

ECLI:NL:GHAMS:2021:746

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Amsterdam, 16-03-2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:746, 200.241.687/01

Vervolg van tussenarrest 7 april 2020. Renteswapovereenkomst. Anders dan de eerste rechter oordeelde, heeft ING onrechtmatig gehandeld en is zij gehouden tot schadevergoeding. Bij de vaststelling van de schade wordt ervan uitgegaan dat Appellant 3 in de hypothetische situatie ervoor zou hebben gekozen het renterisico voor 70% af te dekken met een renteswap en voor 30% zou hebben willen lopen. Vernietiging en alsnog veroordeling van ING tot schadevergoeding.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	16-03-2021
Datum publicatie	26-04-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2021:746
Zaaknummer	200.241.687/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I _

zaaknummer : 200.241.687/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/614429 / HA ZA 16-867

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 maart 2021

inzake

1 *KOEN EN VAN RIJSINGEN B.V.*,

gevestigd te Amsterdam,

2. *VAN SCHELT EN TOONEN B.V.*,

gevestigd te Amsterdam,

3. [appellant 3],

wonend te [woonplaats],

4. [appellant 4],

wonend te [woonplaats],

appellanten,

advocaat mr. H.J. Bos te Haarlem,

tegen

ING BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat mr. R.P. Raas te Amsterdam.

1 *Het verdere verloop van het geding in hoger beroep*

Appellanten worden hierna gezamenlijk KVR c.s. genoemd en afzonderlijk KVR, VST, [appellant 3] en [appellant 4]. Geïntimeerde wordt ING genoemd.

Op 7 april 2020 heeft het hof in deze zaak een tussenarrest uitgesproken (hierna: het tussenarrest). Voor het verloop van het geding tot dan toe wordt verwezen naar het tussenarrest.

Vervolgens hebben KVR c.s. een memorie uitlating schade, met producties genomen waarop ING bij nadere antwoordmemorie heeft gereageerd.

Ten slotte is weer arrest gevraagd.

2 De verdere beoordeling

- 2.1 Het hof blijft bij en bouwt hierna voort op hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist.
- 2.2 In het tussenarrest onder 3.12 heeft het hof overwogen dat ervan wordt uitgegaan dat [appellant 3], gezien de verwachte daling van de korte en lange rente, de litigieuze renteswapovereenkomst van 25 juni 2008 (hierna: de renteswap) niet zou hebben gesloten. Vervolgens heeft het hof onder 3.13 overwogen dat voor de vaststelling van de schade met elkaar in vergelijking worden gebracht, enerzijds de hypothetische situatie waarin [appellant 3] zou hebben verkeerd indien ING de rentevisie van juni 2008 wel met hem had gedeeld en anderzijds de feitelijke situatie, waarin [appellant 3] op 25 juni 2008 de 10-jarige renteswap is aangegaan. Het hof heeft partijen - eerst KVR c.s., dan ING - in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de omvang van de schade, waarbij ook de afkoopsom van € 92.900 die [appellant 3] als gevolg van de beëindiging van de renteswap op 5 oktober 2015 aan ING heeft betaald aan de orde kan komen.

Afkoopsom renteswap

- 2.3 KVR c.s. betwisten bij memorie uitlating schade dat [appellant 3] aan ING een afkoopsom van € 92.900 heeft betaald. Onder verwijzing naar de nota van afrekening van het notaris kantoor van 7 oktober 2015 (productie 3 bij memorie uitlating schade) stellen zij dat [appellant 3] een bedrag van €102.387,44 aan ING heeft betaald, hetgeen ING gemotiveerd betwist. ING verwijst naar de *Cancellation Agreement* van 5 oktober 2015 waarin als *Closing Amount* een bedrag van € 92.900 wordt vermeld en naar de brief van de advocaat van KVR c.s. aan ING van 2 november 2015, waarin hij schrijft dat [appellant 3] het renteswapcontract inmiddels onder protest heeft beëindigd en eveneens onder protest de negatieve waard op het moment van beëindiging groot € 93.000 aan ING heeft voldaan. Het in de nota van afrekening vermelde bedrag van € 102.387,44 dateert van 28 september 2015. De datum van beëindiging was 5 oktober 2015, aldus ING.
- 2.4 KVR c.s. hebben bij memorie van grieven geen grief gericht tegen de vaststelling in rov. 2.21 van het bestreden vonnis dat [appellant 3] de in 2008 aangegane renteswap op 5 oktober 2015 heeft beëindigd en de daarmee samenhangende negatieve waarde van € 92.900 aan ING heeft voldaan. De grieven mogen in beginsel niet in een later stadium dan in de memorie van grieven worden aangevoerd. Uit het feit dat ING zonder voorbehoud verweer voert tegen deze voor het eerst bij memorie uitlating schade naar voren gebrachte grief volgt echter dat ING er ondubbelzinnig in heeft toegestemd dat de grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken en moet het hof acht slaan op de grief.
- 2.5 In de brief van ING aan het notaris kantoor van 28 september 2015 die KVR c.s. als productie 4 bij memorie uitlating schade in het geding hebben gebracht, is bij 'Beëindiging Rentederivaat' een bedrag van € 102.387,44 opgenomen. Daaruit valt op te maken dat het bedrag van € 102.387,44 gebaseerd is op een beëindigungsdatum van (uiterlijk) 28 september 2015 en niet op de werkelijke beëindigungsdatum van 5 oktober 2015. In het licht daarvan hebben KVR c.s. hun stelling dat desondanks uitgegaan moet worden van een bedrag van € 102.387,44 onvoldoende toegelicht. De grief faalt.

Vaststelling van de schade

- 2.6 KVR c.s. stellen dat indien ING de rentevisie van juni 2008 met [appellant 3] had gedeeld, [appellant 3] de renteswap niet zou hebben afgesloten en variabel zou zijn blijven lenen. Er moet volgens hen derhalve een vergelijking worden gemaakt tussen de betaalde swaprente enerzijds en de rente die [appellant 3] in de hypothetische situatie zou hebben betaald, namelijk het 3-maands Euribor-tarief, anderzijds. [appellant 3] heeft in totaal € 320.625 aan swaprente betaald en zou in de hypothetische situatie in totaal € 69.350,35 aan 3-maands Euribor hebben betaald. Het verschil tussen die bedragen van € 251.274,65 is de schade die [appellant 3] heeft geleden. Dat bedrag moet worden vermeerderd met de wettelijke rente alsmede de betaalde afkoopsom, ook te vermeerderen met de wettelijke rente, aldus nog steeds KVR c.s.
- 2.7 ING stelt dat [appellant 3] in de hypothetische situatie gekozen zou hebben voor een 10-jarige rentevastlening die qua hoofdsom en hoofsomverloop identiek zou zijn aan de renteswap. De vaste rente zou dan 6,38% zijn geweest. ING voert in dat verband aan dat [appellant 3] tot en met het pleidooi in hoger beroep in al zijn processtukken herhaaldelijk en uitdrukkelijk heeft gesteld dat het voor hem van belang was dat hij zou beschikken over een vaste rente en dat het renterisico op de onderliggende lening van 10 jaar werd gefixeerd. Het moge wellicht zo zijn dat [appellant 3] zich een rentestijging kon veroorloven, maar dat laat onverlet dat vanuit bedrijfseconomische optiek het risico op een (onbegrensde) stijging van de rente door vastgoedbeleggers, zoals [appellant 3], wordt vermeden. Tijdens de comparitie van partijen van 19 december 2017 heeft [appellant 3], zo blijkt uit het proces-verbaal, gezegd dat het klopt dat hij risico-avers is. Sinds zijn ervaringen met de oplopende rente begin jaren tachtig, wil hij de rente afdekken. ING voert verder nog aan dat [appellant 3] er in 2007 welbewust voor koos het renterisico voor ongeveer 70% van zijn euroflexeningen af te dekken. Indien in de hypothetische situatie wordt uitgegaan van een 10-jarige rentevastlening met een rentetarief van 6,38% zou [appellant 3] geen schade hebben geleden, aldus nog steeds ING.
- 2.8 Gezien het genoemde rentetarief van 6,38% ligt het niet voor de hand dat [appellant 3] in de hypothetische situatie gekozen zou hebben voor een 10-jarige rentevastlening van € 1.000.000. In de feitelijke situatie betaalde hij in totaal een rentepercentage van 5,90%, het renteswaptarief van 5,00% + een opslag van 0,90%, hetgeen op dat moment aanzienlijk lager was dan het rentevasttarief van 6,38%. Gelet op het feit dat [appellant 3] (naar uit zijn ter zitting in eerste aanleg en ook in hoger beroep gedane uitlatingen volgt) risico-avers was, ligt het echter evenmin voor de hand dat hij in de hypothetische situatie het volledige risico van stijgende rente zou hebben willen lopen. Het hof acht aanneemelijk dat [appellant 3] in de hypothetische situatie het renterisico voor 70% met een renteswap zou hebben afgedekt en dat hij voor 30% dit renterisico zou hebben willen lopen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [appellant 3] er in 2007 ook voor koos dit renterisico voor 70% af te dekken.
- 2.9 De schade van [appellant 3] kan dan als volgt worden begroot.
KVR c.s. stellen dat [appellant 3] in de hypothetische situatie de renteswap niet zou zijn aangegaan en dat uit een vergelijking met de feitelijke situatie volgt dat zijn schade € 251.274,65 bedraagt. ING gaat uit van een bedrag van € 247.064,86. Gezien de genoemde bedragen zal het hof de schade begrooten op € 250.000.
Indien in de hypothetische situatie ervan wordt uitgegaan dat het renterisico voor 30% in plaats van 100% niet wordt afgedekt, bedraagt zijn schade 30% van € 250.000 is € 75.000. De wettelijke rente is verschuldigd vanaf de dag waarop het desbetreffende renteswaptarief is betaald en berekend over het door ING te vergoeden bedrag 30% van het betaalde renteswaptarief verminderd met 30% van het 3maands Euribor-tarief dat zonder renteswap zou zijn betaald. Van de betaalde afkoopsom van € 92.900 komt dan niet 100% maar 30%, dat is € 27.870, voor vergoeding in aanmerking te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling van de afkoopsom.
Het bedrag aan bemiddelingskosten van in totaal € 73.792,63 dat KVR c.s. vorderen, komt niet voor vergoeding in aanmerking reeds niet omdat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien dat het geschil omtrent de renteswap tussen [appellant 3] en ING zo hoog was opgelopen dat het geen werkbare situatie meer was en hij genoodzaakt was om over te stappen naar een andere bank. Daarbij komt dat het hof alleen het verwijt met betrekking tot het niet met [appellant 3] delen van de rentevisie heeft gehonoreerd en dat verwijt in 2015 ten tijde van de overgang naar een andere bank nog niet speelde.

Slotsom

2.10 Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de vordering van KVR c.s. zal als na te melden worden toegewezen. Beide partijen hebben bewijsaanbiedingen gedaan. Nu door hen echter geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zullen de bewijsaanbiedingen worden gepasseerd. ING zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties, met nakosten.

3 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank van 14 maart 2018,

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt ING om aan [appellant 3] te betalen € 75.000 uit hoofde van te veel betaalde renteswaprente, te vermeerderen met de wettelijke rente over de teveel betaalde renteswaprente, die als volgt dient te worden berekend: 30% van het betaalde renteswaptarief verminderd met 30% van het 3 maands Euribor-tarief dat zonder renteswap zou zijn betaald, telkens vanaf de dag van betaling tot aan de dag van algehele voldoening, alsmede € 27.870 uit hoofde van te veel betaalde afkoopsom, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling van de afkoopsom tot aan de dag van algehele voldoening.

veroordeelt ING in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van KVR c.s. gevallen en begroot die kosten in eerste aanleg op € 696,75 aan verschotten en € 904 voor salaris en in hoger beroep op € 807 aan verschotten en € 3.342 voor salaris en € 163 voor nasalaris, te vermeerderen met € 85 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en M.P. van Achterberg en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 16 maart 2021.

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.