

ECLI:NL:RBAMS:2019:2152

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	13-03-2019
Datum publicatie	27-03-2019
Zaaknummer	C/13/640044 / HA ZA 17-1333
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Schending zorgplicht bank jegens cliënt (schoolinstelling) bij verstrekken renteswap voor een op dat moment onzekere lening. Cliënt is onvoldoende geweest op mogelijkheid dat rente moet worden betaald voor een niet genomen financiering.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/640044 / HA ZA 17-1333

Vonnis van 13 maart 2019

in de zaak van

de stichting

STICHTING EDUDELTA ONDERWIJSGROEP,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

advocaat mr. H.J. Bos te Amsterdam,

tegen

de coöperatie

COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Edudelta en de bank worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 18 juli 2018 waarbij een comparitie van partijen is gelast, en de daarin genoemde processtukken,
- het proces-verbaal van comparitie van 13 december 2018, en de daarin opgenomen proceshandelingen en processtukken,
- de brief van 31 december 2018 zijdens de bank met opmerkingen op het proces-verbaal,
- de brief van 3 januari 2019 zijdens Edudelta, met aanvullingen op het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Edudelta is een onderwijsinstelling voor vmbo, mbo, havo en vwo met locaties in Goes, Middelharnis en Barendrecht. Daarnaast verzorgt Edudelta cursussen. Over de jaren 2005 tot en met 2010 realiseerde zij een omzet van tussen de € 21,4 miljoen en € 23,9 miljoen; haar balanstotaal varieerde in die periode tussen € 24,8 miljoen en € 36,9 miljoen en haar eigen vermogen tussen € 13 miljoen en € 22 miljoen. Het Treasury Statuut van Edudelta bevat onder meer de volgende passage:

*"Het treasurybeleid is gericht op het uitsluiten dan wel minimaliseren van (...) het renterisico (...)
Het renterisico dient te worden afgedekt (...)"*

2.2. In 2006 heeft Edudelta bij de bank een investeringskrediet van € 5,4 miljoen verkregen ten behoeve van de renovatie en nieuwbouw van diverse onderwijslocaties, waaronder een nieuwbouwlocatie in Barendrecht. Na afloop van de bouwfase per uiterlijk 31 december 2008 zou dit krediet worden omgezet in een variabelrentende (3-maands Euribor plus opslag) lening van € 4,8 miljoen en een rekening-courant van € 0,6 miljoen. Om het renterisico af te dekken is een drietal Forward Starting Renteswaps (**FSR06**) afgesloten van ieder € 1,6 miljoen met looptijden van 10, 15 en 20 jaar, swaprentes van 4,17%, 4,22% en 4,23% en een ingangsdatum van 1 januari 2009.

2.3. De bank heeft op 15 november 2006, voorafgaand aan het sluiten van de FSR06, een product sheet over de uitgestelde renteruil aan Edudelta toegestuurd. Daarin is opgenomen:

"(...) Met een (uitgestelde) renteruil kunt u los van uw financiering en zelfs zonder dat u de middelen al tot uw beschikking heeft, een afspraak maken over een vaste rente. Deze afspraak gaat in de toekomst in.

De renteruil loopt los van een variabelrentende lening. (...). Één renteruil kan exact op één lening worden afgestemd of juist op meerdere onderliggende leningen. Hiermee kunt u met behulp van één transactie het gehele renteprofiel van meerdere leningen beheren.

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.

Kenmerken van de renteruil:

- U heeft uw rente vastgelegd en ondervindt geen nadeel van een opgaande rente.
- Er wordt geen premie betaald.
- De transactie wordt los van een lening(portefeuille) afgesloten. (...).
- (...)
- Bij aflossing van de onderliggende financiering resteert er een verplichting uit hoofde van de renteruil.

(...)"

- 2.4. In 2007 en 2008 zijn er in verband met investeringsplannen van Edudelta in onder meer Middelharnis gesprekken gevoerd over aanvullende financiering en afdekking van het renterisico op deze toekomstige financiering, onder andere door middel van een Forward Starting Renteswap. In een rentemanagementvoorstel van de bank aan Edudelta van 31 januari 2008 is onder meer het volgende opgenomen:

"Nieuw rentecontract

Er zal met 95% zekerheid een nieuwe investering plaatsvinden in een nieuwe locatie. De start van de bouw zal ongeveer midden 2009 zijn. In eerste instantie valt de keuze op een lening met een lange looptijd, liefst 30 jaar. Middels treasury kunt u daar de looptijd van de rente op aan laten sluiten, namelijk ook een 30- jaars rente, van 1 januari 2010 tot 1 januari 2040".

- 2.5. In een schriftelijke verklaring van [naam 1] , werkzaam bij de bank als Senior Relatiemanager Publieke Sector, van 2 maart 2018 is, voor zover thans van belang, omtrent de gang van zaken in 2007/2008 het volgende vermeld:

"In november 2007 kwamen voor het eerst de plannen voor nieuwbouw Middelharnis/Sommelsdijk ter sprake. Dit was ook het moment waarop [naam 2] toetrad tot de Raad van Bestuur, waarbij [naam 3] voorzitter bleef. De maanden hierop volgend zijn er meerdere contacten geweest waar ons is medegedeeld hoe het e.e.a. financieel vorm zou moeten krijgen. De verwachte financieringsbehoefte voor Edudelta was EUR 5 mln. Gezien de oplopende kapitaalrente wilde [naam 3] het renterisico nu al afdekken ook al lag de verwachte oplevering nieuwbouw pas in 2011. [naam 3] was al bekend met het product rentederivaten. Gezien de urgentie voor de nieuwbouw en betrokkenheid van de relevante partijen in het project (...) was er geen twijfel bij [naam 3] dat dit project doorgang zou vinden. In dat verband is ook het belang besproken van het doorgaan van de financiering als een renteswap is overeengekomen. Daarbij zijn ook de risico's besproken als de toekomstige financiering niet door zou gaan. (...) Voor ons waren er geen signalen om te twijfelen aan het niet doorgaan van het project. Mocht dit echter toch onverhoopt het geval zijn dan zou volgens [naam 3] uitgeweken moeten worden naar een alternatief waar ook financiering voordig zou zijn en derhalve ook afdekking van het renterisico. Linksom of rechtsom, de renteswap zou hoe dan ook nodig zijn. (...)"

- 2.6. Op 18 en 21 april 2008 heeft de bank zogenaamde product sheets betreffende de renteswap en het alternatief een renteplafond (of 'cap') toegestuurd aan Edudelta. In de product sheet over de renteswap is opgenomen:

"U zult een financiering opnemen en wenst hiervoor een vaste rente te betalen. Dit heeft als voordeel dat u geen nadeel meer ondervindt van een oplopende rente. Bovendien weet u precies wat uw

rentelasten voor een langere periode zijn. Uw rentepositie kunt u fixeren door een traditionele vastrentende lening op te nemen of juist door een variabelrentende lening middels een renteruil om te zetten naar een vaste rente. Het voordeel van een renteruil is dat deze separaat van de financiering wordt gesloten. Dit biedt u derhalve meer flexibiliteit.

Kenmerken:

- U heeft uw rentelasten vastgelegd en bent niet meer onderhevig aan rentefluctuaties.
- U profiteert niet meer van rentedalingen.
- De renteruil is eenvoudig verhandelbaar en kan zowel in waarde toe- als afnemen.
- Er wordt geen premie betaald.
- (...)
- Bij aflossing van de onderliggende financiering resteert er een verplichting uit hoofde van de renteruil.

(...)

Het beschreven instrument behoort tot de financiële derivaten. (...) Deze worden separaat gesloten naast een onderliggende (toekomstige) financiering. (...) Het afsluiten van een derivaat impliceert niet dat een financieringsverzoek is gehonoreerd. (...)

- 2.7. Op 20 mei 2008 is een Forward Starting Renteswap (**FSR08**) gesloten ter afdekking van het toekomstig renterisico op een variabelrentende lening van € 5 miljoen. De FSR08 heeft een looptijd 30 jaar vanaf ingangsdatum 1 januari 2011 en een vaste swaprente van 4,8%.
- 2.8. Bij brief van 7 oktober 2008 heeft Edudelta aan de bank geschreven:
- "(...) In 2008 is een renteswap overeengekomen met de Rabobank voor een bedrag van € 5 mln. met als ingangsdatum 01-01-2011. Hierop is nog geen lening overeenkomst (voor de nieuwbouw Edudelta College Middelharnis) afgesloten. (...)"*
- 2.9. In november 2009 heeft de bank een aanvullende variabelrentende lening van 2,5 miljoen euro voor het project Barendrecht aan Edudelta verstrekt. De variabele rente voor die aanvullende lening is geplaatst onder de FSR08 voor het leenbedrag.
- 2.10. De onder 2.4 genoemde investeringsplannen voor Middelharnis zijn stopgezet door Edudelta. Zij heeft de voor die investeringsplannen benodigde aanvullende financiering niet aangevraagd. Partijen hebben overleg gepleegd om een mogelijke overhedge te voorkomen of op te heffen. De aan Edudelta verstrekte leningen en de met Edudelta gesloten renteswapovereenkomsten zijn op 12 april 2011 geherstructureerd. Daarbij zijn de drie renteswaps uit 2006 (FSR06) en de renteswap uit 2008 (FSR08) kosteloos beëindigd en samengevoegd tot een nieuwe renteswap voor een bedrag van € 9.896.925,00 met een vaste swaprente van 4,8%. Bij de herstructurering is een vastrentende lening van € 1.884.425,00 omgezet naar variabelrentende lening, waarvan de variabele rente onder de geherstructureerde renteswap is geplaatst.
- 2.11. In 2015 heeft Edudelta bij de bank geklaagd over de rentelasten als gevolg van de FSR08 en de herstructurering van de renteswaps in 2011. Het Expertise Derivatenteam van de bank heeft de volgende klachten van Edudelta gegrond geacht (tussen haakjes: het door de bank begrote schadebedrag): Edudelta heeft teveel aan rente betaald als gevolg van overdekkingen (€ 183.260,70), bij de herstructurering in 2011 heeft de bank ten onrechte een marge in rekening gebracht (€ 176.000,00), de bank heeft ten onrechte de verschuldigde opslag verhoogd van twee variabelrentende leningen (€ 155.678,21 en € 21.597,77). Bij brief van 13 oktober 2017 heeft de bank aangeboden Edudelta een bedrag van € 528.702,41 te vergoeden.
- 2.12. Edudelta verkeert inmiddels in liquidatie en heeft haar onderwistaken beëindigd.

3 Het geschil

3.1. Edudelta vordert – samengevat – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht te verklaren dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, althans onrechtmatig, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld jegens Edudelta met betrekking tot de advisering en de verkoop van de FSR2008;
- II. de bank veroordelen tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat;
- III. de bank te veroordelen tot betaling van € 6.422,-- wegens buitengerechtelijke incassokosten;
- IV. de bank te veroordelen tot betaling van de proceskosten en de nakosten.

3.2. Edudelta stelt daartoe – samengevat – dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden door te adviseren een renteswap aan te gaan voor 30 jaar. De lening waarvoor de renteswap is overeengekomen is uiteindelijk niet tot stand gekomen, zodat Edudelta thans een renteverplichting – voor de duur van 30 jaar – heeft zonder dat daartegenover een lening staat.

Door een gemeentelijke herziening in 2009 is de gemeente Middelharnis opgegaan in de (veel grotere) gemeente Goeree-Overflakkee. Het gemeentebestuur van die nieuwe gemeente heeft het standpunt ingenomen dat er voldoende schoolgebouwen voor middelbaar onderwijs (HAVO en VWO) aanwezig waren. Het gemeentebestuur heeft in 2009 dus besloten niet te investeren in een nieuw schoolgebouw. Aangezien de realisatie van het schoolgebouw mede afhankelijk was van financiering door de gemeente is dat project, ook voor Edudelta, niet doorgestaan en is de aan de FSR08 gekoppelde onderliggende lening niet tot stand gekomen. De bank was van die afhankelijkheid van de gemeente op de hoogte, evenals van het Treasury Statuut van Edudelta, dat verbiedt dat Edudelta een open positie inneemt bij het afsluiten van rentederivaten. De bank heeft Edudelta in 2008 onvolledig geïnformeerd over de risico's van de uitgestelde renteswap. Het aanbod uit 2017 van de bank is ontoereikend omdat daarmee de betalingsverplichtingen uit hoofde van de FSR08 niet worden beëindigd, aldus steeds Edudelta.

3.3. De bank voert – kort gezegd – aan dat op haar geen (bijzondere) zorgplicht jegens Edudelta rustte. Edudelta is een professionele onderneming en haar bestuurders hadden kennis van de risico's van een uitgestelde renteswap. In 2006 hebben partijen, op verzoek van Edudelta, drie van dergelijke overeenkomsten gesloten ter dekking van het risico dat de (variabele) rente voor drie leningen zal stijgen. In 2007 en 2008 heeft Edudelta te kennen gegeven mogelijk een aanvullende financiering (met variabele rente) nodig te hebben en dat zij voor die variabele rente ook een afdekking van het renterisico wenste. De bank heeft ook in dat geval uitdrukkelijk gewezen op de mogelijke gevolgen van een renteswapovereenkomst indien de financiering niet tot stand zou komen. Dit hebben medewerkers van de bank in gesprekken met bestuurders en de treasurer van Edudelta nadrukkelijk aan de orde gesteld; ook in presentaties en schriftelijke documentatie is dit opgenomen. Edudelta was dus op de hoogte van het risico dat zij liep door de renteswapovereenkomst. In 2008 was Edudelta er echter stellig van overtuigd dat die aanvullende financiering er zo komen, omdat zij naast de investeringsplannen in Middelharnis ook financiering nodig zou hebben voor de onderwijslocatie Barendrecht. Indien de bouw van een schoolgebouw in Middelharnis niet zou doorgaan, zou de aanvullende financiering worden aangewend voor Barendrecht. Uiteindelijk heeft Edudelta die aanvullende financiering niet aangevraagd. Zij was er echter door de bank van op de hoogte gesteld wat dit betekende voor haar rentelasten als gevolg van de FSR06 en FSR08. Partijen hebben in 2009, 2010 en 2011 overleg gehad over de ontstane situatie, waarbij Edudelta heeft gevraagd om herstructurering vanwege de open positie als gevolg van het niet tot stand komen van de financiering van 5 miljoen euro. Daaruit blijkt dat Edudelta in 2009 wist van de risico's die zij heeft gelopen met de renteswaps. Toch heeft zij pas in 2015 geklaagd bij de bank. Dit is niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (BW). Tot slot kan Edudelta worden verweten te hebben aangedrongen op het verkrijgen van de uitgestelde renteswap (FSR08), terwijl zij de niet zeker was van de aanvullende financiering. De hoge rentelasten waar Edudelta na 1 januari 2011 mee is geconfronteerd, zijn dus (grotendeels) ontstaan door haar eigen schuld, aldus steeds de bank.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. De bank heeft een beroep gedaan op het verval van de vordering van Edudelta op haar. Artikel 6:89 BW strekt tot (rechts)bescherming van de schuldenaar. Centraal staat daarin dat een schuldeiser zodanig tijdig bij de schuldenaar protesteert naar aanleiding van een gebrek in de prestatie dat de schuldenaar niet wordt belemmerd in het voeren van verweer, bijvoorbeeld doordat relevante documentatie betreffende het geschil niet langer beschikbaar is of bij het sluiten van de overeenkomst betrokken personen niet langer beschikbaar zijn voor nadere uitleg over de gang van zaken. In dit geval is niet gebleken van dergelijk nadeel voor de bank. Van de bank mag worden verwacht dat zij de relevante documentatie over het tot stand komen van een overeenkomst onder zich houdt zolang die overeenkomst voortduurt. Dit blijkt ook wel uit de door de bank in het geding gebrachte producties, waarop Edudelta ter afwering van dit verweer heeft gewezen: de correspondentie tussen partijen uit 2007 en 2008. Daarnaast is ter zitting in deze procedure een van de medewerkers van de bank die indertijd met Edudelta heeft gesproken over de renteswapovereenkomsten uitvoerig aan het woord geweest. Verder blijkt uit het procesdossier dat de bank in 2015, nadat Edudelta heeft geprotesteerd over de gebrekkige prestatie van de bank bij het sluiten van de FSR08 en de herstructurering van de renteswapovereenkomsten in 2011, uitvoerig is ingegaan op dat protest van Edudelta. In 2017 heeft de bank nog een voorstel gedaan aan Edudelta tot betaling van een vergoeding voor door haar gemaakte fouten bij de renteswapovereenkomsten. Niet is gebleken dat de bank bij het voeren van verweer in deze procedure is geschaad doordat Edudelta pas in 2015 de stelling heeft ingenomen dat de bank tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)plichten. Het beroep van de bank op artikel 6:89 BW wordt in dit geval dan ook niet gevolgd.
- 4.2. Naar vaste rechtspraak rust op de bank, als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener, die een financieel product adviseert, een (bijzondere) zorgplicht, die mede ertoe strekt de cliënt te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Hoever die zorgplicht reikt, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder ook de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regels. Deze zorgplicht behelst onder meer dat de bank, ook afhankelijk van de aard en complexiteit van het te verstrekken advies en of te adviseren product, vooraf de cliënt dient te informeren over de werking en kenmerken van een voorgenomen transactie of toegepaste constructie en hem moet waarschuwen voor de (bijzondere) risico's die daaraan verbonden zijn. Deze zorgplicht is niet alleen van toepassing in de verhouding tussen de bank en een particuliere cliënt. De eisen van de redelijkheid en billijkheid brengen mee dat een financiële dienstverlener, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, in de verhouding tot een ondeskundige wederpartij steeds informatie en/of waarschuwingen aan die cliënt dient te verstrekken, om hem in staat te stellen een voldoende geïnformeerde beslissing te nemen om een bepaalde transactie of (combinatie van) product(en) al dan niet aan te gaan of af te nemen.
- 4.3. Toegespitst op de onderhavige situatie is van belang dat de forward starting renteswap en de variabel rentende lening(en) twee op zich zelf staande overeenkomsten zijn, maar in dit geval niet los van elkaar kunnen worden gezien. Partijen zijn het er immers over eens dat Edudelta de renteswap met de bank is aangegaan omdat zij het aan de toekomstige variabel rentende lening verbonden risico van een rentestijging wilde afdekken. De combinatie van de toekomstige variabel rentende lening en de renteswap maakt van deze overeenkomsten een complex financieel product, waaraan specifieke risico's zijn verbonden, die niet aan een op zichzelf staande lening kleven. De renteswap staat los van de onderliggende financiering en dat maakt dat, als de onderliggende financiering voortijdig wordt afgelost of – zoals in dit geval: niet (volledig) wordt genomen – de renteswap blijft doorlopen zonder dat sprake is van afdekking van een renterisico, waardoor deze een speculatief karakter krijgt. Edudelta moet dan gedurende de looptijd van de

renteswap de afgesproken vaste rente aan de bank blijven betalen tegenover de ontvangst van de door de bank te betalen variabele rente, zonder dat een renterisico wordt afgedekt. Een renteswap heeft – afhankelijk van de rentestand op de kapitaalmarkt – een negatieve of positieve marktwaarde. Een negatieve waarde moet bij voortijdige beëindiging door Edudelta aan de bank worden betaald. In deze situatie bevond Edudelta zich toen de lening bij de FSR08 niet werd opgenomen. De hiervoor genoemde zorgplicht brengt met zich dat de bank Edudelta bij de advisering van de renteswap voldoende begrijpelijk op dit specifieke risico van de productcombinatie moet wijzen.

- 4.4. Anders dan de bank heeft betoogd wordt Edudelta beschouwd als een wederpartij die onvoldoende kennis had van de mogelijke gevolgen en het risico van de onderhavige combinatie van producten, te weten: het aangaan van een langdurig (30 jaar) en in de toekomst startend rentederivaat in verband met een onzekere in de toekomst nog op te nemen lening. Verder acht de rechtbank van belang dat Edudelta een onderwijsinstituut (en geen commerciële marktpartij) is, en dat de toekomstige lening mede afhankelijk was van door derden (i.c. de gemeente) nog te nemen beslissingen over de nieuwbouw van een schoollocatie te Middelharnis (in 2008 nog Middelharnis en na de gemeentelijke herindeling in 2009 Goeree-Overflakkee).
- 4.5. De bank heeft aangevoerd dat Edudelta in 2008 over relevante kennis beschikte van uitgestelde renteswaps omdat partijen in 2006 al vergelijkbare renteswapovereenkomsten hadden gesloten. Daarbij gaat de bank echter voorbij aan de stelling van Edudelta dat zij niet heeft overzien welke gevolgen de uitgestelde renteswap heeft indien de onderliggende financiering (de variabel rentende lening) niet kan worden opgenomen. In 2006 betroffen de uitgestelde renteswaps immers een naar variabel rentende leningen om te zetten krediet dat reeds aan Edudelta was verstrekt. De uitgestelde renteswaps (FSR06) waren dus verbonden aan een in de toekomst gelegen, maar zekere, variabel rentende financiering (het krediet). In 2008 betrof de uitgestelde renteswap echter een onzekere lening die op z'n vroegst in 2009 tot stand zou komen en waarvan de totstandkoming mede afhankelijk was van de medewerking van een derde. In dit geschil heeft daarom te gelden dat Edudelta in 2008 met de kennis die zij heeft opgedaan bij het sluiten van de FSR06, niet zonder meer de risico's van de FSR08 in combinatie met de toekomstige onderliggende (onzekere) financiering heeft kunnen overzien. Er is niet gebleken dat de bank Edudelta voor dit specifieke risico heeft gewaarschuwd. Integendeel, het lijkt er eerder op dat de bank zich bij haar advisering door de woorden van Edudelta (*"Er zal met 95% zekerheid een nieuwe investering plaatsvinden in een nieuwe locatie"*) heeft laten geruststellen (*"Gezien de urgentie voor de nieuwbouw en betrokkenheid van de relevante partijen in het project (...) was er geen twijfel bij [naam 3] dat dit project doorgang zou vinden. In dat verband is ook het belang besproken van het doorgaan van de financiering als een renteswap is overeengekomen. Daarbij zijn ook de risico's besproken als de toekomstige financiering niet door zou gaan. (...) Voor ons waren er geen signalen om te twijfelen aan het niet doorgaan van het project. Mocht dit echter toch onverhoopt het geval zijn dan zou volgens [naam 3] uitgeweken moeten worden naar een alternatief waar ook financiering voor nodig zou zijn."*, aldus de medewerker van de bank, zie 2.5). Bij een renteswap met een looptijd van 30 jaar voor een financiering, waarvan de totstandkoming afhankelijk was van de medewerking van een derde (i.c. de gemeente), is de rechtbank niet tot de overtuiging gekomen dat de waarschuwing voor het risico van niet-totstandkoming van de financiering voldoende indringend is geweest. De bij de advisering betrokken medewerker van de bank kon ter zitting desgevraagd geen verdere details geven van de wijze waarop voor dit risico gewaarschuwd is, terwijl daaromtrent ook uit de gedingstukken niets blijkt.
- 4.6. Tussen partijen is niet in geschil dat door de beslissing van de gemeente Goeree-Overflakkee in 2009 om geen nieuw schoolgebouw te realiseren in Middelharnis duidelijk is geworden dat Edudelta de toekomstige lening van 5 miljoen euro niet zal aanvragen. Het onder 4.4 bedoelde risico van een overhedge heeft zich dus gemanifesteerd.
- 4.7. Partijen zijn in 2009 in overleg getreden over de overhedge die daardoor is ontstaan. Toen is een

aanvullende variabel rentende lening van 2,5 miljoen verstrekt aan Edudelta voor het project Barendrecht en is die lening onder de FSR08 geplaatst. Voor de overige afdekking van € 2,5 miljoen van de FSR08 is geen lening verstrekt. In 2011 zijn alle bestaande leningen van Edudelta geherstructureerd. Daarbij zijn haar renteswapovereenkomsten (FSR06 en FSR08) omgezet in één nieuwe renteswapovereenkomst met een notional value van € 9.896.925 en een swaprente van 4,36%. Daarbij is één vastrentende lening van € 1.884.425 (rente 4,95%-6,50%) omgezet naar een variabel rentende lening, waardoor aan de bestaande overhedge een einde kwam.

- 4.8. Edudelta heeft gesteld dat de bank tekort is geschoten in de nakoming van de zorgplicht bij het sluiten van FSR08. Edudelta beroept zich daarbij op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten, zodat bij voldoende betwisting op haar de bewijslast van die feiten rust. Anders dan Edudelta heeft betoogd is het verweer van de bank niet bevrijdend, maar een betwisting van de door Edudelta gestelde gebrekkige prestatie van de bank om haar afdoende en voldoende te informeren over en te waarschuwen voor het risico dat Edudelta loopt bij het sluiten van de uitgestelde renteswapovereenkomst FSR08 in combinatie met het onzekere karakter van de lening.
- 4.9. Tegen de stellingen van Edudelta heeft de bank voornamelijk aangevoerd dat de toenmalige bestuurder van Edudelta zelf is begonnen over de renteswap, en dat Edudelta bij herhaling heeft gezegd dat de onderliggende financiering (de variabel rentende lening) voor 95% zeker nodig zal zijn (dan wel voor de bouw van een nieuw schoolgebouw te Middelharnis, dan wel voor investeringen in het bestaande schoolgebouw te Barendrecht). Met dit betoog miskent de bank echter dat uit de gedragingen en uitlatingen van Edudelta (of haar toenmalige bestuurder) nog niet volgt dat Edudelta zonder nadere informatie en waarschuwing heeft (kunnen) overzien welk risico (als omschreven onder 4.4) zij loopt met de FSR08.
- 4.10. Daarnaast heeft de bank betoogd dat in de product sheets melding wordt gemaakt van het risico van het aangaan van een uitgestelde renteswap en de daaruit voor Edudelta voortvloeiende betalingsverplichtingen. Anders dan de bank heeft betoogd wordt in de tekst van die product sheets niet gewaarschuwd dat de betalingsverplichting van Edudelta ook nog 30 jaar doorloopt indien de onderliggende financiering niet tot stand komt.
- 4.11. Verder heeft de bank gewezen op de correspondentie tussen partijen uit oktober 2008 (zie 2.8) en 2009 over de toen ontstane situatie dat Edudelta in een open positie is komen te verkeren met de FSR08. Uit die correspondentie blijkt dat Edudelta wist dat het niet verkrijgen van de onderliggende financiering zou leiden tot een open positie (of overhedge) en dat dit moest worden voorkomen. Uit die correspondentie volgt echter niet, dat Edudelta in mei 2008 wist van de risico's die zij toen liep met het sluiten van een uitgestelde renteswap met een looptijd van 30 jaar betreffende de rente voor een op dat moment onzekere financiering. Evenmin blijkt uit die correspondentie dat de bank vóór mei 2008 Edudelta op dat risico heeft gewezen.
- 4.12. Uit het voorgaande volgt dat de stellingen van Edudelta worden gevolgd. Vastgesteld wordt dan ook dat de bank in 2008 haar (bijzondere) zorgplicht jegens Edudelta bij het sluiten van de renteswapovereenkomst FSR08 heeft geschonden en dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is geworden. De vorderingen op dit punt van Edudelta zullen worden toegewezen.
- 4.13. Met betrekking tot de verdere stellingen van Edudelta geldt het volgende.
- 4.13.1. Het verwijt van Edudelta dat de bank in 2007 en 2008 Edudelta onjuist heeft voorgelicht over de (toen) recente en toekomstige renteontwikkeling, treft in dit geval geen doel. In 2006 heeft Edudelta kennis gekregen van de werking van renteswaps (FSR06), en zij heeft in 2007/2008 te kennen gegeven een zelfde constructie te wensen voor de toekomstige variabel rentende lening die zij zou gaan aanvragen. Het staat vast dat Edudelta daarmee voor ogen stond de risico's van een eventuele rentestijging af te dekken. Daarvoor zijn renteswaps geschikte producten, zoals ook volgt uit de stelling van partijen –Edudelta heeft

immers nog gewezen op de mogelijkheid van andere vormen van renterisico afdekking (Swaption of cap). Daarnaast heeft Edudelta onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat de bank in 2007 en 2008 wist, of had kunnen weten, dan wel behoorde te weten, dat de (variabele) rente na 2008 scherp zou gaan dalen. Uit het debat tussen partijen over de renteontwikkeling sinds 2006 volgt dan ook niet dat de bank in dit opzicht tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Edudelta bij het sluiten van de FSR08.

4.13.2. Tot slot heeft Edudelta nog gewezen op regelgeving en beleidsstukken van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (OCW). Daarin is sinds 2010, aangevuld in 2014 en nader bepaald in 2016, vastgelegd (voor zover hier van belang) dat een publieke onderwijsinstelling (zoals Edudelta) geen open posities mag innemen – lees: renteovereenkomsten aangaan voor een hoger bedrag dan daadwerkelijk is geleend. Zonder nadere uiteenzetting, die ontbreekt, is niet in te zien waarom daaruit zou volgen dat de bank in 2006, 2007, 2008 en 2009 haar zorgplicht jegens Edudelta heeft geschonden door te adviseren over de mogelijkheid van een renteswapovereenkomst voor de door Edudelta gewenste dekking van een risico dat de rente in de toekomst zal stijgen. De publieke regelgeving en beleidsstukken waarop Edudelta heeft gewezen zijn voornamelijk ter instructie van de publieke onderwijsinstelling en leggen aan de bank geen verbod op voor het sluiten van een renteswapovereenkomst. Het is aan die publieke onderwijsinstelling om overeenkomstig die instructies te handelen bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten. Andere instellingen (ook een commerciële financiële instelling als de bank) zijn daaraan niet zonder meer gebonden. Het had dan ook op de weg van Edudelta gelegen om nader uiteen te zetten op welke rechtsgronden die regelgeving en beleidsstukken in dit geval zouden leiden tot een zorgplichtschending jegens Edudelta.

4.14. Het verweer van de bank met betrekking tot eigen schuld van Edudelta dient bij de vaststelling van de door Edudelta geleden en te lijden schade aan de orde te komen in de schadestaatprocedure. Dit geldt ook voor de door Edudelta gevorderde buitengerechtelijke kosten.

4.15. De bank zal in de proceskosten van deze procedure worden veroordeeld, aan de zijde van Edudelta tot op heden begroot op:

- exploitkosten	€	97,31
- griffierecht		1.924,00
- salaris advocaat		1.086,00
Totaal	€	3.107,31

De na dit vonnis te ontstane kosten aan de zijde van Edudelta worden begroot en toegewezen als na te melden.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat de bank haar (bijzondere) zorgplicht jegens Edudelta heeft geschonden bij het sluiten van de renteswapovereenkomst uit 2008 (FSR08),

5.2. veroordeelt de bank tot het vergoeden van de daardoor geleden en te lijden schade aan de zijde van Edudelta, op te maken bij staat,

5.3. veroordeelt de bank in de proceskosten, aan de zijde van Edudelta tot op heden begroot op €

3.107,31,

- 5.4. veroordeelt de bank in de na dit vonnis aan de zijde van Edudelta ontstane nakosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden en de veroordeelde niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,
- 5.5. verklaart de veroordelingen onder 5.2 tot en met 5.4 uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.C.H. Blankevoort, rechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 13 maart 2019.