële derivaten;
 - de op 7 oktober 2008 door [X] c.s. ondertekende 'Bevestiging van een RENTE SWAP' van 26 juni 2008 (prod. 3 dagv.), waarin de voorwaarden van de op 1 september 2008 ingaande en op 1 september 2018 aflopende renteswap werden beschreven overeenkomstig het voorstel van 4 juni 2008, met dien verstande dat de vaste rente inmiddels was verhoogd tot 5,16%;
 - de op 13 december 2008 door [X] c.s. ondertekende 'Wijziging geldleningsvoorwaarden', waarbij de eerdere geldlening van € 1.250.000, met de 'variabele plus'-rente met ingang van 1 december 2008 werd vervangen door een 'Roll-Over' lening met een variabele rente gelijk aan het 3-maands Euribor tarief verhoogd met een debiteurenopslag van op dat moment 0,9% (vanwege de renteswap ging de maatschap over die lening feitelijk 5,16% plus 0,9% is 6,06% rente per jaar betalen);
- 2.7. In 2009 nam [X] de onderneming van de maatschap over. [X] nam de door de maatschap bij Rabobank afgesloten geldleningen over, waaronder (het restant van) de geldlening van € 1.250.000,. Hij nam ook de renteswap over, in verband waarmee per 1 juli 2009 een nieuwe 'Overeenkomst Financiële Derivaten' tussen [X] en Rabobank werd gesloten.
- 2.8. Tijdens de duur van de renteswap daalde de 3-maands Euribor rente sterk, zodat Rabobank een aanzienlijke winst maakte op de renteswap.
- 2.9. [X] had al sinds een stage in [land] halverwege de jaren negentig de wens om naar [land] of [land] te emigreren, maar de omstandigheden hadden dat steeds verhinderd. Bij het aangaan van de renteswap in 2008 stonden de emigratieplannen van [X] op een laag pitje, omdat zijn echtgenote nog niet aan emigratie toe was. Tijdens de bespreking van 29 april 2008 werd niet over de emigratieplannen gesproken. Later stemde de echtgenote van [X] alsnog toe in emigratie. Begin 2010 deelde [X] aan Rabobank mede dat hij naar [land] wilde emigreren.
- 2.10. Verkoop van de boerderij in [plaats] en aankoop van een (door een [buitenlandse] bank te financieren) boerderij in [land] zou betekenen dat alle geldleningen en kredieten bij Rabobank moesten

worden afgelost. Beëindiging van de geldlening van € 1.250.000, betekende niet dat ook de renteswap automatisch werd beëindigd, omdat de geldlening en de renteswap niet aan elkaar gekoppeld waren en de renteswap daarom als speculatief middel in stand zou kunnen blijven. Rabobank deelde aan [X] mee dat zij bij tussentijdse beëindiging van de renteswap een 'premie' in rekening zou brengen. (In deze procedure is gebleken dat deze premie gelijk was aan de contante waarde van de winst die Rabobank vanaf de datum van beëindiging van de renteswap tot de overeengekomen einddatum 1 september 2018 zou mislopen omdat het 3-maands Euribor-tarief lager was dan de vaste rente van 5,16%.) In februari 2010 werd deze premie volgens [X] geschat op € 130.000, maar volgens Rabobank op € 216.952,65 (prod. 23 antw.). In mei 2010 werd de premie geschat op € 250.000, (prod. 16 antw.). Onderzocht werd of vader [X] dan wel een [buitenlandse] bank de renteswap wilde overnemen, maar dat bleek niet het geval.

2.11. Omdat de Euro aan het dalen was ten opzichte van de [buitenlandse] [valuta], sloot [X] in mei 2010 op voorstel van Rabobank een zgn. valutaswap en andere valutaderivaten af ter afdekking van het valutarisico.

2.12. [X] verkocht zijn boerderij in [plaats] en kocht een boerderij in [land]. Op 22 september 2010 vond het transport van de boerderij in [plaats] plaats. Op die datum zond Rabobank aan [X] een bevestiging van de beëindiging van de renteswap (prod. 6 dagv.), waarin een door [X] te betalen beëindigingspremie van € 275.000, was vermeld. [X] weigerde die bevestiging te ondertekenen, maar hij werd gedwongen mee te werken omdat Rabobank betaling van de premie als voorwaarde stelde voor de doorhaling van hypotheek op de boerderij in [plaats]. De notaris keerde daarom van de opbrengst van de boerderij een bedrag van € 275.000, uit aan Rabobank.

2.13. Bij brief van 23 februari 2011 (prod. 8 dagv.) deelde Rabobank aan de advocaat van [X] mee welke formule zij had gebruikt voor de berekening van de premie. Op het laatste blad van de bijlagen is een berekening per periode vermeld, die uitkomt op € 271.386,.

2.14. Op verzoek van [X] vonden voorlopige getuigenverhoren plaats, waarbij als getuigen werden gehoord:

- [L];
- [S];
- [H];
- [X];
- [P]
- vader [X].

Rabobank heeft afgezien van een tegenverhoor.

3 Het geschil

- 3.1. [X] vordert samengevat - veroordeling van Rabobank tot betaling van (primair) € 275.000,, vermeerderd met rente en kosten. [X] legt aan zijn vorderingen ten grondslag:
- 1) primair dat hij de premie onverschuldigd heeft betaald omdat:
 - a) de premie contractueel niet verschuldigd was, althans
 - b) [X] een dergelijk beding gedeeltelijk vernietigt wegens dwaling;
 - 2) subsidiair dat Rabobank onrechtmatig jegens [X] heeft gehandeld en daarom een schadevergoeding aan [X] verschuldigd is;
 - 3) meer subsidiair dat Rabobank de premie onjuist heeft berekend.
- 3.2. Rabobank voert verweer.
- 3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. De rechtbank is bevoegd van deze zaak kennis te nemen, omdat gedaagde in Nederland gevestigd is. Het geschil betreft een overeenkomst die is gesloten toen eiser nog in Nederland woonde. Die overeenkomst kende toen alleen Nederlandse aspecten, zodat daarop Nederlands recht van toepassing is.

De verschuldigdheid van de premie

- 4.2. Ingevolge de artikelen 7.3, 9.1 en 11 van de op de renteswap toepasselijke 'Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank' (prod. 2 dagv.) gaf de emigratie van [X] aan Rabobank het recht om de overeenkomst over de renteswap tussentijds op te zeggen. Ingevolge art. 11.5 en 12.2 van genoemde voorwaarden worden bij een dergelijke opzegging alle betalingsverplichtingen uit opgezegde overeenkomsten omgezet in een contante waarde en indien die omzetting in het nadeel van [X] uitvalt, is [X] het verschil (de premie, die in de voorwaarden 'het Afrekeningsbedrag' is genoemd) aan Rabobank verschuldigd per de datum waartegen is opgezegd. Rabobank had daarom het recht om de overeenkomst per de datum van het transport op te zeggen en betaling van de premie te verlangen. De onder 1.a. genoemde grondslag van de vorderingen van [X] moet daarom worden verworpen.

Het beroep op dwaling

- 4.3. De onder 1.b. genoemde grondslag van de vorderingen van [X] betreft een beroep op dwaling. [X] heeft (een deel van) de mantelovereenkomst en de overeenkomst over de renteswap vernietigd. Subsidiair verzoekt hij de rechtbank die overeenkomsten te wijzigen zoals bedoeld in art. 6:230 BW.
- 4.4. Op grond van art. 6:228 BW is een overeenkomst vernietigbaar als deze tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten, onder andere als de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. Uitgangspunt bij de beoordeling van het beroep op dwaling is dat Rabobank die inlichtingen moest verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [X] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst over de renteswap zou dwalen.
- 4.5. [X] stelt dat hij heeft gedwaald omdat hij zich bij het aangaan van de renteswap niet heeft gerealiseerd dat hij enige beëindigingspremie verschuldigd zou zijn en hij verwijt Rabobank dat zij hem daarover niet accuraat heeft geïnformeerd en hem zelfs gerust heeft gesteld toen hij zijn twijfels uitte omdat hij de renteswap niet begreep. Rabobank reageert dat zij [X] heeft geïnformeerd over het risico van die premie en zij wijst erop dat [X] een eigen onderzoeksplicht had.

- 4.6. Het ligt voor de hand dat [X] inderdaad geen juiste voorstelling van zaken heeft gehad over de beëindigingspremie. Achteraf gezien heeft de renteswap voor [X] slechts een rentevoordeel van iets meer dan € 4.000, opgeleverd, dat niet opweegt tegen het nadeel van de premie van € 275.000, die hij bij de beëindiging van de renteswap heeft moeten betalen. Duidelijk is dat [X], indien hij dat voorafgaand aan het aangaan van de renteswap zou hebben geweten, vanwege zijn emigratieplannen de renteswap nooit hebben afgesloten. Dat betekent echter nog niet dat deze dwaling te wijten was aan onjuiste of ontbrekende informatie van Rabobank.
- 4.7. Op de eerste pagina van het voorstel van 4 juni 2008 (prod. 9 antw.) is onder meer vermeld:
- " Bij voortijdige aflossing van de onderliggende financiering resteert een verplichting uit hoofde van de renteruil." en
 - " Tenslotte kan de transactie altijd aangepast of beëindigd worden. Afhankelijk van marktomstandigheden ontvangt of betaalt u hiervoor een premie. Bij algehele aflossing van de onderliggende financiering(en) kan uit hoofde van de renteruil een verplichting resteren."
- 4.8. In het op 26 juni 2008 door de drie maten ondertekende Treasury Inventarisatie Formulier (prod. 10 antw.) is bovendien vermeld: "*Het tussen u en de Bank Afgesproken Bedrag, zoals bedoeld in de Bijlage Verschaffing van Dekking, bedraagt: EUR 125.000,00*". De genoemde bijlage betreft een verdere uitwerking van artikel 5.1 van de Overeenkomst Financiële Derivaten, waarin aan Rabobank de bevoegdheid is verleend dekking te vragen voor de verplichtingen die voor de klant kunnen voortkomen uit transacties. Rabobank heeft op de comparitie toegelicht dat het hier om een maximum bedrag gaat en dat in het in 2009 bij de bedrijfsovername door [X] opgestelde (niet overgelegde) Treasury Inventarisatie Formulier een Afgesproken Bedrag van € 212.000, was vermeld.
- 4.9. Aan de hand van de getuigenverklaringen van [X] en [P] ([L] en [S] kunnen zich hierover niets herinneren) kan worden vastgesteld dat de in het voorstel van 4 juni 2008 vermelde beëindigingspremie aan de orde is geweest tijdens de bespreking van 29 april 2008, maar dat daarbij alleen specifiek is gesproken over wisseling van bank of bedrijfsovername en niet over staking van de onderneming zoals bij emigratie. [X] heeft als partijgetuige verklaard dat hij zich niet realiseerde dat de beëindigingspremie ook verschuldigd zou zijn bij bedrijfsbeëindiging na emigratie of overlijden, maar dat hij er vanuit ging dat de constructie met de renteswap boetevrij zou kunnen worden beëindigd omdat ook een vaste rente financiering bij beëindiging van de bedrijfsactiviteiten boetevrij kan worden afgelost.
- 4.10. Een ondernemer zoals [X], die ruime ervaring heeft met het afsluiten van kredieten en die de informatie in het voorstel van 4 juni 2008 en de bepalingen over het Afrekeningsbedrag en het Afgesproken Bedrag in de voorwaarden zorgvuldig naleest en goed nadenkt over de gevolgen, hoort te beseffen dat ook bij bedrijfsbeëindiging sprake is van algehele aflossing van zijn financieringen en dat hij daarom bij emigratie het risico loopt dat hij een beëindigingspremie moet betalen. Wie de constructie niet begrijpt, hoort nader onderzoek te doen en onder meer navraag te doen naar de gevolgen die een gewenste emigratie heeft voor de constructie. Het door Rabobank verschaft informatiemateriaal doorstaat daarom de toets voor een beroep op dwaling in verband met het bestaan van het risico van een beëindigingspremie.
- 4.11. Mogelijk was [X] zich wel bewust van het bestaan van het risico van een beëindigingspremie bij emigratie, maar besepte hij niet dat de rente zo sterk kon dalen dat die premie de hoogte van € 275.000, zou kunnen bereiken. Een teleurstelling in toekomstige ontwikkelingen kan echter geen beroep op dwaling rechtvaardigen.
- 4.12. [X] stelt dat Rabobank op de hoogte was van zijn emigratieplannen (hetgeen Rabobank betwist) en hem daarom specifiek had moeten informeren over de risico's bij emigratie. Duidelijk is dat [S] en [L], die namens Rabobank aanwezig waren bij de bespreking van 29 april 2008, niet op de hoogte waren van de emigratieplannen en dat, indien zij daarvan wel geweten hadden, zij specifieke informatie hadden moeten verschaffen over het bij emigratie bestaande risico van een beëindigingspremie. De verklaring van [L] komt er ook op neer dat, indien zij van de emigratieplannen zou hebben geweten, zij [X] zou hebben geadviseerd de renteswap niet aan te gaan.

- 4.13. De bewijslast van de stelling over de kennis van Rabobank over de emigratieplannen van [X] rust op [X], die mede in dat kader het voorlopig getuigenverhoor heeft aangevraagd. [X] heeft als partijgetuige verklaard dat hij in de loop der jaren regelmatig met [H] over zijn emigratieplannen heeft gesproken en dat hij met name in de periode van 2004 tot 2008 meermalen heeft aangegeven dat hij zou vertrekken zodra zijn echtgenote zou instemmen. Ook vader [X] heeft als getuige verklaard dat de emigratieplannen van zijn zoon regelmatig aan de orde zijn gekomen tijdens de jaarlijkse gesprekken met [H]. [H] heeft dat echter als getuige tegengesproken. Volgens hem heeft [X] kort na zijn stage in [land] wel eens over emigratieplannen gesproken, maar is het onderwerp daarna nooit meer aan de orde geweest.
- 4.14. De verklaring van [X] als partijgetuige kan geen bewijs in zijn voordeel opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. De verklaring van vader [X] heeft maar een beperkte bewijskracht vanwege de familieband met [X]. Vader en zoon [X] worden bovendien tegengesproken door de getuige [H]. Er is daarom onvoldoende bewijs voor de stelling van [X] over de kennis van Rabobank over zijn emigratieplannen.
- 4.15. Het beroep op dwaling moet gelet op het vorenstaande worden verworpen.

De bijzondere zorgplicht

- 4.16. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad rust op professionele dienstverleners op het terrein van financiële diensten zoals Rabobank jegens hun (potentiële) particuliere klanten met wie zij een overeenkomst willen aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een financiële instelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's. De financiële instelling die tekort schiet in de nakoming van deze bijzondere zorgplicht, maakt zich schuldig aan onrechtmatig handelen tijdens de precontractuele fase.
- 4.17. Anders dan Rabobank meent, is deze bijzondere zorgplicht niet beperkt tot particulieren. Op financiële instellingen kan ook een bijzondere zorgplicht jegens ondernemers rusten, al is de omvang van die zorgplicht vanwege de omstandigheden van het geval vaak veel beperkter dan bij particulieren vanwege de kennis en ervaring van ondernemers met financiële producten. Zo had [X] een ruime ervaring met het afsluiten van geldleningen en kredieten in rekening-courant. Met financiële derivaten had [X] echter nog geen enkele ervaring toen hij de gewraakte renteswap afsloot (Rabobank wijst erop dat [X] in 2010 valutaderivaten heeft afgesloten, maar die kennis en ervaring werkt niet terug tot 2008). Rabobank mocht er in redelijkheid ook niet vanuit gaan dat een melkveehouder als [X] op de hoogte was van de kenmerken van financiële derivaten en de daaraan verbonden risico's. Daaraan doet niet af dat [X] werd bijgestaan door een accountant, omdat de financiële kennis van accountants van een andere aard is dan de financiële kennis van banken. Bovendien heeft [P] als getuige verklaard dat zijn kennis over renteswaps nieuw en niet heel diepgaand was.
- 4.18. Op Rabobank rustte daarom de verplichting om [X] in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen te informeren over de aard van de geadviseerde constructie en de daarvan deel uitmakende renteswap alsmede de daaraan verbonden risico's. Deze bijzondere zorgplicht stelde zwaardere eisen aan Rabobank dan de eerder besproken informatieplicht van Rabobank in verband met het beroep op dwaling, omdat bij het naleven van de bijzondere zorgplicht anders dan bij een beroep op dwaling - rekening moet worden gehouden met een klant die de verschaften stukken niet zorgvuldig doorleest en/of niet goed nadenkt over de gevolgen en/of niet voldoet aan zijn onderzoeksplicht.
- 4.19. De rechtbank verwerpt het door Rabobank gedane beroep op de artikelen in de mantelovereenkomst en in de bevestiging van de renteswap, waarin de klant bevestigt dat hij door Rabobank uitdrukkelijk is gewezen op en zich bewust is van de risico's en de gevolgen van transacties. Uit dergelijke

standaardbepalingen blijkt niet dat de klant op de hoogte is van specifieke risico's die niet uitdrukkelijk in de bepaling zijn vermeld. Ook met het opnemen van de standaardbepaling dat de klant de documentatie en de transactie volledig dient te begrijpen alvorens een transactie te sluiten, kan Rabobank zich niet bevrijden van haar bijzondere zorgplicht. Rabobank diende zich er in voldoende mate van te vergewissen dat [X] zich daadwerkelijk bewust was van de bijzondere risico's van de constructie en de mogelijke gevolgen daarvan.

- 4.20. De onderhavige renteswap was bedoeld ter afdekking van het renterisico dat was verbonden aan de geldlening van € 1.250.000, en aan de in de toekomst nog te verschaffen geldlening ter vervanging van de vastrentende geldlening. Tussen de renteswap en de geldleningen bestond daarom een onlosmakelijk verband. Indien [X] de geldleningen tussentijds zou willen beëindigen, zou hij de renteswap eveneens moeten beëindigen. Daarmee was aan de constructie het specifieke risico verbonden dat beëindiging van de geldleningen zou plaatsvinden op een moment dat de renteswap een aanzienlijke negatieve waarde zou hebben, zodat aan de tussentijdse beëindiging van de renteswap voor [X] hoge kosten zouden zijn verbonden. Weliswaar bestond de mogelijkheid dat [X] bij beëindiging van de geldleningen de renteswap als speculatief middel in stand zou laten, maar een dergelijke speculatie paste niet bij de lage risicoacceptatie en het defensieve risicoprofiel van [X] zoals vermeld in het Treasury Inventarisatie Formulier (prod. 10 antw.). Rabobank diende daarom [X] te informeren over en te waarschuwen voor het specifieke risico van hoge kosten bij tussentijdse beëindiging van de renteswap.
- 4.21. De rechtbank verwijst naar hetgeen zij onder 4.7 tot en met 4.9 heeft vermeld over de algemene waarschuwingen in het voorstel van 4 juni 2008 voor de verplichting die bij voortijdige aflossing van de onderliggende financiering kan resteren, over de dekkingsbedragen die Rabobank heeft vastgesteld, over de getuigenverklaringen, inhoudende dat op de bespreking van 29 april 2008 alleen specifiek is gesproken over wisseling van bank of bedrijfsovername en niet over staking van de onderneming zoals bij emigratie, en over de veronderstelling van [X] dat de renteswap bij staking van de onderneming boetevrij zou kunnen worden beëindigd zoals bij een vastrentende geldlening. Duidelijk is dat het risico van het moeten betalen van een beëindigingspremie bij wisseling van bank of bij bedrijfsovername geen grote gevolgen voor [X] zou hebben, omdat er dan diverse praktische oplossingen beschikbaar zouden zijn om de betaling van een beëindigingspremie te kunnen voorkomen en [X] in ieder geval de mogelijkheid zou hebben om af te zien van de wisseling van bank of de bedrijfsovername. Alleen bij een bedrijfsbeëindiging zou [X] feitelijk met een aanzienlijke beëindigingpremie kunnen worden geconfronteerd, omdat dan geen reële alternatieven beschikbaar zouden zijn (het afzien van een door [X] al jarenlang gewenste emigratie op een moment dat zijn echtgenote eindelijk met die emigratie instemt, kan niet als een reëel alternatief worden aangemerkt).
- 4.22. Onder 4.6 heeft de rechtbank al overwogen dat het voor de hand ligt dat [X] geen juiste voorstelling van zaken heeft gehad over de beëindigingspremie bij emigratie. In het kader van de bijzondere zorgplicht mag worden aangenomen dat [X], indien hij zich in juni 2008 zou hebben gerealiseerd dat hij bij emigratie een boete van (volgens de schatting van Rabobank in die periode) € 125.000, verschuldigd zou kunnen zijn terwijl daartegenover slechts een rentevoordeel van € 2.000, per jaar stond, gelet op zijn emigratieplannen de renteswap nooit zou zijn aangegaan althans zou hebben gekozen voor een renteswap met een veel kortere looptijd.
- 4.23. Bij [X] was derhalve sprake van een verkeerd inzicht in de voorwaarden van de renteswap. Dat gebrek aan inzicht was met name veroorzaakt door zijn kennis over de voorwaarden van aflossing van vastrentende leningen bij bedrijfsbeëindiging en zijn onjuiste veronderstelling dat dit ook voor de renteswap zou gelden. De bijzondere zorgplicht van Rabobank diende er juist toe om [X] tegen een dergelijk gebrek aan inzicht te beschermen, ook indien Rabobank niet op de hoogte was van de sluimerende emigratieplannen van [X]. De in het voorstel van 4 juni 2008 opgenomen algemene waarschuwingen voor de beëindigingspremie waren daartoe onvoldoende, omdat Rabobank in de daaraan voorafgaande bespreking van 29 april 2008 alleen heeft gesproken over de beëindigingspremie die [X] verschuldigd zou kunnen zijn bij wisseling van bank of bedrijfsovername en juist niet over de beëindigingspremie bij staking van het bedrijf, die veel grotere gevolgen voor [X] zou kunnen hebben. Rabobank heeft niet gesteld dat zij na de toezending van het voorstel van 4 juni 2008 [X] nog in niet mis te verstane bewoordingen heeft gewaarschuwd voor het specifieke risico van een aanzienlijke beëindigingspremie bij bedrijfsbeëindiging. De in de twee inventarisatieformulieren

vermelde dekkingsbedragen waren daartoe niet voldoende, omdat [X] – mede op basis van hetgeen daarover aan de orde was gekomen in de bespreking van 29 april 2008 in de onjuiste veronderstelling kon verkeren dat die dekkingsbedragen alleen waren bedoeld voor de beëindigingspremie die verschuldigd zou zijn bij wisseling van bank of bedrijfsovername.

- 4.24. Conclusie uit het voorgaande is dat Rabobank haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden en daarmee onrechtmatig jegens [X] heeft gehandeld, zodat zij de schade moet vergoeden die [X] als gevolg daarvan heeft ondervonden.

Causaal verband / voordeelverrekening

- 4.25. Rabobank meent dat bij de schadeberekening op grond van art. 6:100 BW de voordelen voor [X] in aanmerking moeten worden genomen. Dat betreft volgens Rabobank ten eerste het rentevoordeel dat [X] heeft genoten omdat hij, indien hij geen renteswap had afgesloten, zou hebben gekozen voor een lening met een vaste rente die hoger zou zijn geweest dan de vaste rente van de renteswap van 5,16%. Ten tweede wijst Rabobank op het rentevoordeel dat [X] geniet omdat de marktrente in [land] lager is dan de Euribor marktrente.
- 4.26. Bij de begroting van schade als gevolg van onrechtmatig handelen dient de feitelijke situatie die als gevolg van het onrechtmatig handelen is ontstaan, te worden vergeleken met de hypothetische situatie die zou zijn ontstaan indien niet onrechtmatig zou zijn gehandeld. Het verschil betreft de schade.
- 4.27. De stelling van Rabobank, dat [X] zonder de renteswap zou hebben gekozen voor een lening met een vaste rente, moet als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. Geen van de getuigen heeft verklaard dat een vaste rente het enige alternatief voor de renteswap was. Feitelijk heeft [X], nadat in april 2008 al over de renteswap was gesproken, in mei 2008 een lening met een "variabel plus" rente afgesloten. Rabobank heeft niet toegelicht waarom [X] die lening heeft afgesloten terwijl volgens Rabobank een lening met een vaste rente het enige alternatief voor de renteswap was. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat [X], indien hij in juni 2008 de renteswap niet zou hebben afgesloten, de in mei 2008 afgesloten lening met de "variabel plus" rente zou hebben gehandhaafd.
- 4.28. Ook in de hypothetische situatie zonder de renteswap zou [X] naar [land] zijn geëmigreerd en daar een lagere rente hebben betaald dan in Nederland. Er is daarom geen reden om bij de schadebegroting rekening te houden met het voordeel van de lagere marktrente in [land].

Het beroep op eigen schuld

- 4.29. Rabobank meent dat de schade van [X] als gevolg van de schending van de bijzondere zorgplicht door Rabobank op grond van art. 6:101 BW geheel of grotendeels voor rekening van [X] dient te blijven, omdat [X] als ondernemer zelf verantwoordelijk was voor zijn financieringsbeslissingen en niet of onvoldoende aan zijn onderzoeksplicht inzake de renteswap heeft voldaan. [X] betwist dat.
- 4.30. Van [X] mocht worden verwacht dat hij, alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen zou getroosten om de constructie met de renteswap te begrijpen en zo nodig navraag zou doen. In het kader van het beroep op dwaling heeft de rechtbank al vastgesteld dat een ondernemer zoals [X] dan had horen te beseffen dat ook bij bedrijfsbeëindiging sprake is van algehele aflossing van zijn financieringen en dat hij daarom bij emigratie het risico liep dat hij een beëindigingspremie zou moeten betalen. De schade moet daarom mede worden aangemerkt als het gevolg van aan [X] toe te rekenen omstandigheden.
- 4.31. De vergoedingsplicht van Rabobank moet worden verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan Rabobank en [X] toe te rekenen omstandigheden moeten worden geacht te hebben bijgedragen aan het ontstaan van deze schade. Volgens vaste jurisprudentie over de toepassing van de maatstaf van art. 6:101 BW wegen fouten van [X] die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar dan fouten aan de zijde van Rabobank waardoor deze in haar zorgplicht is tekortgeschoten. De vergoedingsplicht van Rabobank kan daarom in beginsel met niet meer dan 40% worden verminderd, zodat in ieder geval 60% van de schade door Rabobank moet worden vergoed. De rechtbank ziet geen reden om het ontstaan van de schade in hogere mate aan Rabobank toe te

rekenen. Ook op grond van de billijkheid is geen andere verdeling gerechtvaardigd.

- 4.32. Omdat de subsidiaire grondslag van de vorderingen niet leidt tot volledige toewijzing van het door [X] gevorderde bedrag van € 275.000,, zal de rechtbank hierna de meer subsidiaire grondslag onderzoeken. Dat onderzoek is mede noodzakelijk ter begroting van de schade die [X] heeft geleden als gevolg van de schending van de bijzondere zorgplicht.

De hoogte van de premie

- 4.33. [X] betwist de hoogte van de premie. In art. 12.1 van de genoemde voorwaarden is bepaald dat Rabobank de hoogte van het Afrekeningsbedrag berekent en daarvan een specificatie aan de klant zal verschaffen. Die specificatie is pas later aan [X] verschaft en kwam uit op € 271.386,. Rabobank heeft niet uitgelegd waarop het verschil tussen dit bedrag en het bedrag van € 275.000, is gebaseerd. Dat betekent dat Rabobank bij het transport ten onrechte betaling van het hogere bedrag van € 275.000, heeft verlangd, zodat zij het verschil van € 3.614, als onverschuldigd betaald aan [X] zal moeten terugbetalen.
- 4.34. [X] betwist ook de hoogte van het bedrag van € 271.386,. [X] meent dat het aan Rabobank is om aan te tonen dat de premie naar alle redelijkheid berekend moet worden volgens de door Rabobank opgegeven maar voor [X] onbegrijpelijke formule. De rechtbank verwerpt dat standpunt. Omdat de hoogte van de premie volgens de voorwaarden door Rabobank wordt berekend, is het aan [X] om aan te tonen dat de door Rabobank gemaakte berekening dan wel de daaraan ten grondslag liggende formule onjuist is. [X] heeft niet gesteld waarom die formule onjuist zou zijn, laat staan dat hij een in zijn ogen wel juiste formule heeft opgegeven. De bezwaren van [X] tegen de door Rabobank gehanteerde formule moeten daarom worden verworpen.
- 4.35. [X] merkt op dat de berekening ingaat op 1 september 2010 terwijl Rabobank in de bevestiging van de beëindiging van de renteswap de beëindigingsdatum 24 september 2010 heeft genoemd. Dit betekent echter niet dat [X] het over de periode van 1 september 2010 tot 24 september 2010 berekende bedrag onverschuldigd heeft betaald. Dit bedrag is immers door [X] aan Rabobank verschuldigd op grond van de toen nog geldige overeenkomst over de renteswap.
- 4.36. [X] merkt op dat Rabobank in haar berekening de einddatum van 3 september 2018 heeft gehanteerd, terwijl de einddatum van de renteswap 1 september 2018 was. Dit verwijt is terecht. De rechtbank zal de in verband hiermee noodzakelijke correctie zelf berekenen. De premie over de periode van 1 juni 2018 tot 3 september 2018 (94 dagen) bedroeg € 11.188,98 minus € 7.438,07 is € 3.750,91. Dat bedrag had moeten zijn (€ 3.750,91 gedeeld door 94 dagen maal 92 dagen is) € 3.671,10. Het verschil van € 79,81 moet in mindering worden gebracht op het bedrag van € 271.386,, waarvan daarna € 271.306,19 resteert.
- 4.37. [X] beroept zich verder op de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW (pt 40 dagv.). De argumenten die [X] daartoe aanvoert zijn al betrokken bij het oordeel van de rechtbank over de schending van de bijzondere zorgplicht door Rabobank. Bij de vermindering van de schadevergoedingsplicht van Rabobank wegens "eigen schuld" van [X] is de billijkheid al aan de orde geweest. Een beroep op art. 6:248 BW kan dan niet tot een ander resultaat leiden.
- 4.38. [X] stelt dat Rabobank in februari 2010 heeft aangegeven dat de beëindigingspremie € 130.000, zou bedragen. [X] meent dat het voor rekening en risico van Rabobank moet blijven dat de premie in de maanden daarna met € 145.000, is opgelopen, omdat op Rabobank de bijzondere zorgplicht rustte om door middel van het treffen van maatregelen of advisering deze extra schade voor [X] te voorkomen en/of te beperken (pt 41 dagv.). Rabobank betwist het bedrag van € 130.000, en brengt een berekening in het geding waarin de premie per februari 2010 uitkomt op € 216.952,65 (prod. 23 antw.).
- 4.39. De stelling van [X] over het bedrag van € 130.000, moet als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. Het enkele feit dat de premie in de periode tussen februari 2010 en september 2010 is opgelopen vanwege verdere rentedalingen, is onvoldoende om een schending van een bijzondere zorgplicht van Rabobank te kunnen aannemen. Het kan Rabobank niet worden verweten dat zij [X]

heeft geadviseerd alternatieve oplossingen te onderzoeken, temeer nu in februari 2010 nog niet zeker was dat de emigratie doorgang zou vinden. Gesteld noch gebleken is dat Rabobank in februari 2010 had moeten voorzien dat de rente in de komende maanden nog aanzienlijk zou dalen.

Conclusie

- 4.40. Rabobank moet bedragen van € 3.614, (zie 4.33) en € 79,81 (zie 4.36) als onverschuldigd betaald aan [X] terugbetalen.
- 4.41. De rechtbank begroot de schade als gevolg van de schending door [X] van haar bijzondere zorgplicht op € 271.306,19 (zie 4.36). Van die schade dient 40% (zie 4.31) ofwel € 108.522,48 voor eigen rekening van [X] te blijven. Rabobank moet het restant van € 162.783,71 vergoeden.
- 4.42. Totaal moet Rabobank aan [X] terugbetalen € 3.614, plus € 79,81 plus € 162.783,71 geeft € 166.477,52.
- 4.43. De door [X] gevorderde wettelijke rente is over dat bedrag toewijsbaar vanaf de (niet betwiste) primair gevorderde datum 22 september 2010, de datum waarop [X] het bedrag van € 275.000, aan Rabobank heeft betaald.
- 4.44. [X] maakt aanspraak op vergoeding van een bedrag van € 4.000, voor buitengerechtelijke kosten (pt 44 dagv.). Rabobank meent dat dit bedrag niet toewijsbaar is, omdat de kosten zijn gemaakt ter instructie van de zaak en daarom onder de proceskosten vallen (pt 7 antw.). [X] stelt dat hij uitvoerig inhoudelijk heeft gecorrespondeerd met Rabobank om buiten rechte betaling te verkrijgen. Op de door [X] overgelegde urenspecificatie van zijn raadslieden (prod. 14 dagv.) zijn ook diverse brieven aan Rabobank vermeld. Nu Rabobank niet op de inhoud van die brieven is ingegaan, gaat de rechtbank er vanuit dat het hier niet ging om een enkele sommatie maar om een serieuze poging om buiten rechte betaling te verkrijgen. De gevorderde buitengerechtelijke kosten zijn daarom toewijsbaar, zij het dat het gevorderde bedrag moet worden verminderd omdat de hoofdsom slechts gedeeltelijk wordt toegewezen. Overeenkomstig het rapport Voor-werk II is toewijsbaar een bedrag gelijk aan twee punten van het toepasselijke liquidatietarief, met een maximum van 15% van de toewijsbare hoofdsom van € 166.477,52, ofwel € 2.842,00.
- 4.45. Rabobank zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Omdat een aanzienlijk deel van het gevorderde bedrag wordt afgewezen, begroot de rechtbank de proceskosten aan de zijde van [X] (inclusief de kosten van het voorlopig getuigenverhoor) op basis van het toegewezen bedrag op:
- dagvaarding € 92,82
 - overige exploitkosten 0,00
 - griffierecht 1.474,00
 - getuigenkosten 13,15
 - deskundigen 0,00
 - overige kosten 0,00
 - salaris advocaat 5.684,00 (4,0 punten × tarief € 1.421,00)
- Totaal € 7.263,97
- 4.46. De gevorderde nakosten zullen worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.
- 4.47. [X] vordert dat dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Rabobank meent dat die vordering moet worden afgewezen althans daaraan de voorwaarde moet worden verbonden dat daarvoor voldoende zekerheid wordt gesteld, omdat [X] inmiddels in [land] woont en geen verhaal biedt in Nederland (pt. 8 antw.). [X] meent dat zijn belang bij een executeerbaar vonnis dient te prevaleren en dat Rabobank het door haar aangehaalde renterisico onvoldoende heeft geconcretiseerd, omdat [X] steevast stipt en volledig aan al zijn verplichtingen jegens Rabobank heeft voldaan en dat

ook in de toekomst zal blijven doen.

- 4.48. De rechtbank ziet geen reden om het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. [X] heeft belang bij spoedige betaling van het door Rabobank verschuldigde bedrag. Het belang van Rabobank in verband met het restitutierisico kan voldoende worden beschermd door de gevraagde zekerheid. De rechtbank past voor die zekerheid naar analogie de criteria toe die in art. 224 Rv worden gehanteerd voor zekerheidstelling voor proceskosten. Aan die criteria is voldaan omdat [X] buiten Europa woont en geen verhaal in Nederland biedt.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. veroordeelt Rabobank om aan [X] te betalen een bedrag van € 169.319,52 (éénhonderdnegenenzestig duizenddriehonderdnegentien euro en tweeënvijftig eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het bedrag van € 166.477,52 met ingang van 22 september 2010 tot de dag van volledige betaling,
- 5.2. veroordeelt Rabobank in de proceskosten, aan de zijde van [X] tot op heden begroot op € 7.263,97, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,
- 5.3. veroordeelt Rabobank in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Rabobank niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat,
- 5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad, onder de voorwaarde dat [X] genoegzame zekerheid stelt voor het volledige door Rabobank te betalen bedrag,
- 5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.F.M.T. Franke en in het openbaar uitgesproken op 26 maart 2014.