

# ECLI:NL:GHAMS:2019:4308

## □ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Amsterdam, 03-12-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4308, 200.239.094/01

Renteswap. Bank heeft niet geadviseerd renteswap af te sluiten. Geen sprake van schending zorgplicht en dwaling. 'Vaste kern' van rekening-courantkrediet komt in aanmerking voor afdekking van renterisico. Marktconforme marge.

### GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	03-12-2019
Datum publicatie	17-02-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2019:4308
Formele relaties	Eerste aanleg ECLI:NL:RBAMS:2018:303
Zaaknummer	200.239.094/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

### UITSPRAAK

#### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.239.094/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/612299 / HA ZA 16-729

#### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 3 december 2019

inzake

**[X] HOLDING B.V.**,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
appellante,  
advocaat mr. R.A.F. Hamsen te Zeist,

tegen

**ING BANK N.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
geïntimeerde,  
advocaat mr. R.P. Raas te Amsterdam.

#### 1 Het geding in hoger beroep

Partijen zullen hierna [X] en ING genoemd worden.

[X] is bij dagvaarding van 20 april 2018 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 31 januari 2018, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen [X] als eiseres en ING als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak op 17 mei 2019 doen bepleiten, [X] door mr. Hamsen voornoemd en ING door mr. Raas voornoemd en mr. N.P. Didden, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd aan het hof. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft [X] nog de producties 36 en 37 in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en haar vordering zoals vermeld op bladzijde 19 e.v. van de memorie van grieven alsnog zal

toewijzen, met beslissing over de proceskosten met nakosten en rente.

ING heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van [X] in de kosten van het hoger beroep, met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## 2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het vonnis onder 2, 2.1 tot en met 2.18, de vaststaande feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. De vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1.1 [X] maakt onderdeel uit van de [X] Groep. De groep exploiteerde autobedrijven, vastgoed en een benzinestation. In [X] waren de autobedrijven ondergebracht.

2.1.2 Eind 2015 heeft [X] de exploitatie van de autobedrijven gestaakt. De activiteiten van de [X] Groep zijn nadien beperkt tot de exploitatie van vastgoed en een benzinestation.

2.1.3 In 2007 heeft [X] haar activiteiten geherfinancierd bij ING. Op verzoek van [X] ( [controller] , destijds werkzaam als controller bij [X] , hierna: [controller] ) heeft FBM ( [A] en [B] ) geadviseerd over de herfinanciering. ING heeft op 5 november 2007 aan [X] een offerte uitgebracht voor een rekening-courantkrediet van € 5.000.000 met een stamkrediet van € 500.000. Deze offerte is door [X] op 9 november 2007 voor akkoord ondertekend. Naast dit krediet beschikte [X] over kredieten bij haar leveranciers.

2.1.4 Op 22 mei 2008 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [adviseur] (hierna: [adviseur] ), destijds als Senior Financial Markets Advisor werkzaam bij ING Financial Markets, en [controller] . Tijdens dat gesprek heeft [adviseur] een presentatie gegeven met als titel: "Rentemanagement [X] Automobielenbedrijven". Op pagina 4 van die presentatie wordt onder het kopje "Uw situatie" het volgende opgemerkt:

### **lening 1**

Hoofdsom 5,000,000

Uiterlijke opname 01-Jun-08

Euriborbasis 1m

Eind eerste periode 01-Jul-08

Volgende aflossing 01-Jul-18

Aflossing 5,000,000

Kredietopslag 0,90%

Op pagina 8 van de presentatie wordt vermeld dat de door ING aangeboden producten maatwerkproducten zijn en dat de in de presentatie genoemde maatwerkproducten slechts ter illustratie dienen. En voorts: "[A]lle producten die wij u te bieden hebben kunnen worden afgestemd op uw wensen en eisen om zo te komen tot een optimaal rentemanagement".

2.1.5 Op 28 mei 2008 heeft [adviseur] aan [controller] naar aanleiding van het "prettige gesprek van 22 mei jl. in zake het afdekken van het renterisico van de [X] Groep B.V." een Voorstel Rentehedge gestuurd met daarin een update van de swapniveaus die door ING Financial Markets worden aangeboden. Daarin zijn de volgende "uitgangspunten renteswap" geformuleerd:

"\* De renteswaps zijn berekend op basis van een aflossingsvrije hoofdsom voor een looptijd van

3-, 5-, 7- en 10-jaars periode;

\* De berekende indicaties hebben een ingangsdatum van 1 juni 2008 en op basis van de geld- en kapitaalmarkt van 28 mei 2008;

\* De genoemde swapniveaus zijn op basis van 1-maands Euribor.

\* In ons gesprek is gesproken over het afdekken van het renterisico dat schuilt in de euribor gerelateerde financieringen die zijn aangegaan bij de importeurs. In de rente afdekking met ING kunnen deze worden meegenomen."

2.1.6 Op 19 juni 2008 heeft [accountmanager V] , accountmanager Financial Markets ING gesproken met [B] (FMB) inzake afdekken renterisico voor [X] . In een e-mailbericht aan medewerkers van ING van dezelfde datum geeft hij dat gesprek als volgt weer:

"Zojuist gebeld door [B] (FMB) inz. afdekken renterisico voor [X] . Hij wil een update van de 3,5, 7 en 10-jaars rente. (...)

Hem toegezegd dat jullie morgen contact (030-60512222) met hem opnemen mbt status ZIP + limieten."

2.1.7 Op 20 juni 2008 heeft [accountmanager S] , accountmanager Bedrijven & Instellingen bij ING, gesproken met een adviseur van [X] . In een e-mailbericht aan [adviseur] van die datum geeft hij van dat gesprek als volgt weer:

"Zojuist adviseur [X] gesproken

1. aangegeven dat wij maximaal 3.5 willen hedgen en eengegeven dat dit ING beleid is. Hij gaat erover nadenken maar vindt zeer vreemd. Renterisico afdekken over 6 mio is bedrijfsbesluit en deze vaste kern is aanwezig

2. Stukken tbv rentehedge moeten worden opgesteld en getekend rente is tov vorig voorstel behoorlijk opgelopen en hij geeft aan dat dit door ING deels verwijtbaar is. Dit heb ik gepareerd.

(...)

SVP vandaag met spoed de navolgende stukken opstellen/aanvragen zodat eea kan worden getekend indien met wil hedgen:

1. allowance ad 350/m

2. raamovk

3. passendheidstest

4. hele pakket zip dus ales wat ik nog vergeten ben

Aangegeven dat [adviseur] maandag ook nog even belt. Adviseur belt vandaag nog terug om eea door te geven of en wanneer men wil hedgen. Stukken moeten dan meteen worden getekend. (...) Adviseur belt vandaag nog terug om eea door te geven of en wanneer men wil hedgen."

2.1.8 Op 25 juni 2008 heeft [X] met ING een renteswap afgesloten voor een vaste hoofdsom van € 5.000.000 met een looptijd van tien jaar. Op grond van deze renteswap is [X] aan ING over de hoofdsom een vaste rente van 5,04% per jaar verschuldigd en betaalt ING aan [X] de variabele rente, gelijk

aan het 11maands Euribortarief.

- 2.1.9 Op dezelfde datum heeft [X] de vragenlijst "MiFID-passendheid" ingevuld en ondertekend en heeft [X] een formulier "Toestemming voor uitvoeren van mijn orders buiten een gereguleerde markt of Multilateral Trading Facility (MTF) door ING Wholesale Banking" ondertekend. Verder hebben [X] en ING de "Raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet-professionelen)" afgesloten waarin de voorwaarden zijn opgenomen die van toepassing zijn op de renteswap. Uit deze documenten volgt dat ING [X] voor wat betreft de op hun verhouding van toepassing zijnde bepalingen uit de MiFID-richtlijn en de Wft heeft aangemerkt als niet-professionele cliënt.
- 2.1.10 Om te kunnen voldoen aan de wettelijke marginverplichting heeft ING aan [X] een allowancefaciliteit (kredietfaciliteit voor het geval de negatieve waarde gerealiseerd wordt) van € 500.000 ter beschikking gesteld. De voorwaarden waaronder [X] gebruik kan maken van deze allowancefaciliteit zijn vastgelegd in het document "Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties".
- 2.1.11 ING heeft [X] op 11 februari 2009 per brief bericht dat de door [X] en haar groepsmaatschappijen in het kader van het rekening-courantkrediet verstrekte zekerheden vanaf dat moment ook zullen gelden voor de verplichtingen uit hoofde van de renteswap. In deze brief is tevens een aanvullende break-clause opgenomen, waarin wordt bepaald dat naast hetgeen in de Raamovereenkomst is overeengekomen, tevens geldt dat transacties in renteswaps geheel dan wel gedeeltelijk vervroegd worden tegengesloten indien de leningen waarvoor de renteswaps zijn gesloten geheel of gedeeltelijk vervroegd worden afgelost of indien de modaliteiten daarvan anderszins wijzigen.  
[X] heeft deze brief voor akkoord getekend.
- 2.1.12 De aan [X] verstrekte allowancefaciliteit is op 20 maart 2009 en 3 maart 2010 opgehoogd naar € 750.000 respectievelijk € 1.250.000.
- 2.1.13 Op 5 december 2011 heeft ING [X] bericht dat als gevolg van de negatieve marktwaarde van de renteswap de allowancefaciliteit van 3 maart 2010 bijna werd overschreden en dat er bij overschrijding een aantal maatregelen kunnen worden genomen om weer te kunnen voldoen aan de marginverplichtingen. Een van de maatregelen die werd genoemd, betrof het verhogen van de allowancefaciliteit. Op 29 maart 2012 hebben ING en [X] de allowancefaciliteit opgehoogd naar € 1.450.000.
- 2.1.14 Naar aanleiding van een verzoek van [X] om de renteswap nader te onderzoeken en hierover met ING in contact te treden, hebben [C] en [D] van [C] Finance Consultancy B.V. respectievelijk [E] Consultancy B.V. bij brief van 7 mei 2014 aan ING bericht dat er bij het afsluiten van de renteswap direct sprake is geweest van een *overhedge*, omdat de beperkingen die zijn aangebracht met betrekking tot het verstrekte rekening-courantkrediet volledige opname daarvan onmogelijk maken en het kredietgebruik ook in de maanden voorafgaand aan het sluiten van de renteswap ver onder de 5 miljoen lag  
"(...) algemeen bekend is dat het gemiddeld kredietgebruik van een rc faciliteit ca 70% bedraagt. Daarnaast is het zo dat een positieve cashflow ontwikkeling (exces cashflow) zorgt voor een structurele daling van het gemiddeld kredietgebruik van een onderneming. Bij [X] is hier tevens sprake van, zo blijkt uit ons onderzoek.  
Wij concluderen dat het sluiten van een renteswap a) voor het gehele bedrag van de rc faciliteit en b) voor een looptijd van 10 jaar niet passend is geweest voor [X].  
In de periode 2008-2009 hebben de heren [Y] en [Z] enkele keren aangegeven aan ING dat de betaalde rente zich ten opzichte van het kredietgebruik onevenredig hoog ontwikkelde. Zij verzochten ING om aanpassing, maar kregen bij ING geen gehoor. Naar wij vernamen van beiden behoorde aanpassing niet tot de mogelijkheden.  
In januari 2010 heeft ING FM nog een presentatie gegeven bij [X], waarbij het woord *overhedge* niet is gevallen. ING geeft in haar presentatie aan "dat alle producten kunnen worden afgestemd op wensen en eisen om zo te komen tot een optimaal rentenmanagement".  
Wij hebben ons verdiept in de onderliggende stukken, welke teruggaan tot 2008. Helaas zijn wij tot de conclusie gekomen dat het advies bij de verkoop van dit product door ING voor [X] niet passend is geweest, en dat daarmee ING toerekenbaar tekort is geschoten. In dit kader verwijzen wij naar uw zorgplicht."
- 2.1.15 ING heeft [X] op 12 juni 2014 met de adviseurs van [C] Finance en [E] Consultancy gesproken. Naar aanleiding van dit gesprek heeft ING [X] op 9 juli 2014 bericht dat de klachten worden afgewezen. Hiertoe wijst ING erop dat [X] is geïnformeerd over de werking van de renteswap en bij het afsluiten van de renteswap de productkaart *Interest Rate Swap* heeft ontvangen. Voorts wijst ING erop dat een van de uitgangspunten van [X] was het afdekken van het renterisico dat schulde in de Euribor gerelateerde financieringen die waren aangegaan bij haar importeurs. ING heeft [X] erop gewezen dat zij zelfstandig heeft besloten de transactie aan te gaan, daartoe bijgestaan door [controller] en haar eigen adviseur [B] van FBM, en stelt zich op het standpunt dienstverlening te hebben verricht op basis van *execution only* en dus niet te hebben geadviseerd. Op de Vragenlijst MiFID-passendheid heeft [X] aangegeven over kennis en ervaring met betrekking tot rentederivaten te beschikken. ING concludeerde als volgt:  
"ING is van mening dat zij u voldoende heeft geïnformeerd, alvorens u zelfstandig hebt besloten om de Transactie af te sluiten. ING betwist elke aansprakelijkheid. U en uw adviseurs hebben zelfstandig gekozen voor de constructie waarbij naast het afdekken van de fluctuaties van het Euribor op uw Rekeningcourantkrediet tevens is gekozen om het renterisico af te dekken op gerelateerde financieringen die waren aangegaan bij importeurs. Voorts kon (en kan) u te allen tijde besluiten om de Transactie (gedeeltelijk) tegen te sluiten. Van u en uw adviseurs mag worden verwacht dat er voldoende kennis aanwezig is over de gekozen financieringsconstructie. ING houdt u aan uw verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst. Voorts is ING van mening dat – indien er al sprake zou zijn van enige tekortkoming aan de zijde van de bank – het op uw weg had gelegen hierover eerder te klagen."
- 2.1.16 Op 11 maart 2015 heeft ING [X] een offerte uitgebracht voor een wijziging van de kredietfaciliteit inhoudende limietverlagingen op het rekening-courantkrediet. Deze offerte is voor akkoord getekend door [X]. Onder deze gewijzigde kredietfaciliteit werd het rekening-courantkrediet geleidelijk verlaagd naar € 2.500.000, terwijl het stamkrediet werd verhoogd naar € 2.600.000 en vervolgens geleidelijk weer verlaagd naar € 750.000. De offerte bevat ook een nieuwe *break clause*, die is doorgehaald omdat partijen daarover geen overeenstemming konden bereiken.
- 2.1.17 De advocaat van [X] heeft op 26 maart 2015 aan ING geschreven dat een renteswap niet geschikt is voor het afdekken van renterisico's op een rekening-courantkrediet vanwege het risico op een *overhedge*, dat ING onvoldoende voorlichting heeft geboden en dat [X] haar stellingen uit de eerdere brief dus onverkort handhaaft.
- 2.1.18 Op 7 april 2015 hebben ING en [X] overleg gevoerd, maar zij zijn niet tot overeenstemming gekomen over een oplossing.
- 2.1.19 In verband met de (noodgedwongen) beëindiging van de exploitatie van de autobedrijven door [X] heeft ING de kredietfaciliteit beëindigd, de renteswap tussentijds tegengesloten en de beëindigingskosten van € 700.000 bij [X] in rekening gebracht.
- 2.2 [X] heeft in eerste aanleg gevorderd, *primair*: een verklaring voor recht dat ING toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar (zorg)verplichtingen jegens [X] en/of onrechtmatig heeft gehandeld, alsmede dat ING zich bij haar dienstverlening rond de renteswap niet op eerlijke, billijke en professionele wijze heeft ingezet voor de belangen van [X] en ING te veroordelen tot betaling van, kort gezegd, schadevergoeding, met wettelijke rente en tot het per de dag van dagvaarding voor eigen rekening en risico beëindigen dan wel tegensluiten van de renteswap; *subsidiair*: de renteswap te vernietigen en

ING te veroordelen tot terugbetaling van het verschil tussen de door [X] uit hoofde van de renteswap aan ING betaalde bedragen verminderd met de door [X] van ING ontvangen bedragen, met wettelijke rente;  
*meer subsidiair*: ING te veroordelen om aan [X] terug te betalen dan wel te vergoeden een bedrag van € 74.000 ter zake van bovenmatige marge voor de renteswap, vermeerderd met de wettelijke rente;  
*primaar, subsidiair en meer subsidiair*: ING te veroordelen in de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de buitengerechtelijke incassokosten tot een bedrag van € 22.450,94, vermeerderd met 12,5% van de bedragen waartoe de rechtbank ING zal veroordelen uit hoofde van de primaire, subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen, althans tot een bedrag van € 999,50, vermeerderd met de wettelijke rente, en ING te veroordelen in de kosten van dit geding, met nakosten en rente.  
De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en [X] veroordeeld in de proceskosten.

### 3 De beoordeling

- 3.1 [X] komt met zes grieven op tegen de beslissingen in het bestreden vonnis en de gronden waarop die berusten.

#### *Advisering renteswap?*

- 3.2 Met grief 1 bestrijdt [X] het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat ING [X] heeft geadviseerd de renteswap af te sluiten. [X] stelt dat de dienstverlening van ING met betrekking tot de renteswap heeft te gelden als (beleggings-)advies in de zin van artikel 4:23 Wft. Onder de Wft en de Markets in Financial Instruments Directive (MiFID-richtlijn) is sprake van adviseren indien voldaan is aan vijf criteria. Het eerste criterium is dat een aanbeveling moet zijn gedaan. [X] betoogt dat ING een aanbeveling heeft gedaan omdat ING het initiatief heeft genomen om met [X] te spreken over het afdekken van het renterisico op het ING-krediet, hetgeen ING gemotiveerd betwist.
- 3.3 Vast staat dat ING [X] niet heeft verplicht het renterisico op het rekening-courantkrediet af te dekken. [adviseur], destijds als Senior Financial Markets Advisor werkzaam bij ING Financial Markets, heeft op 22 mei 2008 gesproken met [controller], destijds werkzaam als controller bij [X]. Tijdens dat gesprek heeft [adviseur] een presentatie gegeven met als titel "Rentemanagement [X] Automobielbedrijven" (zie onder 2.1.4). [Y] heeft tijdens de comparitie in eerste aanleg verklaard dat hij en zijn broer "niet indringend betrokken [zijn] geweest bij de totstandkoming van de renteswap" (proces-verbaal van de comparitiezitting van 3 november 2017, blz. 3). Daaruit volgt dat zij het aangaan van de renteswap hebben overgelaten aan controller [controller]. Nu [controller] een essentiële rol heeft gespeeld bij het aangaan van de renteswap had het op de weg van [X] gelegen een verklaring van deze in het geding te brengen over de gang van zaken voorafgaand aan het sluiten van de renteswap. [Y] en zijn broer hebben uit eigen wetenschap immers geen kennis van de feitelijke gang van zaken. Dat blijkt ook uit de verklaring van mr. Harmsen tijdens de comparitie van partijen. Hij heeft namelijk verklaard: "Ik kan niet achterhalen hoe de renteswap precies tot stand is gekomen en wie daarvoor het initiatief heeft genomen. De heer [controller] is niet meer in dienst bij [X]. Er is in verband met deze procedure of voorafgaand aan deze zitting geen contact met hem geweest. Uit het bedrijfsbesluit van [X] blijkt (...) van een wens om het renterisico te beperken (...)" (zie proces-verbaal, blz. 2).
- 3.4 Uit het e-mailbericht van 19 juni 2008 (zie onder 2.1.6) blijkt dat [B] van FBM rechtstreeks met ING belde en dat ING contact met hem zou opnemen over "status ZIP + limieten". Uit het e-mailbericht van 20 juni 2008 (zie onder 2.1.7) blijkt dat een adviseur van [X] rechtstreeks contact had met een medewerker van ING en dat deze adviseur zich actief opstelde; hij vond het zeer vreemd dat het ING-beleid was om maximaal een bedrag van € 3,5 miljoen te hedgen; hij liet zich uit over de gewenste hoogte van de risicoafdekking van € 6 miljoen, hij sprak in dat kader over een bedrijfsbesluit, en dat dat bedrag als vaste kern aanwezig was. Verder merkte hij op dat de rente ten opzichte van het vorige voorstel behoorlijk was opgelopen en gaf hij aan dat dit deels aan ING viel te verwijten. De adviseur zou ook terugbellen om door te geven of en wanneer [X] het renterisico wilde hedgen. Daaruit volgt dat, anders dan [X] stelt, een adviseur van FBM namens [X] rechtstreeks contact met ING opnam. De ongedateerde verklaring van [A], mede namens [B] van FBM (productie 26 bij akte overlegging producties), laat het vorenstaande onverlet. Vast staat dat [A] en [B] op verzoek van [controller] hebben geadviseerd bij de herfinanciering in 2007 (zie onder 2.1.3). Gezien de rechtstreekse, inhoudelijke contacten met ING over de afdekking van het renterisico en hun eerdere rol als adviseur van [X] mocht ING ervan uitgaan dat [X] werd bijgestaan door dezelfde aan FBM verbonden adviseur(s) als bij de herfinanciering.
- 3.5 Gezien al het voorgaande heeft [X] haar stelling dat ING het initiatief heeft genomen om met [X] te spreken over het afdekken van het renterisico verbonden aan het rekening-courantkrediet en heeft geadviseerd de renteswap aan te gaan onvoldoende toegelicht. Dat betekent dat niet is komen vast te staan dat ING [X] heeft geadviseerd de renteswap af te sluiten. De grief faalt.
- 3.6 Voor zover grief 2 voortbouwt op grief 1 faalt de grief. Voor zover [X] met grief 2 betoogt dat ING geen correcte passendheidstoets heeft uitgevoerd faalt de grief eveneens. De Vragenlijst MiFID-passendheid die ING hanteerde voldeed aan de op dat moment geldende eisen en was in overeenstemming met de vragenlijsten die andere banken gebruikten. De kennis en ervaring die [X] Onroerend Goed B.V. heeft opgedaan met de in 2005 afgesloten renteswap kan aan [X] worden toegerekend omdat, zo blijkt uit het organogram opgenomen in de memorie van antwoord onder 27, [X] en [X] Onroerend Goed B.V. dezelfde bestuurder hebben: [X] Groep B.V. en [Y] door ondertekening van de vragenlijst zelf aangeeft dat de kennis bij [X] aanwezig is.

#### *Schending van de zorgplicht*

- 3.7 Met grief 3 bestrijdt [X] het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van een zorgplichtschending.
- 3.8 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad rust in verband met haar maatschappelijke functie en deskundigheid op een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten een bijzondere zorgplicht. 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 product en de daaraan verbonden risico's.  
De vraag die daarmee voorligt is tot welke zorg ING in dit geval in concreto was gehouden. Bij de beantwoording van die vraag heeft de rechtbank in het bestreden vonnis van belang geacht dat [X] met een geconsolideerd balanstotaal van indertijd meer dan € 21 miljoen en een eigen vermogen van circa € 4,5 miljoen in civielrechtelijke zin als een grote professionele partij kwalificeert, dat zij bij het afsluiten van de renteswap is bijgestaan door externe adviseurs en dat zij zelf, in verband met kredieten van haar leveranciers, heeft aangedrongen op een afdekking voor een hoger bedrag dan het bedrag dat ING variabel rentend aan haar ter beschikking stelde.
- 3.9 Voor zover [X] betoogt dat ING jegens haar gehouden was tot een gelijke zorgplicht als jegens particuliere beleggers verwerpt het hof dat betoog. Dat [X] geen particuliere belegger is maar een grote professionele ondernemer is een omstandigheid waarmee bij de omvang van de zorgplicht rekening moet worden gehouden. Van ondernemers kan worden verwacht dat zij op (meer) professionele wijze (bedrijfs)beslissingen nemen en zich zo nodig daarbij door derden laten adviseren. Uit 3.4 volgt dat ING ervan uit mocht gaan dat [X] werd bijgestaan door externe adviseurs.
- 3.10 [X] heeft haar stelling dat zij de vaste kern van de leverancierskredieten niet onder de renteswap wenste te brengen onvoldoende toegelicht. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat in het voorstel Rentehedge van 28 mei 2008 (zie onder 2.1.5) is opgenomen dat is gesproken over het afdekken van het renterisico dat schuilt in de Euribor gerelateerde financieringen die zijn aangegaan bij de importeurs en dat deze in de renteafdekking door ING kunnen worden

meegenomen. Het hof wijst op het e-mailbericht van 20 juni 2008 (zie onder 3.4) waaruit blijkt dat ING maximaal een bedrag van € 3,5 wenste af te dekken, maar dat [X] € 6 miljoen wenste af te dekken, dat was volgens haar externe adviseur een bedrijfsbesluit en die vaste kern was aanwezig. Het hof wijst voorts nog op de brief van ING van 27 januari 2014 (productie 9 bij conclusie van antwoord) waarin een bespreking met [Z] wordt samengevat. Daarin staat onder meer het volgende: “Wij hebben gesproken over het lopende rentederivaat. Het renterisico is destijds af[ge]dekt op een niveau EUR 5 miljoen. Op basis van een variabele financiering bij de bank en een variabele financiering bij de financieringsmaatschappij van de importeurs. Deze afdekking heeft plaats gevonden op advies van een externe adviseur en de toenmalige controller”. Daaruit volgt dat [X] zelf heeft aangedrongen op een afdekking voor een hoger bedrag dan het bedrag van € 3,5 miljoen waarvoor ING - op basis van het rekening-courantkrediet - bereid was een renteswap aan te bieden.

- 3.11 Anders dan [X] stelt komt het renterisico van een rekening-courantkrediet in aanmerking voor afdekking en wel voor het bedrag dat als ‘vaste kern’ bestendig door de kredietnemer is opgenomen. Ter zake van deze vaste kern rustte op ING dan ook geen mededelings- of waarschuwingplicht. Als onvoldoende betwist staat vast dat de vaste kern van het rekening-courantkrediet destijds minimaal € 3,5 miljoen bedroeg. Wat betreft de dagelijkse opzegbaarheid van het rekening-courant krediet waaraan [X] bij pleidooi heeft gerefereerd wijst het hof erop dat ING niet zonder meer van haar bevoegdheid tot opzegging gebruik mag maken. Er dient in de regel immers een belangenafweging plaats te vinden die, gelet op de omstandigheden van het geval, de opzegging rechtvaardigt, mede in het licht van haar gehoudenheid om met de belangen van de cliënt rekening te houden. Gesteld noch gebleken is dat bij het afsluiten van de renteswap in 2008 omstandigheden te voorzien waren die zouden hebben meegebracht dat ING het bedrag van het rekening-courantkrediet zou verlagen tot beneden de vaste kern van € 3,5 miljoen.
- 3.12 In het licht van het feit dat de leverancierskredieten in de jaren 2006 en 2007 meer dan € 5 miljoen bedroegen is aannemelijk dat de vaste kern minimaal € 1,5 bedroeg, hetgeen [X] tijdens het pleidooi ook heeft bevestigd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat, gezien het bedrijfsbesluit van [X] en de betrokkenheid van externe adviseurs, ING zonder eigen onderzoek er niet van uit mocht gaan dat [X] op de leverancierskredieten een met het 1-maands Euribor vergelijkbaar renterisico liep. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [X] op het terrein van leverancierskredieten, de daaraan verbonden voorwaarden en looptijden bij uitstek deskundig was. Wat betreft de omstandigheid dat niet [X] maar [X] Automobielfabrikanten B.V. het renterisico op de leverancierskredieten liep, geldt het volgende. [X] verzocht zelf om de leverancierskredieten in de renteaafdekking te betrekken, waaruit blijkt dat zij het renterisico ‘groepsbreed’ wilde afdekken en waarmee ING toen kennelijk akkoord is gegaan. [X] is enig aandeelhouder en bestuurder van [X] Automobielfabrikanten B.V. (zie memorie van antwoord onder 27) en heeft uit hoofde daarvan beslissende zeggenschap in die groepsmaatschappij. In het licht daarvan valt zonder nadere toelichting die ontbreekt niet in te zien dat [X] niet een deel van de door haar onder de renteswap betaalde en ontvangen rente aan [X] Automobielfabrikanten B.V. kon toerekenen.
- 3.13 Uit het voorgaande volgt dat niet gebleken is dat ING een informatie- of waarschuwingplicht heeft geschonden die voortkomt uit de op haar rustende zorgplicht en dat de grief faalt.

#### *Bovenmatige marge*

- 3.14 Het hof ziet aanleiding vervolgens grief 5 te behandelen. Deze grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat ING een bovenmatige marge heeft gehanteerd. [X] voert in dat verband aan dat, zoals zij in eerste aanleg heeft gesteld, ING voor de renteswap een marge van in totaal € 114.000 in rekening heeft gebracht en dat een marktconforme marge circa € 40.000 zou zijn geweest. [X] vordert meer subsidiair terugbetaling van het verschil, zijnde € 74.000. De berekening is in februari 2016 gemaakt door [adviesbureau], uitgaande van een in haar ogen marktconforme marge van 10 basispunten (productie 24 bij inleidende dagvaarding).
- 3.15 De grief faalt. De adviseurs van [X] hebben, voordat [X] de renteswap afsloot, nog gekeken naar de tarieven die ING in rekening bracht, zo volgt uit hun verklaring. Zij hebben de IRS-tarieven, zoals vermeld in de openbare gegevens van Het Financieel Dagblad geplaatst naast de tarieven zoals voorgesteld door ING. Vervolgens hebben zij [X] in de persoon van [controller] geïnformeerd dat dit in vergelijking met de geldende IRS ‘nette’ tarieven waren, oftewel dat deze niet ver afweken van de IRS-tarieven. Daarna heeft [X] de tarieven geaccepteerd. In het licht van dit een en ander heeft [X] onvoldoende toegelicht dat ING destijds een bovenmatige marge in rekening heeft gebracht. Daarbij is van belang dat bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financieel product een bankmarge is verdisconteerd. Dat [adviesbureau] een marge van maximaal 10 basispunten marktconform vindt, legt in dat verband onvoldoende gewicht in de schaal.

#### *Dwaling*

- 3.16 Grief 4 strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het beroep op dwaling is verjaard. [X] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de verjaringstermijn is gaan lopen op 5 december 2011, omdat zij toen bekend was met de negatieve waarde van de renteswap. [X] voert aan dat uit de eerdere grieven reeds volgt dat ING een mededelingsplicht heeft geschonden en verzuimd heeft om [X] te informeren over en te waarschuwen voor de specifieke risico's van een renteswap in combinatie met een rekening-courantkrediet, zoals het risico van het niet geheel opnemen van de kredietlimiet en een verlaging van de limiet of vroegtijdige beëindiging van het krediet. [X] was daarmee op 5 december 2011 nog niet bekend.
- 3.17 Het hof heeft bij de behandeling van grief 3 reeds overwogen en beslist dat ING geen informatie- en waarschuwingplicht heeft geschonden die voortkomt uit de op haar rustende zorgplicht. Bij grief 5 heeft het hof overwogen dat niet is komen vast te staan dat ING een bovenmatige marge in rekening heeft gebracht. [X] heeft aan de schending van de mededelingsplicht in het kader van haar beroep op dwaling dezelfde feiten ten grondslag gelegd als die welke in de grieven 3 en 5 aan de orde zijn gesteld. Daarin is, mede gelet op hetgeen hiervoor daaronder is overwogen, onvoldoende grond gelegen om aan te nemen dat ING wel een mededelingsplicht heeft geschonden die een beroep van [X] op dwaling rechtvaardigt. Los daarvan is het hof met de rechtbank van oordeel dat het beroep op dwaling al afstuit op de omstandigheid dat dit beroep is verjaard. De verjaringstermijn is immers ook naar oordeel van het hof gaan lopen op 5 december 2011, de datum waarop [X] bekend was met de negatieve waarde van de renteswap.
- 3.18 Grief 6 bouwt voort op de vorige grieven en deelt hun lot.

#### *4 Slotsom en kosten*

Uit het voorgaande volgt dat de grieven falen en dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd. [X] heeft bewijs aangeboden. Nu door haar geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zal het bewijsaanbod worden gepasseerd. [X] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep met nakosten en wettelijke rente.

#### *5 Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [X] in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van ING gevallen en begroot die kosten in hoger beroep op € 726 aan verschotten en € 3.222 voor salaris, en € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden. te vermeerderen met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf twee weken na de uitspraakdatum van dit arrest;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. D.J. Oranje, E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell en M.P. van Achterberg en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 3 december 2019.

Copyright 2020 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.