

ECLI:NL:GHAMS:2020:3568

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 22-12-2020

Datum publicatie 15-02-2021

Zaaknummer 200.242.207/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Renteswap. Dwaling over overhedge als gevolg aflossing lening, uitlaten over schade als gevolg van te late aanpassing hoofdsom renteswap. Vordering tot vernietiging renteswap wegens dwaling over opslagverhogingen en negatieve marktwaarde zijn verjaard. Geen schade als gevolg van schending wettelijke bepalingen en schending zorgplicht.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaak met zaaknummer : 200.242.207/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/612348 / HA ZA 16-731

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer 22 december 2020

inzake

1 [appellant sub 1] ,

wonend te [woonplaats] ,

2. [appellant sub 2] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellanten,

advocaat: mr. J. Hagers te Amsterdam,

tegen

1 DEUTSCHE NEDERLAND N.V.,

(voorheen genaamd Deutsche Bank Nederland N.V.)

gevestigd te Amsterdam,

2. de vennootschap naar Duits recht **DEUTSCHE BANK AG,**

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerden,

advocaat: mr. F.R.H. de Leeuw te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellanten] , Deutsche Nederland en Deutsche Bank AG en gezamenlijk Deutsche c.s. genoemd.

[appellanten] zijn bij dagvaarding van 30 mei 2018 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 14 maart 2018 gewezen tussen [appellanten] als eisers en Deutsche c.s. als gedaagden alsmede van het vonnis in het incident van 7 december 2016.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met een productie;
- memorie van antwoord, met een productie.

Vervolgens hebben partijen de zaak ter zitting van 6 december 2019 doen bepleiten aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd aan het hof, [appellanten] door mr. Hagers voornoemd en Deutsche c.s. door mr. De Leeuw voornoemd en mr. T.C.A. Dijkhuizen, advocaat te Amsterdam.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellanten] hebben geconcludeerd dat het hof beide vonnissen zal vernietigen en – voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – hun vorderingen alsnog geheel, althans gedeeltelijk zal toewijzen, alsmede Deutsche c.s. zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen zij ter uitvoering van de bestreden vonnissen hebben voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling, met veroordeling van Deutsche c.s. in de kosten van de procedure in beide instanties, met nakosten en wettelijke rente.

Deutsche c.s. hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van – zo begrijpt het hof – beide vonnissen met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van [appellanten] in de kosten van het hoger beroep, met nakosten en wettelijke rente.

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

2 Feiten en procesverloop

- 2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2 (2.1 tot en met 2.19) feiten opgesomd die tussen partijen vaststaan. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en binden dus ook het hof. 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. [appellanten] zijn broers. Samen met hun vader [X] (hierna: [X] sr.) staan [appellanten] aan het roer van familiebedrijf [X] , van oudsher een groothandel in aardappelen. Onderdeel van het familiebedrijf [X] is tegenwoordig ook een onderneming op het gebied van logistieke dienstverlening in koel/vries- en versgoederen en een onderneming die zich bezighoudt met de in- en verkoop van trucks en opleggers. [appellanten] verhuren verder bedrijfspanden, die zij in privé hebben verworven.
- 2.1.2. In verband met de aankoop van onroerend goed heeft ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) op 27 december 2005 een concept voor een kredietovereenkomst aan [appellanten] gestuurd. De geoffreerde financiering bestond uit een rekening-courantkrediet van € 200.000 en een 10-jarige Euribor-lening van € 7.000.000 tegen het 1-maands Euribor-tarief, verhoogd met een opslag (hierna: de 10-jarige lening). De 10-jarige lening moest uiterlijk op 1 januari 2007 worden opgenomen. De uiterste opnamedatum is daarna verschoven naar 1 oktober 2007. Aflossing diende plaats te vinden in 36 driemaandelijkse termijnen van € 70.000 met een slottermijn van € 4.480.000 op 1 april 2016.
- 2.1.3. ABN AMRO heeft in de concept-kredietovereenkomst als voorwaarde gesteld dat voor de 10-jarige lening het renterisico voor minimaal een bedrag van € 3.000.000 wordt afgedekt. In verband hiermee heeft ABN AMRO op 28 december 2005 een brief aan [appellanten] gestuurd waarin zij [appellanten] informeert over de mogelijkheid om het renterisico af te dekken met een renteswap, met of zonder aflopende hoofdsom.
- 2.1.4. [X] sr. – die [appellanten] in gesprekken met ABN AMRO steeds vertegenwoordigde – heeft in 2005/2006 diverse gesprekken met ABN AMRO gevoerd over het gedeeltelijk afdekken van het renterisico van de 10-jarige lening met een renteswap. [X] sr. heeft ABN AMRO op enig moment laten weten dat [appellanten] geen renteswap wilden afsluiten. ABN AMRO heeft vervolgens op verzoek van [appellanten] afgezien van de in concept-kredietovereenkomst opgenomen voorwaarde dat het renterisico voor minimaal € 3.000.000 moest worden afgedekt. Vervolgens hebben [appellanten] de kredietovereenkomst op 22 maart 2006 getekend en aan ABN AMRO geretourneerd (hierna: kredietovereenkomst 1).
- 2.1.5. Medio 2007 hebben [appellanten] zich opnieuw tot ABN AMRO gewend met het verzoek om (aanvullende) financiering voor de aankoop van onroerend goed. Op 24 augustus 2007 heeft ABN AMRO een concept voor een tweede kredietovereenkomst (hierna: kredietovereenkomst 2) opgesteld voor een 20-jarige Euribor-lening van € 5.200.000 tegen het 3-maands Euribor-tarief, verhoogd met een opslag (hierna: de 20-jarige lening) en een verhoging van het bestaande rekening-courantkrediet met € 800.000. De 20-jarige lening diende uiterlijk op 1

april 2008 te worden opgenomen en moest in 80 driemaandelijkse termijnen van € 65.000 worden afgelost. Met de eerder verstrekte 10-jarige lening van op dat moment € 6.860.000 en het bestaande rekening-courantkrediet van € 200.000 zou daarmee de totale omvang van de aan [appellanten] beschikbaar gestelde kredietfaciliteit € 13.060.000 bedragen. ABN AMRO heeft in de concept-kredietovereenkomst 2 als voorwaarde gesteld dat met betrekking tot beide Euribor-leningen (de 10-jarige lening en de 20-jarige lening) het renterisico over een bedrag van € 3.000.000 wordt afgedekt.

2.1.6. Eind augustus 2007 heeft bij [X] sr. thuis een gesprek plaatsgevonden tussen [X] sr., diens echtgenote, de toenmalige accountmanager van [appellanten] [A] en *treasury* adviseur [B] (hierna: [B]) namens ABN AMRO. Tijdens dit gesprek is kredietovereenkomst 2 besproken. Daarnaast heeft [B] het gehad over de renteontwikkeling en daarbij de renteswap en de rentecap besproken als mogelijkheid om het renterisico van de Euribor-leningen gedeeltelijk af te dekken. [X] sr. heeft daarop tijdens het gesprek het in de concept-kredietovereenkomst 2 vermelde bedrag van € 3.000.000 dat moest worden afgedekt, doorgestreept en hierbij de volgende handgeschreven tekst toegevoegd:

*"€ 5.000.000, = worden ingedekt voor 10 jaar op
vaste rente van 4,65 + 0,50 is totaal 5,15%
pand 1 [naam] heeft hierop betrekking (renteswap)'
[adres] blijft 3 maand Euribor + 0,45 opslag."*

2.1.7. Naar aanleiding van dit gesprek heeft [B] op 30 augustus 2007 een brief aan [appellanten] gestuurd met dezelfde informatie over renteswaps die ook al in de brief van 28 december 2005 (zie 2.1.3.) stond. Over de modaliteiten van de af te sluiten renteswap wordt in de brief van 30 augustus 2007 niets vermeld.

2.1.8. Op 3 september 2007 hebben [appellanten] een renteswapovereenkomst met ABN AMRO gesloten (hierna: de renteswap) voor een niet-aflopende hoofdsom van € 5.000.000 met een looptijd van 10 jaar ingaande 1 oktober 2007 tegen een vaste rente van 4,65%, waarbij de variabele rente de 1-maands Euribor bedroeg. ABN AMRO heeft diezelfde dag een bevestiging hiervan aan [appellanten] gestuurd. Deze bevestiging hebben [appellanten] ondertekend en getourneerd.

2.1.9. [appellanten] hebben kredietovereenkomst 2 op 3 september 2007 ondertekend, waarbij zij de handgeschreven tekst van [X] sr. hebben voorzien van hun paraaf.

2.1.10. In 2008 heeft ABN AMRO een gedeelte van haar vermogen juridisch afgesplitst naar New HBU II N.V. (New HBU II), welk deel van het vermogen door New HBU II onder algemene titel is verkregen. Op 31 december 2008 is tussen New HBU II en [appellanten] een kredietovereenkomst gesloten, ter wijziging van de bestaande kredietovereenkomsten. Daarbij is de rente op de 20-jarige lening gewijzigd van het 3-maands Euribor-tarief naar het 1-maands Euribor-tarief. Voor het overige zijn de Euribor-leningen ongewijzigd gebleven.

2.1.11. De statutaire naam van New HBU II is op 1 april 2010 gewijzigd in Deutsche Nederland. Op 17 augustus 2010 heeft Deutsche Nederland aan [appellanten] een geactualiseerde kredietovereenkomst gestuurd, die [appellanten] nog diezelfde dag hebben ondertekend. In de kredietovereenkomst is opgenomen dat de individuele opslag boven het 1-maands Euribor-tarief voor beide leningen wordt verhoogd naar 1%.

2.1.12. Deutsche Nederland heeft [appellanten] bij brief van 12 april 2013 bericht dat zij vanwege haar veranderde strategische focus niet langer de geschikte bank is voor [appellanten] In de brief staat dat er contact zal worden opgenomen om de overstap naar een andere bank te bespreken en dat lopende overeenkomsten vooralsnog worden voortgezet.

2.1.13. Bij brief van 29 juli 2014 van hun gemachtigde en juridisch adviseur [C] (hierna: [C]) aan Deutsche Nederland hebben [appellanten] zich onder meer op het standpunt gesteld dat de renteswap een voor hen ongeschikt product is en dat zij niet op de daaraan verbonden nadelen en risico's zijn gewezen. Verder verzoekt [C] Deutsche Nederland om met [appellanten] in overleg te treden over de beëindiging van de renteswap, verrekening van

de negatieve waarde en een tegemoetkoming in de door [appellanten] geleden schade. Deutsche Nederland heeft in reactie daarop bij brief van 15 oktober 2014 laten weten dat zij daartoe geen aanleiding ziet, maar dat zij openstaat voor een gesprek met [appellanten]

- 2.1.14. In augustus 2015 heeft Deutsche Nederland het rentederivaatdossier van [appellanten] opnieuw beoordeeld. De uitkomsten daarvan heeft Deutsche Nederland op 28 augustus 2015 in een gesprek met [appellanten] en [C] besproken en ook bij brief van 14 september 2015 aan [appellanten] meegedeeld. Blijkens deze brief heeft Deutsche Nederland besloten dat de rente die [appellanten] hebben betaald als gevolg van de verhoging van de opslag zal worden terugbetaald. Dit heeft geleid tot betaling aan [appellanten] van een bedrag van € 139.062,78 (10-jarige lening), ontvangen op 15 september 2015, alsmede van € 144.027,05 (20-jarige lening), ontvangen op 30 augustus 2016. In de brief van 14 september 2015 staat ook dat een *overhedge* zal ontstaan als de 10-jarige lening per 1 april 2016 wordt afgelost, omdat dan de hoofdsom van de renteswap hoger zal zijn dan de alsdan nog resterende hoofdsom van de 20-jarige lening. Deutsche Nederland stelt in de brief twee oplossingen voor om die *overhedge* te voorkomen, namelijk het verlengen van de looptijd van de 10-jarige lening tot het einde van de looptijd van de renteswap (1 oktober 2017) of het aanpassen van de hoofdsom van de renteswap aan de hoofdsom van de resterende lening op kosten van Deutsche Nederland.
- 2.1.15. Bij brief van 18 november 2015 heeft de advocaat van [appellanten] de renteswap op grond van dwaling buitengerechtelijk vernietigd en (subsidiar) ontbonden. In deze brief wordt Deutsche Nederland ook aansprakelijk gesteld voor de door [appellanten] geleden schade als gevolg van het afsluiten van de renteswap. Deutsche Nederland heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen.
- 2.1.16. In verband met de overdracht van de activiteiten van Deutsche Nederland is op 19 februari 2016 tussen Deutsche Nederland en Deutsche Bank AG een akte opgemaakt waarin staat dat Deutsche Nederland haar contracten overdraagt aan Deutsche Bank AG.
- 2.1.17. Bij e-mailbericht van 8 maart 2016 heeft [D] van Deutsche Bank AG aan [appellanten] bericht dat Deutsche Bank A.G. na aflossing van de 10-jarige lening door betaling van de slottermijn van € 4.480.000, de hoofdsom van de swap zal aanpassen zodat deze overeenstemt met de hoogte van de resterende hoofdsom van de 20-jarige lening en dat Deutsche Bank AG de daarmee verband houdende kosten voor haar rekening neemt. Op 1 april 2016 heeft [appellanten] de 10-jarige lening afgelost.
- 2.1.18. Per 3 oktober 2016 is de hoofdsom van de renteswap verlaagd van € 5.000.000 naar € 2.925.000, met 3-maandelijks verlaging van € 65.000.

3 Beoordeling

- 3.1. [appellanten] hebben in eerste aanleg gevorderd, samengevat en voor zover in hoger beroep nog van belang:

renteswap

- I. een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst rechtsgeldig bij brief van 18 november 2015 is vernietigd althans deze rechterlijk te vernietigen, althans een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst bij brief van 18 november 2015, rechtsgeldig is ontbonden en dat de ontbinding, c.q. wijziging terugwerkende kracht tot 3 september 2007 toekomt;
- II. een verklaring voor recht dat Deutsche c.s. jegens [appellanten] toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de renteswapovereenkomst;
- III. een verklaring voor recht dat Deutsche c.s. onrechtmatig jegens [appellanten] hebben gehandeld;
- IV. een verklaring voor recht dat [appellanten] de bedragen als gevolg van de *overhedge*

onverschuldigd aan Deutsche c.s. hebben betaald;

V. Deutsche c.s. te gebieden de renteswap op kosten van Deutsche c.s. zowel retrospectief als prospectief zodanig aan te passen dat er geen *overhedge* meer bestaat, dit op straffe van een dwangsom van € 25.000 voor iedere dag of gedeelte van de dag dat Deutsche c.s. in gebreke blijven met aanpassing van de renteswap op de lening;

nog meer subsidiair:

VI. een verklaring voor recht dat Deutsche c.s. ten koste van [appellanten] ongerechtvaardigd zijn verrijkt, althans dat Deutsche c.s. jegens [appellanten] hebben gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid;

zowel primair, subsidiair, meer subsidiair en nog meer subsidiair

VII. op grond van het hiervoor gevorderde Deutsche c.s. hoofdelijk te veroordelen om aan [appellanten] te betalen:

ter zake renteswapbetalingen:

- primair een bedrag in hoofdsom ad € 1.623.944,01
- subsidiair een bedrag in hoofdsom ad € 954.286,72
- meer subsidiair een bedrag in hoofdsom ad € 479.592,28
- nog meer subsidiair (zijnde het bedrag als gevolg van de *overhedge*): € 89.521,

alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente;

VIII. alsmede tot betaling van al die bedragen welke Deutsche c.s. vanaf de dag van de akte wijziging eis zullen hebben geïncasseerd uit hoofde van de renteswap, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente;

ter zake de overige schade

IX. Deutsche c.s. hoofdelijk op de gronden welke aangevoerd zijn in de dagvaarding te veroordelen om ook de (overige) schade van [appellanten] te vergoeden, op te maken bij staat;

X. Deutsche c.s. te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten met nakosten en wettelijke rente.

[appellanten] hebben bij akte van 5 oktober 2016 een incidentele vordering ingesteld. Zij vorderen, op straffe van een dwangsom, dat Deutsche c.s. de renteswap zodanig aanpassen dat er geen *overhedge* meer bestaat alsmede dat de rechtbank Deutsche c.s. – bij wijze van voorlopige voorziening – veroordeelt tot betaling van € 250.000, althans een bedrag gelijk aan de *overhedge*, althans € 150.000. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 7 december 2017 het in het incident gevorderde afgewezen en de beslissing omtrent de kosten van het incident aangehouden. De rechtbank heeft in haar eindvonnis de vorderingen [appellanten] afgewezen en hen veroordeeld in de proceskosten in de hoofdzaak en in het incident.

3.2 [appellanten] komen met acht grieven op tegen de beslissingen in beide vonnissen alsmede de gronden waarop die berusten.

3.3 Voor de leesbaarheid van dit arrest zullen Deutsche c.s. (Deutsche Nederland en Deutsche Bank AG afzonderlijk dan wel samen) en de rechtsvoorgangster van Deutsche Nederland, ABN AMRO, hierna worden aangeduid als de Bank.

Afdekking renterisico; reikwijdte renteswap

3.4 Het hof ziet aanleiding eerst grief 2 te behandelen. Deze grief strekt ten betoge dat de rechtbank in rov. 4.13 van het vonnis van 14 maart 2018 ten onrechte heeft overwogen dat de renteswap diende ter gedeeltelijke afdekking van het renterisico onder beide Euribor-leningen. [appellanten] stellen dat de 20-jarige lening in tijd veel later is afgesloten dan de renteswap, dat alleen de opslagverhoging van de 10-jarige lening is teruggedraaid en dat de 20-jarige lening is afgesloten

tegen het 3-maands Euribor-tarief. Zij wijzen ook naar de handgeschreven tekst op kredietovereenkomst 2 (zie 2.1.6). Daarin staat duidelijk dat de renteswap alleen wordt afgesloten voor de 10-jarige lening, aldus [appellanten]

In kredietovereenkomst 2 is onder het kopje 'Overige bepalingen' opgenomen dat "het renterisico op ons conveniërende wijze voor beide leningen over een bedrag van EUR 3.000.000,= worden ingedekt." Anders dan [appellanten] stellen, is de 20-jarige lening tegelijk met de renteswap aangegaan, namelijk op 3 september 2007. Daarnaast is het 3-maands Euribor-tarief op 31 december 2008 gewijzigd in het 1-maands Euribor-tarief en is ook de opslagverhoging van de 20-jarige lening teruggedraaid. In het licht daarvan kan niet gezegd worden dat de renteswap alleen diende ter afdekking van het renterisico op de 10-jarige lening, laat staan dat de Bank dat ook zo heeft moeten begrijpen. De grief faalt.

Dwaling over de overhedge

- 3.5 [appellanten] betogen met grief 1 dat zij hebben gedwaald over de *overhedge* die zou ontstaan, indien de 10-jarige lening, zoals overeengekomen, op 1 april 2016 zou worden afgelost. De hoofdsom van de renteswap zou dan hoger zijn dan het bedrag dat alsdan nog onder de resterende 20-jarige lening zou uitstaan. Verder stellen zij aan de orde dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de Bank tijdig op 14 september 2015 een wijziging van de renteswap heeft voorgesteld waardoor het nadeel van het ontstaan van de *overhedge* per 1 april 2016 afdoende werd opgeheven, zodat op grond van artikel 6:230 BW de bevoegdheid van [appellanten] om de vernietiging van de renteswap in te roepen is komen te vervallen.
- 3.6 [B] heeft in eerste aanleg verklaard zich niet meer te kunnen herinneren of hij tijdens het gesprek eind augustus 2007 bij [X] sr. thuis (zie rov. 2.1.6) voor de *overhedge* heeft gewaarschuwd. De Bank brengt naar voren dat het in 2007 de verwachting van beide partijen was dat de leningen die zouden worden afgedekt door de renteswap op einddatum (voor het eerst in 2016) zouden worden verlengd of geherfinancierd. De Bank benadrukt dat er in 2007 geen enkele reden was om te verwachten (laat staan om aan te nemen) dat [appellanten] de 10-jarige lening op einddatum volledig zouden aflossen in verband met de gewijzigde strategische focus van de Bank. Bij pleidooi hebben [appellanten] naar voren gebracht dat de insteek vanzelfsprekend was om de 10-jarige lening af te lossen conform de contractuele afspraak, maar zij gaan niet in op de stelling van de Bank dat in 2007 de verwachting was dat de 10-jarige lening zou worden verlengd of geherfinancierd. Hetgeen de Bank stelt impliceert dat zij [appellanten] vooraf niet hebben geïnformeerd over de *overhedge* die als gevolg van de aflossing van de 10-jarige lening zou ontstaan. De Bank had zich echter moeten realiseren dat onder omstandigheden herfinanciering ook zou kunnen uitblijven en dat bij aflossing van de 10-jarige lening dan een *overhedge* zou ontstaan. De Bank had [appellanten] daar op moeten wijzen. Tegen die achtergrond is het hof met de rechtbank (rov. 4.14 van het vonnis van 14 maart 2018) van oordeel dat bij [appellanten] ter zake van het ontstaan van de *overhedge* bij aflossing van de 10-jarige lening per 1 april 2016 een onjuiste voorstelling van zaken heeft bestaan en dat, gelet op het daaraan mogelijk verbonden aanzienlijk nadeel, kan worden aangenomen dat [appellanten] bij een juiste voorstelling van zaken de renteswap niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden zouden hebben gesloten, zodat [appellanten] in zoverre in beginsel een beroep op dwaling toekomt.
- 3.7 Vervolgens is dan aan de orde of de aan [appellanten] in beginsel toekomende bevoegdheid om op grond van dwaling de vernietiging van de renteswap in te roepen is vervallen, omdat de Bank tijdig een wijziging van de renteswap heeft voorgesteld die het nadeel van [appellanten] als gevolg van het ontstaan van de *overhedge* per 1 april 2016 op afdoende wijze opheft. In de brief van 14 september 2015 houdt de Bank aan [appellanten] voor dat als gevolg van de aflossing op 1 april 2016 een *overhedge* zal ontstaan en noemt zij twee oplossingen ter voorkoming van het ontstaan van de *overhedge*: verlenging van de looptijd van de 10-jarige lening tot de einddatum van de renteswap of aanpassing van de hoofdsom van de renteswap op kosten van de Bank. De Bank is bereid de kosten van het ongedaan maken van de *overhedge* te dragen, kennelijk omdat

de – onvoorziene – aflossing van de 10-jarige lening is ingegeven door de wijziging in de strategische focus van de Bank. Het voorstel van de Bank is tijdig gedaan en heft het nadeel van de *overhedge* op afdoende wijze op; na verlenging van de 10-jarige lening of aanpassing van de hoofdsom op kosten van de Bank per 1 april 2016 is immers van een *overhedge* geen sprake meer.

- 3.8 Uit de gang van zaken rondom de aflossing van de 10-jarige lening per 1 april 2016 volgt dat [appellanten] het voorstel van de Bank om de hoofdsom van de renteswap aan te passen hebben aanvaard. De Bank heeft bij e-mailbericht van 8 maart 2016 (zie rov. 2.1.17) aan [appellanten] laten weten dat zij na aflossing van de 10-jarige lening de hoofdsom van de renteswap zal aanpassen, zodat deze overeenstemt met de hoogte van de resterende hoofdsom en dat zij de daarmee verband houdende kosten voor haar rekening neemt. De aanpassing van de renteswap als vastgelegd in het e-mailbericht is conform het Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB. Ook volgens de Bank blijkt uit dit e-mailbericht dat [appellanten] in maart 2016 aan [D] kenbaar hebben gemaakt dat zij de voorkeur gaven aan het aflossen van de 10-jarige lening en aanpassing van de hoofdsom van de renteswap. Na dit e-mailbericht hebben [appellanten] op 15 maart 2016 aangegeven dat zij zullen aflossen, hebben zij zorggedragen voor voldoende saldo en heeft de Bank het bedrag van de aflossing geïncasseerd. Gezien deze gang van zaken kan niet worden gezegd dat [appellanten] er tot 19 augustus 2016 bewust voor hebben gekozen om de *overhedge* te laten voortduren. De Bank mocht er, zonder uitdrukkelijke instemming van [appellanten], ook niet van uitgaan dat zij geen aanpassing van de renteswap wensten. Zonder aanpassing moesten [appellanten] over het bedrag van de *overhedge* van € 1.945.000, de renteswaprente van 4,65% aan de Bank blijven betalen, zonder dat daar een Euribor-lening van gelijke omvang tegenover stond. Dat zij dat zouden willen is zonder verklaring/uitleg hunnerzijds niet aannemelijk. Nu [appellanten] het voorstel hebben aanvaard, had de Bank de hoofdsom van de renteswap per 1 april 2016 op eigen kosten moeten aanpassen. Desondanks is dit pas per 3 oktober 2016 gebeurd.
- 3.9 Tussen [appellanten] en de Bank is in geschil aan wie dit te wijten is geweest. De Bank stelt onder meer dat [appellanten] niet tijdig de benodigde aanvullende documenten hebben getekend. Het hof merkt op dat in het e-mailbericht van 8 maart 2016 niets staat over een op [appellanten] rustende verplichting vooraf aanvullende documentatie te tekenen. De Bank heeft pas later als voorwaarde gesteld dat [appellanten] de zogenoemde EMIR-documentatie tekenden, hetgeen zij weigerden. Uit die enkele weigering mocht de Bank niet afleiden dat zij, bij nader inzien, niet wensten dat de Bank de renteswap aanpaste. Zij mocht die weigering ook niet aangrijpen als argument om de renteswap niet aan te passen. Het hof volgt het standpunt van [appellanten] dat de *overhedge* ten onrechte niet per 1 april 2016 ongedaan is gemaakt maar pas per 3 oktober 2016. Grief 1 slaagt dus voor zover gericht tegen de afwijzing van dit deel van vordering van [appellanten] De Bank dient het door haar gedane, en door [appellanten] geaccepteerde voorstel om het nadeel van de *overhedge* op te heffen door de hoofdsom van de renteswap per 1 april 2016 aan te passen alsnog na te komen door aan [appellanten] de schade te vergoeden die zij hebben geleden als gevolg van het feit dat de aanpassing van de hoofdsom van de renteswap pas op 3 oktober 2016 heeft plaatsgevonden.
- 3.10 De Bank heeft in de conclusie van antwoord in het incident onder 16 gesteld dat het bedrag dat [appellanten] te veel aan rente hebben betaald als gevolg van de *overhedge* in de periode van 1 april 2016 tot en met 3 oktober 2016 een bedrag is van € 50.877,67 (exclusief wettelijke rente). Tijdens het pleidooi heeft [B] op een vraag van het hof geantwoord dat bij de berekening van dat bedrag uitgegaan is van de juiste bedragen. Mr. Hagers heeft tijdens het pleidooi kenbaar gemaakt dat hij zich graag bij akte wil uitlaten over de vraag of het bedrag dat de Bank noemt juist is. Het hof zal [appellanten] in de gelegenheid stellen zich daarover bij akte uit te laten. De Bank mag daarop bij akte reageren.

Dwaling omtrent opslagverhoging

- 3.11 Met grief 3 bestrijden [appellanten] het oordeel van de rechtbank dat het beroep op dwaling ten

aanzien van de (bevoegdheid tot eenzijdige) opslagverhogingen niet slaagt, omdat de opslagverhogingen zijn terugbetaald en er dus geen belang meer is. [appellanten] stellen dat, indien de Bank vooraf had meegedeeld dat de opslag niet was gefixeerd, zij de renteswap niet zouden hebben gesloten.

Als onvoldoende betwist staat vast dat de opslag op de beide leningen in augustus 2010 voor het eerst is verhoogd (zie rov. 2.1.11). [appellanten] hebben bij brief van 18 november 2015 de renteswapovereenkomst wegens dwaling vernietigd. De vordering tot vernietiging wegens dwaling verjaart na drie jaar, nadat de dwalende erachter is gekomen dat hij de overeenkomst onder een onjuiste voorstelling van zaken is aangegaan. Direct na de eerste opslagverhoging in augustus 2010 wisten [appellanten] dat hun veronderstelling dat de renteswap ook de opslag fixeerte onjuist was, maar zij hebben daarover niet geklaagd noch binnen drie jaar na augustus 2010 een beroep op vernietiging gedaan. Daaruit volgt dat hun vordering tot vernietiging van de renteswap wegens dwaling omtrent de opslagverhoging op 18 november 2015 reeds was verjaard.

Dwaling omtrent negatieve marktwaarde

- 3.12 Grief 4 strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat [appellanten] niet hebben uitgelegd dat en waarom zij de renteswap niet zouden hebben afgesloten als zij wel waren geïnformeerd over de mogelijkheid van een negatieve marktwaarde, voor zover bij hen daarover al een juiste voorstelling van zaken ontbrak. [appellanten] hebben duidelijk gesteld dat zij gedwaald hebben over de negatieve marktwaarde en dat dit juist relevant was omdat de Bank zelf aangaf dat zij niet langer de geschikte bank voor hen was. Zij hebben geprobeerd om vervolgens te herfinancieren, maar toen werd duidelijk dat dit niet kon, althans alleen tegen betaling van een immense negatieve marktwaarde aan de Bank. Zij zaten aldus letterlijk 'vast'. [appellanten] hebben wel degelijk schade ondervonden door de negatieve marktwaarde. Zonder negatieve marktwaarde zouden zij zijn overgestapt, aldus nog steeds [appellanten]
- 3.13 Tijdens een presentatie op 8 juli 2009 is door de Bank meegedeeld dat de marktwaarde van de renteswap op dat moment € 560.000 negatief was (zie blz. 6 van de presentatie die als productie 16 bij conclusie van antwoord in het geding is gebracht). [appellanten] hebben toen niet aan de Bank kenbaar gemaakt dat zij niet wisten dat de renteswap een negatieve marktwaarde kon ontwikkelen en dat zij, als zij dit wel hadden geweten, de renteswap nooit waren aangegaan. Indien het bedrag van € 560.000 bij hen vragen opriep, hadden zij destijds aan de Bank om nadere uitleg moeten vragen. Gesteld noch gebleken is dat zij dat hebben gedaan. Uit het voorgaande volgt dat de bevoegdheid tot vernietiging van de renteswap wegens dwaling omtrent de negatieve marktwaarde in juli 2012 reeds was verjaard, derhalve ruim vóór de brief van 18 november 2015 waarbij [appellanten] de renteswap wegens dwaling hebben vernietigd. [appellanten] hebben hun stelling dat zij als gevolg van de negatieve marktwaarde schade hebben ondervonden onvoldoende toegelicht, zodat niet is komen vast te staan dat zij de negatieve marktwaarde tot enige schade heeft geleid. De grief faalt.

Schending wettelijke bepalingen/(bijzondere) zorgplicht

- 3.14 Met grief 6 bestrijden [appellanten] het oordeel van de rechtbank dat zij geen schade hebben geleden als gevolg van de schending van de bepalingen uit de Wet financieel toezicht (hierna: de Wft). De grief faalt. Ook in hoger beroep tonen [appellanten] niet aan dat zij als gevolg van de schending van de bepalingen uit de Wft, in het bijzonder de artikelen 4:20 en 4:23 Wft, schade hebben geleden. Afgezien van het nadeel als gevolg van de *overhedge* in de periode 1 april 2016 tot en met 3 oktober 2016 – die blijkens het voorgaande door de Bank moet worden vergoed – hebben [appellanten] geen schade geleden als gevolg van de *overhedge*. Zij hebben nooit enige negatieve marktwaarde moeten voldoen. Verder is niet komen vast te staan dat zij als gevolg van de negatieve marktwaarde schade hebben geleden. Eventuele schade als gevolg van opslagverhogingen heeft de Bank reeds gecompenseerd. Andere schade als gevolg van schending

van wettelijke bepalingen uit de Wft alsmede als gevolg van schending van de (bijzondere) zorgplicht is gesteld noch gebleken. De grief faalt.

Vonnis in het incident van 7 december 2016

3.15 Met grief 7 betogen [appellanten] primair dat de incidentele vordering ten onrechte niet is toegewezen en subsidiair dat zij ten onrechte zijn veroordeeld in de kosten van het incident. [appellanten] hebben hun incidentele vordering op 5 oktober 2016 ingesteld. Vast staat dat de Bank voordien op 3 oktober 2016, al op eigen kosten de hoofdsom van de renteswap heeft verlaagd van € 5.000.000 naar € 2.925.000. De rechtbank heeft de incidentele vordering dan ook terecht afgewezen. Dat geldt in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen ook voor de bij wijze van voorlopige voorziening gevorderde veroordeling tot betaling van € 250.000 of € 150.000. Bij die stand van zaken heeft de rechtbank [appellanten] als de in het ongelijk gestelde partij terecht veroordeeld in de kosten van het incident. Voor zover [appellanten] betogen dat de proceskosten in het incident desondanks voor rekening van de Bank moeten komen omdat zij die kosten zelf heeft veroorzaakt door niet tijdig over te gaan tot aanpassing van de hoofdsom van de renteswap, geldt dat de Bank al voor de incidentele vordering tot aanpassing van de renteswap is overgegaan en het incident dus niet ingesteld had hoeven worden. De grief faalt.

Slotsom

3.16 De zaak zal naar de rol worden verwezen om [appellanten] in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over de vraag of het bedrag van € 50.877,67 dat de Bank noemt juist is (zie ook rov. 3.10). De Bank mag daarop bij akte reageren.

3.17 Iedere verdere beslissing, waaronder de beoordeling van grief 8 betreffende de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten, zal worden aangehouden.

4 Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 2 februari 2021 voor akte nadere memorie aan de zijde van [appellanten] (zie rov. 3.16);

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.P. Wessels, M.P. van Achterberg en A.W.H. Vink en in het openbaar uitgesproken op dinsdag 22 december 2020 door de rolraadsheer.