

ECLI:NL:GHSHE:2020:875

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10-03-2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:875, 200.224.868_01

Renteswap.

Ondernemer zonder relevante kennis of ervaring. Geen dwaling. Schending zorgplicht. Partijen mogen zich uitlaten over de hoogte van de schade.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	10-03-2020
Datum publicatie	11-03-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHSHE:2020:875
Formele relaties	Eerste aanleg ECLI:NL:RBLIM:2016:10737
Zaaknummer	200.224.868_01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Verbintenissenrecht

UITSpraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.224.868/01

arrest van 10 maart 2020

in de zaak van

Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel,
hierna aan te duiden als Rabobank,
advocaat: mr. D.F. Lunsingh Scheurleer te Amsterdam,

tegen

1 [geïntimeerde 1], wonende te [woonplaats],

hierna aan te duiden aan de heer [geïntimeerde 1],

2. [geïntimeerde 2], wonende te [woonplaats],

hierna aan te duiden als mevrouw [geïntimeerde 2],

3. **V.O.F. [de vof]**, gevestigd te [vestigingsplaats],

geïntimeerden in principaal appel, appellanten in incidenteel appel,
hierna gezamenlijk in mannelijk enkelvoud aan te duiden als [geïntimeerde 1],
advocaat: mr. L.J.P.E. Donckers-Corten te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 3 maart 2017 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 14 december 2016, door de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, gewezen tussen [geïntimeerde 1] als eiser en Rabobank als gedaagde.

1 *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/03/196907 / HA ZA 14-584)*

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 *Het geding in hoger beroep*

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;

- de memorie van grieven in principaal hoger beroep met producties;
- de memorie van antwoord in principaal hoger beroep, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep, met producties, tevens houdende wijziging van eis;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep met producties;
- het H-formulier, ingekomen op de griffie op 21 oktober 2019, waarmee [geïntimeerde 1] een agendapunt ten behoeve van het pleidooi en de pleitaantekeningen van [geïntimeerde 1] in eerste aanleg heeft ingebracht;
- het H-formulier, ingekomen op de griffie op 29 oktober 2019, waarmee [geïntimeerde 1] productie 15 in het geding heeft gebracht;
- het op 4 november 2019 gehouden pleidooi, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd en het hof Rabobank heeft verzocht om vijf financieringsovereenkomsten in het geding te brengen;
- het H-formulier van 21 oktober 2019 met de producties 47 en 48 die Rabobank bij pleidooi bij akte in het geding heeft gebracht;
- het H-formulier van 18 oktober 2019 met productie 14 die [geïntimeerde 1] bij pleidooi bij akte in het geding heeft gebracht;
- het H-formulier met akte overleggen producties, ingekomen op de griffie op 18 november 2019, waarmee Rabobank als producties 49 t/m 53 (de verlenging van) vijf financieringsovereenkomsten in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

3 De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

De feiten

- 3.1. In de overwegingen 2.1. t/m 2.23. van het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Met grief 1 in principaal hoger beroep en grief 1 in incidenteel hoger beroep klagen partijen erover dat de feitenvaststelling door de rechtbank op onderdelen niet juist is. Daarnaast klaagt Rabobank er met haar grieven 1 en 4 over dat de rechtbank in overweging 4.24 van het vonnis een onjuist feit heeft vastgesteld. Het hof zal hierop in een later stadium nog terugkomen. Het hof zal de feiten die partijen niet hebben bestreden in hoger beroep tot uitgangspunt nemen. Voorts staan nog enkele andere feiten, als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist, tussen partijen vast. Het hof zal hierna een overzicht geven van de in het hoger beroep relevante feiten.
- 3.1.1. [geïntimeerde 1] handelde onder de handelsnaam “Eurodump” in dumpgoederen. Vanaf 1992 is daar een onderneming in zwenbaden en whirlpools bijgekomen onder de naam “Zwenbadcompany”.
- 3.1.2. [geïntimeerde 1] bankierde bij de toenmalige Rabobank [vestigingsnaam] (rechtsvoorganger van Rabobank) en heeft een aantal bedrijfsfinancieringen afgesloten voor de uitbreiding van bedrijfspanden en financiering van benodigde liquiditeiten, te weten een lening van € 605.000,- (nummer [leningsnummer 1]), € 600.000,- (nummer [leningsnummer 2]), € 555.000,- (nummer [leningsnummer 3]), € 1.000.000,- (nummer [leningsnummer 4]) en € 500.000,- (nummer [leningsnummer 5]). Bij deze leningen (hierna: de vijf geldleningen) is telkens een vaste rente voor een periode van vijf jaar overeengekomen, waarbij het einde van de lopende rentevastperiode varieerde per lening in de periode 2008-2010.
- 3.1.3. In een gespreksverslag van Rabobank van 13 februari 2007 staat onder meer:
- “Op 13-2-2007 met [roepnaam van geïntimeerde 1] [hof: de heer [geïntimeerde 1]] even bijgepraat. (...) Nog over de toekomst van de winkel (Eurodump) gesproken. [roepnaam van geïntimeerde 1] is er nog steeds niet uit, maar hij wil de winkel in zijn geheel verkopen of het onroerend goed gaan verhuren. (...) Afgesproken om na ontvangst van de cijfers 2006 weer even bij te praten en ook de liquiditeitsbegroting door te nemen om de bezien of er nog aanvullende financiering nodig is.”*
- 3.1.4. In een gespreksverslag van Rabobank van 14 mei 2007 staat onder meer:
- “Op 14 mei 2007 gesproken met [roepnaam van geïntimeerde 1] nav de ontvangen cijfers 2006 en het onderhoud. De jc 2006 laten een verlies van 60k zien (...) Gevraagd naar de plannen met de winkel (Eurodump) want [roepnaam van geïntimeerde 1] speelt al langer met de gedachte om deze weg te doen, maar tot op heden niets concreets. Van de exploitatie van de winkel wil hij in ieder geval af, want hij heeft er te veel werk mee, (...) Nu is hij voornemens om de winkel af te bouwen en er sauna's en spa's in te zetten. (...) De voorraadpositie in Eurodump is circa 700k, dus door deze af te bouwen en om te zetten in voorraad sauna's zou moeten kunnen zonder aanvullende financiering. Het zal alleen een tijdelijke overbrugging vragen omdat er seizoensgebonden producten tussen zitten (...)”*
- 3.1.5. In 2008 is besproken de vijf geldleningen te wijzigen in leningen met een variabele rente, waarbij het renterisico zou worden afgedekt door een tussen partijen overeen te komen renteswap. Besproken is dat iedere lening telkens aan het einde van de lopende rentevastperiode (in de genoemde periode 2008-2010) zou worden omgezet naar een lening met een variabele rente. De door [geïntimeerde 1] op die leningen te betalen variabele rente zou vervolgens vervangen (geruild) worden met de door [geïntimeerde 1] onder deze renteswap te betalen vaste rente. Door de combinatie met de renteswap zou [geïntimeerde 1] bovenop de leningen uiteindelijk een (onder de renteswap verschuldigde) vaste rente betalen, vermeerderd met de voor de leningen verschuldigde debiteurenopslag. Aldus kon de rente worden gefixeerd.
- 3.1.6. [geïntimeerde 1] had geen ervaring met derivaten. Op 6 juni 2008 hebben de heren [voormalig accountmanager van de Rabobank] (destijds accountmanager) en [treasury adviseur van de Rabobank] (treasury adviseur) van Rabobank, aan de hand van sheets, een presentatie gehouden waarbij zij aan [geïntimeerde 1] uitleg hebben gegeven over de combinatie renteswap/variabele lening. Hierbij was ook aanwezig de heer [de adviseur 1 van geïntimeerde 1] , adviseur van [geïntimeerde 1] . In elk geval een deel van de sheets van de presentatie is aan [geïntimeerde 1] ter hand gesteld, althans door hem in het geding gebracht. Daarin staat onder meer:
- “U gaat een nieuwe financiering aantrekken, en u wenst hiervoor (voor een deel) een vaste rente afspraak te maken. Dit heeft als voordeel dat u geen nadeel meer ondervindt van een oplopende rente. Bovendien weet u daarna 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.

(...)

Aangezien de variabele euribor rente die u uit hoofde van de renteruil ontvangt gelijk is aan de variabele rente die u betaalt uit hoofde van uw financiering, komen uw rentelasten per saldo neer op het vaste bedrag dat u uit hoofde van de renteruil betaalt. Uw rentelasten zijn zo gefixeerd en zullen niet meer wijzigen, ongeacht de bewegingen op de rentemarkt.

(...)

Een renteruil is een uiterst flexibel instrument en kan geheel naar uw wensen worden ingericht. Zo kan er gekozen worden voor een andere looptijd of een andere hoofdsom. De renteruil kan overigens op elk moment worden beëindigd. Op basis van de dan geldende marktomstandigheden zal worden vastgesteld welk bedrag u hiervoor terug krijgt of juist dient te betalen.

(...)

Wij wijzen u erop dat wij in deze niet optreden als uw adviseur en/of bemiddelaar (...). Alvorens u besluit een of meer van de omschreven transacties met ons aan te gaan dient u zich zelfstandig een oordeel te vormen over deze transactie alsmede over de daaraan verbonden risico's. Wij raden u aan om u zonodig terzake te laten bijstaan door uw adviseurs".

- 3.1.7. Zowel mevrouw [geïntimeerde 2] als de heer [geïntimeerde 1] hebben in elk geval de oneven pagina's 1, 3 en 5 van de Overeenkomst Financiële Derivaten die is gedateerd op 6 juni 2008, ondertekend ([geïntimeerde 1] heeft gesteld de even pagina's niet te hebben ontvangen en getekend en Rabobank heeft alleen de oneven pagina's van het getekend exemplaar overgelegd).

In artikel 1 van de considerans van de Overeenkomst Financiële Derivaten staat dat deze overeenkomst wordt gesloten voor het geval partijen een of meer transacties overeen (zullen) komen zoals gedefinieerd in de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van Rabobank. Verder staat onder het kopje "Risiko's" onder meer vermeld:

"4.1 De klant bevestigt dat:

I) hij door de Bank uitdrukkelijk is gewezen op, en zich bewust is van, de risico's en de gevolgen van het aangaan van Transacties;

II) hij kennis heeft genomen van de informatie die de Bank krachtens wettelijke verplichting aan de Klant heeft verstrekt;

III) hij zich terdege bewust is van, en voldoende inzicht heeft in, de risico's en gevolgen waaronder, doch daartoe niet beperkt, fiscale, administratieve, juridische en financiële, die verbonden zijn aan het aangaan van Transacties en dat hij die risico's en gevolgen aanvaardt;

IV) hij zelfstandig iedere Transactie op de gevolgen en risico's daarvan voor hem zal analyseren en voortdurend in staat is eventuele daaruit voortvloeiende verliezen te dragen;

V) indien hij een rechtspersoon is, de door hem te verrichten Transacties zullen strekken ter verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon;

VI) voor zover hij bij het aangaan van Transacties gebruik maakt van krediet dan wel anderszins van geleend geld, hij zich er van bewust is het risico te lopen dat de waarde van de Transacties zich op een voor hem negatieve wijze kunnen ontwikkelen en hij per saldo een schuld kan overhouden;

VII) hij er zich van bewust is dat de waarde van Transacties kan fluctueren en dat in het verleden behaalde opbrengsten, resultaten of rendementen geen garantie bieden voor de toekomst;

(...)

- 4.2. Indien de Klant, voorafgaand aan het verrichten van een Transactie, twijfelt omtrent de juistheid van het gestelde in het vorige artikellid, dient de Klant af te zien van het aangaan van een Transactie. De Klant zal, indien nodig, advies van anderen dan de Bank inwinnen teneinde de juistheid van het in het vorige artikellid gestelde te garanderen."

- 3.1.8. Op 6 juni 2008 hebben de heer en mevrouw [geïntimeerde 1 en 2] het Treasury Inventarisatie Formulier van Rabobank (verder: TIF formulier) ingevuld en ondertekend. Daarin is [geïntimeerde 1] ingedeeld in de MiFID categorie "Niet-Professioneel". Aangekruist is dat hij geen/weinig kennis heeft van het van toepassing zijnde "treasury product" (hof: renteswap) en daarmee geen/weinig ervaring heeft. Op het formulier staat als doel aangekruist het "gedeeltelijk afdekken van rente- en valutarisico's".

Verder staat op het formulier onder meer:

"Treasuryproducten dienen ter afdekking van risico's voortvloeiende uit de bedrijfsvoering (...) Het ingeschatte risicoacceptatie is derhalve laag, en het risicoprofiel defensief.

(...)

U bent erop gewezen dat het aangaan van transacties, afhankelijk van het type transactie, aanzienlijke financiële risico's voor u met zich mee kan brengen, met name als transacties niet dienen ter afdekking van risico's voortvloeiende uit bedrijfsvoering.

U bent erop gewezen dat alvorens u documentatie ondertekent en/of transacties sluit, u de documentatie respectievelijk de transactie volledig dient te begrijpen.

(...)

U bent erop gewezen dat de bank altijd wederpartij is met een eigen belang dat tegengesteld kan zijn aan het belang van u en dat u zonodig informatie bij onafhankelijke derden dient in te winnen.

Het tussen u en de Bank Afgesproken Bedrag, zoals bedoeld in de Bijlage Verschaffing van Dekking bedraagt: EUR 200.000,-

De reeds bestaande en/of in de toekomst nog te verstrekken zekerheden (...) die zijn of worden gevestigd respectievelijk aangegaan (mede) tot zekerheid voor de vorderingen van de Bank op u uit welken hoofde dan ook, gelden eveneens tot zekerheid van al hetgeen de Bank van u te vorderen heeft uit hoofde van de Overeenkomst Financiële Derivaten en de op basis daarvan gesloten transacties.

(...)"

- 3.1.9. Op 9 juni 2008 is [geïntimeerde 1] mondeling akkoord gegaan met het aangaan van de renteswap. Rabobank heeft aan [geïntimeerde 1] een transactiebevestiging gezonden, gedateerd 9 juni 2008 (hierna: de Transactiebevestiging). [geïntimeerde 1] heeft de Transactiebevestiging op akkoord getekend op 3 juli 2008. In de Transactiebevestiging staat onder meer:

"Op deze Bevestiging zijn de bepalingen van de Overeenkomst Financiële Derivaten en de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van Rabobank (Algemene Voorwaarden)" van toepassing, behoudens voorzover daarvan in deze Bevestiging wordt afgeweken. Deze brief vormt een Bevestiging als bedoeld in de Algemene Voorwaarden. (...)

Deze Bevestiging vormt één geheel met alle tussen de Klant en de Bank van kracht zijnde Bevestigingen, alle afzonderlijke Transacties en de Overeenkomst Financiële Derivaten. (...) De Klant verklaart dat hij een Overeenkomst Financiële Derivaten met de Bank heeft afgesloten en een exemplaar van de Algemene Voorwaarden heeft ontvangen.

Werking van de Transactie

Door middel van deze Transactie wordt, op de hierin nader aangegeven wijze, het renteprofiel met betrekking tot het Nominaal Bedrag gewijzigd van een vaste rente naar een variabele rente (of omgekeerd, al naar gelang u de Betaler Vaste Rente of de Betaler Variabele Rente bent). Indien u de

Betaler Vaste Rente bent loopt u het risico dat de Variabele Rente lager is dan de Vaste Rente (...). Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit deze Transactie dan u moet betalen. Dit risico loopt u op ieder van de Herzieningsdata Variabele Rente en over de periode gelegen tussen de Ingangsdatum en de Einddatum. De hoogte van het Nominaal Bedrag is eveneens van belang voor uw risico; hoe hoger het Nominaal Bedrag des te groter de omvang van uw mogelijk verlies.
(...)

Voorwaarden

De kenmerken van de Transactie waarop deze Bevestiging van toepassing is zijn als volgt en voor deze Transactie hebben de onderstaande begrippen de hieronder beschreven betekenis:

(...)

Ingangsdatum: 1 juli 2008 (...)

Einddatum: 1 juli 2018 (...)

(...)

Betaler Vaste Rente: de Klant

Vaste Rente Vervaldagen: Iedere 3 maanden, op de 1ste dag van de maand, beginnend

op 1 oktober 2008 en eindigend op de Einddatum (...)

Vaste Rente: 4,91000%

(...)

Startdatum periode Einddatum periode Nominaal bedrag

1 juli 2008 1 oktober 2008 EUR 795.895,00

(...)

2 januari 2009 1 april 2009 EUR 1.207.305,00

(...)

4 januari 2010 1 april 2010 EUR 1.363.488,00

1 april 2010 1 juli 2010 EUR 1.846.340,00

(...)

2 juli 2012 1 oktober 2012 EUR 1.841.480,00

(...)

3 april 2018 2 juli 2018 EUR 935.470,00

(...)

Risico's

De Klant bevestigt dat:

1. hij door de Bank uitdrukkelijk is gewezen op de risico's en gevolgen van het aangaan van (transacties soortgelijk aan) deze Transactie;
2. hij zich derhalve bewust is van de risico's en de gevolgen waaronder, doch niet daartoe beperkt, fiscale, administratieve, juridische en financiële risico's en gevolgen die verbonden zijn aan deze Transactie;
3. hij zelfstandig deze Transactie en de gevolgen en risico's daarvan voor hem heeft geanalyseerd en in staat is eventuele daaruit voortvloeiende verliezen te dragen;
4. de Bank bij het aangaan van deze Transactie handelt als wederpartij en niet als agent of (financieel) adviseur van de Klant (...)"

3.1.10. In de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van Rabobank versie 2 juni 2008 (hierna: de Algemene Voorwaarden), staat onder meer:

“Definities

(...)

Afrekeningsbedrag: een bedrag gelijk aan (i) de som van de Eurowaarde van alle Verliezen, plus (ii) de som van de Eurowaarde van alle Onbetaalde Bedragen verschuldigd door de Klant aan de Bank, verminderd met (iii) de som van de Eurowaarde van alle Onbetaalde Bedragen verschuldigd door de Bank aan de Klant.(...)

Dekking: Saldi en waarden die de Klant aan de Bank verschaft of door de Bank zijn geboekt opdat de Klant aan zijn actuele verplichtingen jegens de Bank kan voldoen (...)

Onbetaalde bedragen: (...) alle op de Vervroegde Vervaldag niet betaalde bedragen die onder de Opgezegde Transacties volgens dan wel op basis van de relevante Bevestiging opeisbaar zijn (...)

Opgezegde Transacties: Alle op de dag van de in artikel 11.1 bedoelde kennisgeving dan wel op de in artikel 11.3 bedoelde dag niet afgewikkelde en nog lopende Transacties (...)

Overeenkomst: De overeenkomst die wordt gevormd door de Overeenkomst Financiële Derivaten, tezamen met alle afzonderlijke Transacties en alle Bevestigingen hierop (...)

Transactie: Iedere op enig moment tussen partijen overeengekomen of nog overeen te komen transactie waarop in de Bevestiging of anderszins de Overeenkomst van toepassing is verklaard;

Verliezen: Met betrekking tot Opgezegde Transacties, de verschillende bedragen (...) die de Bank redelijkerwijs aanmerkt als de totale verliezen, of als de totale winsten (en in dat geval uitgedrukt als negatieve getallen) in verband met de Opgezegde Transacties, inclusief daarmee gedeelde winsten c.q. geleden verliezen, de findingskosten dan wel -opbrengsten, kosten dan wel opbrengsten van het afbreken of vervangen van aan de Opgezegde Transactie(s) gerelateerde derivatentransacties (...)

Vervroegde Vervaldag: De door de Bank of de Klant te bepalen of automatisch ingetreden dag als bedoeld in artikel 11 (...)

Transacties en Bevestigingen

Artikel 2

- 2.1 (...) De Klant zal ervoor zorgdragen dat de Bank binnen vijf Werkdagen na het versturen door de bank van een Bevestiging (...) die Bevestiging rechtsgeldig voor akkoord getekend (...) retour heeft ontvangen, dan wel dat de Bank binnen 24 uur na ontvangst door de Klant, doch in ieder geval zo snel mogelijk, schriftelijk of elektronisch bericht van de Klant heeft ontvangen dat en om welke reden hij met de inhoud van die Bevestiging niet akkoord gaat. (...)
- 2.2 De Bevestiging zal in ieder geval de voor de betreffende Transactie essentiële gegevens bevatten zoals (...) de in de Transactie betrokken hoofdsom(men) (...)
- 2.5 Een Transactie dient (1) door de Klant te worden aangegaan met het oog op een risicoverlagend effect en (2) te zijn gerelateerd aan een bestaande onderliggende waarde. Als een Transactie niet voldoet aan een van de hiervoor genoemde vereisten, zal de Bank met de Klant de gevolgen daarvan voor de Transactie bespreken. Zonodig stelt de Bank de Klant een termijn binnen welke de Klant verplicht is ervoor te zorgen dat de Transactie weer aan de hiervoor gestelde vereisten voldoet. Het niet nakomen van een dergelijk verplichting binnen de door de Bank gestelde termijn, wordt als Verzuim aangemerkt in de zin van artikel 9.1 sub (c) van de Algemene Voorwaarden. (...)

Dekkingstekort / bevoegdheid Bank

Artikel 4

- 4.1 Indien de door de Klant verschafte Dekking naar het oordeel van de Bank op enig moment een tekort vertoont, heeft de Bank het recht om (...) de Transacties waarvoor de Klant op het bovenbedoelde moment onvoldoende Dekking heeft verschaft te beëindigen. (...) De aldus vastgestelde Transacties zullen gelden als Opgezegde Transacties, waarop het bepaalde in artikel (...) 11.5 (...) 12.1 (...) 12.4 (...) van overeenkomstige toepassing is (...). (...)

Verzuim van de Klant

Artikel 9

- 9.1 In ieder van de navolgende gevallen doet zich ten aanzien van de Klant een Verzuim voor, zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling is vereist (...): (...)
- (c) de Klant komt enige andere op hem rustende verplichting uit hoofde van de Overeenkomst niet na en de Klant is binnen tien Werkdagen nadat de Klant daarop door de Bank is gewezen die verplichting niet alsnog nagekomen; (...)

Gevolgen van Verzuim

Artikel 11

- 11.1 Indien zich ten aanzien van één van de partijen Verzuim voordoet, heeft de andere partij het recht, maar niet de plicht, een Vervroegde Vervaldag vast te stellen. (...)
- 11.5 Per de Vervroegde Vervaldag worden de onder de Opgezegde Transacties verschuldigde betalingsverplichtingen omgezet in een verplichting tot onmiddellijke betaling van het Afrekeningsbedrag. (...)

Afrekeningsbedrag

Artikel 12

- 12.1 Op of zo spoedig mogelijk na de Vervroegde vervaldag zal de Bank het Afrekeningsbedrag berekenen. (...)
- 12.2 Indien het Afrekeningsbedrag een (...) positief getal is, zal de Klant dit per de Vervroegde Vervaldag aan de Bank verschuldigd zijn. (...)
- 12.4 Het Afrekeningsbedrag is een redelijke tegemoetkoming voor de geleden schade, inclusief de gederfde winst (...)

Belangenconflicten

Belangentegenstellingen

Artikel 16

(...)

- 16.2 De Klant geeft zich er steeds rekenschap van dat de Bank bij het aangaan en uitvoeren van (...) de Overeenkomst en van de afzonderlijke Transacties of bij het doen van voorstellen daartoe altijd handelt als wederpartij met een eigen financieel belang dat tegengesteld kan zijn aan het belang van de Klant. De Klant zal dit steeds in zijn oordeelsvorming over de wenselijkheid van het al dan niet aangaan van de Overeenkomst en van Transacties betrekken en te allen tijde zelfstandig de hem verschafte informatie verifiëren, evalueren en interpreteren. De Klant zal daarbij zonodig het advies van onafhankelijke deskundigen inwinnen.”

3.1.11. Het hof zal de oneven pagina's van de Overeenkomst Financiële Derivaten (rov. 3.1.7), de Algemene Voorwaarden (rov. 3.1.10) en de Transactiebevestiging (rov. 3.1.9), hierna gezamenlijk aanduiden als “de Overeenkomst”.

3.1.12. In een gespreksverslag van Rabobank van 5 november 2008 staat onder meer:

“Op 4 november 2008 even bij [roepnaam van geïntimeerde 1] binnengelopen (...) Hij worstelt nl. al lang met de winkel (Eurodump). [roepnaam van geïntimeerde 1] geeft aan dat hij langzaam aan de winkel leeg gaat verkopen. Het vuurwerk en de carnaval wil hij nog meepikken. Daarna wil hij de locatie gaan verhuren of verkopen.”

3.1.13. In een gespreksverslag van Rabobank van 26 maart 2009 staat onder meer:

“Op 26 maart gesproken met [roepnaam van geïntimeerde 1] en zijn adviseur [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] . De cijfers 2008 zijn bekend en laten een verlies van 126k voor privé onttrekking zien. (...) Volgens [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] is het verlies voor 60k toe te rekenen aan Eurodump en voor 60k aan Zwembadcompany. Men heeft nu definitief besloten om Eurodump te sluiten. Per april start men met de uitverkoop en per 1 augustus gaan de deuren dicht. (...)

Op dit moment is er circa 70k aan achterstallige crediteuren, hiervoor is uitbreiding nodig. Op dit moment is de ruimte in RC aanwezig, maar de vaste lasten komen eind van de maand ook. (...) Op dit moment heeft men 200k kredietuitbreiding nodig om de sauna's te kunnen kopen (voorraad) en de achterstallige crediteuren. Gezien het feit dat men circa 500k uit de afbouw van Eurodump kan vrijmaken en tevens circa 300k uit de afbouw van de voorraad jacuzzi's, wil ik de uitbreiding voorleggen. (...) Aangegeven aan [roepnaam van geïntimeerde 1] dat er dan ook werkelijk gestuurd en gecontroleerd gaat worden op afbouw voorraad. Hij is namelijk al 2 jaar afscheid aan het nemen van Eurodump, maar nu zal het ook daadwerkelijk moeten gebeuren. Dit begrijpt hij en [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] begrijpt het nog beter.”

3.1.14. Op 5 mei 2009 zijn partijen overeengekomen dat Rabobank tijdelijk € 80.000 extra krediet in rekening-courant aan [geïntimeerde 1] verstrekt, onder meer onder de voorwaarden dat de uitbreiding met dit extra krediet per 31 mei 2009 weer ongedaan gemaakt moest zijn, het totale rekening-courant krediet van [geïntimeerde 1] vanaf 31 mei 2009 tot 31 oktober 2009 volgens een bepaald schema ingeperkt zou worden, Eurodump uiterlijk 1 augustus 2009 zijn deuren zou sluiten en de incurante voorraad van Zwembad Company versneld te koop zou worden gezet.
De limiet van de rekening-courant bedroeg door de tijdelijke verhoging in mei 2009 € 1.035.000,-. Volgens het afgesproken schema zou het krediet worden ingeperkt tot uiteindelijk een bedrag van € 500.000,- per 31 oktober 2009.

3.1.15. [geïntimeerde 1] heeft de heer [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] RA ingeschakeld om in kaart te brengen hoe hij aan het aflossingsschema zou kunnen voldoen. In een plan van aanpak van juli 2009, opgesteld door [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] staat onder meer het volgende:

“In 2008 heeft VOF [de vof] in beide bedrijven een fors verlies geleden. Dit heeft geleid tot het nemen van maatregelen. Deze maatregelen worden in deze notitie verder uitgewerkt. In april 2009 heeft [geïntimeerde 1] Rabobank [vestigingsnaam] gevraagd om tijdelijk een extra krediet van € 80.000 te verstrekken om ingekochte sauna's te betalen. Rabobank heeft dit extra krediet goedgekeurd, onder de voorwaarde dat in de komende maanden de kredietlimiet wordt ingeperkt tot een bedrag van € 500.000. Na een nadere analyse is de ondernemer tot de conclusie gekomen, dat inperking van de limiet op dit tempo, niet haalbaar is. De verwachte verkoop van whirlpools (mede op basis van de 1e drie maanden) is niet uitgekomen. (...) Op 15 juni 2009 is er een gesprek gevoerd met (...) Rabobank (...). Afgesproken is dat de ondernemer een plan van aanpak opstelt, met een liquiditeits- en een exploitatiebegroting (...)

Op basis van de negatieve resultaten bij Eurodump en het ontbreken van echte betrokkenheid bij de verkoop heeft de directie besloten de verkoopactiviteiten bij Eurodump te beëindigen (...)

Het gewenste verloop van de kredietlimiet is als volgt:

Tot 31 juli 2009 op € 900.000 (...)

Op 1 februari 2010 naar € 500.000 (...)

Rabobank heeft aangegeven dat de stand op de rekening-courant terug gebracht moet worden naar € 500.000 per 1 oktober 2009. Op basis van bovenstaande analyse en plannen is dat niet haalbaar. Rabobank wordt gevraagd om de inperking van het krediet in een lager tempo te laten verlopen (...)

3.1.16. Daarop heeft Rabobank op 31 juli 2009 het aflosschema versoepeld in die zin dat het rekening-courant krediet per 1 februari 2010 diende te zijn afgebouwd naar € 500.000.

3.1.17. In een e-mail van 13 november 2009 van bovengenoemde heer [de adviseur 2 van geïntimeerde 1], adviseur van [geïntimeerde 1], aan de heer [voormalig accountmanager van de Rabobank] van Rabobank staat:

“[roepnaam van geïntimeerde 1] [hof: [geïntimeerde 1]] belde mij met de mededeling dat hij 3 panden kon verkopen voor een bedrag van ca. € 600.000. Hij wil graag weten, wat verkoop en ontvangst van dit bedrag betekent voor de financiering. Je begrijpt wel dat [roepnaam van geïntimeerde 1] het liefste het volledige bedrag via de rekening-courant binnen krijgt. Hierdoor kan hij versneld voldoen aan de limiet van € 500.000,- en krijgt hij ruimte om de voorraad sauna's aan te vullen. Wat is jullie standpunt in deze situatie?”

3.1.18. In een e-mail van 16 november 2009 van [voormalig accountmanager van de Rabobank] aan [de adviseur 2 van geïntimeerde 1], die [geïntimeerde 1] betwist destijds te hebben gezien, staat:

“Ik heb [roepnaam van geïntimeerde 1] afgelopen donderdag nog telefonisch gesproken omtrent deze vraag, [de accountant van geïntimeerde 1] [hof: accountant van geïntimeerde 1]] zat toen ook bij hem. Ik heb aangegeven dat het uitgangspunt is dat het bedrag wordt afgelost op het obligo, in principe de leningen. Echter gezien de rente swap is het wellicht verstandiger om het bedrag in te perken op de kredietlimiet. Maar dat betekent dan wel dat de limiet met 600.000,- wordt verlaagd.

Ik heb aangegeven dat als hij een plan indient waaruit blijkt dat hij het bedrag ergens anders aan wil besteden en om die reden niet de gehele 600.000,- wil aflossen. Dan zal dat plan door ons beoordeeld moeten worden en ter goedkeuring worden voorgelegd.”

3.1.19. Op 11 maart 2010 heeft [geïntimeerde 1] loodsen aan de [perceel 1] verkocht voor een bedrag van € 750.000,-.

3.1.20. Op 11 maart 2010 heeft [geïntimeerde 1] een TIF formulier ondertekend waarmee het Afgesproken Bedrag werd verhoogd van € 200.000,- naar € 360.000,-.

3.1.21. In een brief van Rabobank aan [geïntimeerde 1] van 29 maart 2010 staat onder meer:

“We hebben afgesproken dat we, onder hierna te noemen voorwaarden, op uw rekening-courant (...) een debetstand zullen gedogen van maximaal € 900.000,- (...)

Voorwaarden: (...)

-Begin mei zal de debetstand worden teruggebracht tot maximaal € 150.000,- uit de verkoopopbrengst van de loodsen. De kredietlimiet zal dan aangepast worden naar € 150.000,- (...)

3.1.22. In een e-mail van 24 november 2010 van Rabobank aan (een zoon van) [geïntimeerde 1] staat onder meer:

“Alvast een korte onderbouwing hoe de boeterente benaderd kan worden, zodat jullie er een “gevoel” bij krijgen.

De swap loopt nog circa 7,5 jaar.

De huidige rente zou 2,4% zijn, dat is een verschil van circa 2,5% met het contract wat er nu loopt. De gemiddelde omvang van het contract is circa 1.500.000,-, gedurende de looptijd. Berekening van de boeterente: 1.500.000,- x 2,5% x 7,5 jaar => EUR 281.250,- (...)

Voor de duidelijkheid: De boeterente blijft een indicatie en is afhankelijk van het moment van afkopen en de dan geldende rente. Het ligt er ook aan of het volledige contract afgekocht wordt of maar een gedeelte.”

3.1.23. Op 29 april 2011 heeft [geïntimeerde 1] een bedrijfspand aan het [perceel 2] te [vestigingsnaam] verkocht en met een deel van de verkoopopbrengst van € 1.803.354,25 het nog openstaande bedrag van vier leningen ([leningsnummer 1], [leningsnummer 2], [leningsnummer 3], [leningsnummer 5]) geheel afgelost en van één lening ([leningsnummer 4]) gedeeltelijk afgelost.

3.1.24. Op 4 mei 2011 is de renteswap gedeeltelijk afgekocht. De hoofdsom van de renteswap is verlaagd naar € 733.440,- om de swap weer in de pas te doen lopen met de onderliggende bedrijfsleningen. Op het moment van de gedeeltelijke afkoop was sprake van een negatieve waarde van de renteswap van € 107.600,-, welk bedrag [geïntimeerde 1] aan Rabobank heeft voldaan.

- 3.1.25. Bij brief van 23 augustus 2012 heeft Rabobank aan [geïntimeerde 1] geadviseerd om de mogelijkheden voor een algehele herfinanciering te onderzoeken. Herfinanciering is niet mogelijk gebleken.
- 3.1.26. Bij schrijven van 18 november 2013 heeft (de toenmalige advocaat van) [geïntimeerde 1] een beroep gedaan op vernietiging van de Overeenkomst wegens dwaling en Rabobank aangesproken vanwege toerekenbaar tekortschieten in de (zorg)plichten jegens [geïntimeerde 1] en/of onrechtmatig handelen. Rabobank heeft de aansprakelijkheid van de hand gewezen.

De procedure in eerste aanleg bij de rechtbank

- 3.2.1. In de procedure bij de rechtbank heeft [geïntimeerde 1] - samengevat - gevorderd:

Primair:

- Voor recht te verklaren dat de Overeenkomst is vernietigd op grond van dwaling, althans deze te vernietigen, en Rabobank te veroordelen tot ongedaanmaking van de door [geïntimeerde 1] verrichte prestaties door de door [geïntimeerde 1] op grond van de Overeenkomst gedane betalingen, waaronder de rente en de negatieve waarde, terug te betalen, vermeerderd met rente, en/of;
- Voor recht te verklaren dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)verplichtingen jegens [geïntimeerde 1] en/of onrechtmatig heeft gehandeld jegens [geïntimeerde 1], en Rabobank te veroordelen de schade die [geïntimeerde 1] daardoor heeft geleden te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met rente;
- Rabobank te veroordelen de door [geïntimeerde 1] betaalde kosten en provisies terug te betalen met rente;

Subsidiar:

De Overeenkomst met betrekking tot het Afgesproken Bedrag te ontbinden, omdat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)verplichtingen jegens [geïntimeerde 1], en Rabobank te veroordelen de schade die [geïntimeerde 1] daardoor heeft geleden en zal lijden te vergoeden waaronder de rentebetalingen, de reeds betaalde negatieve waarde en de mogelijk nog te betalen negatieve waarde plus rente en;

Meer subsidiar:

- Voor recht te verklaren dat de door [geïntimeerde 1] betaalde negatieve waarde onverschuldigd is betaald en dient te worden terugbetaald en;
- Rabobank te veroordelen de Overeenkomst te wijzigen zodanig dat de nadelige gevolgen ten aanzien van de negatieve marktwaarde van de renteswap en de boven de variabele rente uitstijgende bedragen voor rekening en risico van de bank zijn, althans [geïntimeerde 1] te compenseren voor het nadeel dat hij lijdt bij instandhouding van de Overeenkomst en voor recht te verklaren dat een eventuele negatieve waarde die nog is verbonden aan de renteswap ten laste komt van Rabobank en;

Daarnaast heeft [geïntimeerde 1] (meer) subsidiar gevorderd Rabobank te veroordelen om het de zekerheden als gevolg van de renteswap vrij te geven en het Afgesproken Bedrag. Verder heeft [geïntimeerde 1] in alle gevallen gevorderd Rabobank te veroordelen in de buitengerechtigde kosten en in de proceskosten.

Rabobank heeft verweer gevoerd.

- 3.2.2. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis voor recht verklaard dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)verplichtingen jegens [geïntimeerde 1]. Daarnaast heeft de rechtbank Rabobank veroordeeld tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 2 december 2013, en in de kosten van het geding en in de nakosten. De overige vorderingen heeft de rechtbank afgewezen.

Het hoger beroep

- 3.3.1. Rabobank heeft in principaal hoger beroep gevorderd de vorderingen van [geïntimeerde 1] alsnog volledig af te wijzen en [geïntimeerde 1] te veroordelen in de proceskosten van beide instanties inclusief nakosten en te vermeerderen met rente. Rabobank heeft daartoe acht grieven aangevoerd. Deze grieven betreffen (onder andere) de feiten (grievens 1 en 4), de (bijzondere) zorgplicht van Rabobank jegens [geïntimeerde 1] en gestelde schending daarvan (grievens 2 en 3), het causaal verband tussen de gestelde zorgplichtschending en de schade (grief 5), eigen schuld van [geïntimeerde 1] (grief 6), de verwijzing naar de schadestaatprocedure (grief 7) en de proceskosten (grief 8).
- 3.3.2. [geïntimeerde 1] heeft in principaal hoger beroep geconcludeerd de grieven ongegrond te verklaren het hoger beroep te verwerpen.
- 3.3.3. [geïntimeerde 1] heeft daarnaast zijn eis uitgebreid door aanvulling van de grondslagen van enkele van zijn vorderingen en een aanvullende vordering ingesteld.
- 3.3.4. [geïntimeerde 1] heeft in incidenteel hoger beroep vijf grieven aangevoerd. Deze grieven betreffen de feiten (grief 1), de verwerping van het beroep op dwaling (grief 2), het buiten beschouwing laten van stellingen rond verborgen provisie en dubbelrol van Rabobank (grief 3), de ingangsdatum van de wettelijke rente (grief 4) en het vrijgeven van gestelde zekerheden (grief 5). [geïntimeerde 1] heeft - samengevat - gevorderd om bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest:

Primair

- i) te verklaren voor recht dat de Overeenkomst is vernietigd, althans deze te vernietigen;
- ii) Rabobank te veroordelen tot ongedaanmaking van de door [geïntimeerde 1] op grond van de Overeenkomst verrichte prestaties in die zin dat Rabobank veroordeeld wordt om aan [geïntimeerde 1] terug te betalen alle door hem gedane betalingen die uit hoofde van de renteswap hebben plaatsgevonden waaronder de rentebetalingen en de betaling van de negatieve waarde, te vermeerderen met de wettelijke rente;
- iii) alsmede en naast (of subsidiar in plaats van) de vernietiging op grond van artikel 6:228 BW, te verklaren voor recht dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)verplichtingen jegens [geïntimeerde 1] en/of onrechtmatig gehandeld heeft jegens [geïntimeerde 1];

- iv) alsmede en naast (of subsidiair in plaats van) ongedaanmaking Rabobank te veroordelen om aan [geïntimeerde 1] een schadevergoeding te betalen nader op te maken bij staat, althans Rabobank te veroordelen tot betaling aan [geïntimeerde 1] van € 501.696,50 dan wel € 370.566,50 althans een in goede justitie te bepalen bedrag, en alle genoemde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het ontstaan van iedere schadepost vanaf 1 oktober 2008, althans vanaf 2 december 2013 althans vanaf een in goede justitie te bepalen datum, allen tot aan de dag der algehele voldoening, te voldoen binnen twee weken na het te deze te wijzen arrest;
- v) Rabobank te veroordelen tot normalisatie van de communicatie met [geïntimeerde 1] en alsnog in te stemmen met roeyement van de hypotheek op de privéwoning en met de verstrekking van een financiering van € 160.000,- in privé ten behoeve van de financiering van de privé woning door [geïntimeerde 1];
- vi) alsmede en naast (althans subsidiair in plaats van) ongedaanmaking Rabobank te veroordelen om alle in het kader van de renteswap door [geïntimeerde 1] betaalde kosten en provisies en dergelijke terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het ontstaan hiervan, althans vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- vii) alsmede Rabobank te veroordelen tot betaling van een in goede justitie te bepalen schadevergoeding in verband met de onterechte afwijzing in eerste aanleg van de vordering tot vrijgave van de ten gevolge van de renteswap gestelde zekerheden;

Subsidiair

- viii) te verklaren voor recht dat de door [geïntimeerde 1] betaalde negatieve waarde van € 109.600,- onverschuldigd betaald is en dient te worden terugbetaald vermeerderd met de wettelijke rente;
- ix) te verklaren voor recht dat de door [geïntimeerde 1] betaalde marge onverschuldigd betaald is en dient te worden terugbetaald vermeerderd met de wettelijke rente.

3.3.5. Tot slot heeft [geïntimeerde 1] in principaal en incidenteel appel gevorderd Rabobank te veroordelen € 12.334,50 te betalen aan buitengerechtelijke kosten en Rabobank te veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na de uitspraak.

3.3.6. Rabobank heeft geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van [geïntimeerde 1]. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijziging ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Recht zal worden gedaan op de gewijzigde eis. Het hof passeert het door Rabobank voor het eerst bij pleidooi gedane beroep op verjaring nu [geïntimeerde 1] daartegen bezwaar heeft gemaakt en dit verweer uiterlijk bij memorie van antwoord in het incidenteel beroep had moeten worden gevoerd op grond van de twee-conclusie-regel.

3.4. Het hof ziet aanleiding eerst de gestelde dwaling (principale grief 1 gedeeltelijk en de incidentele grieven 1 gedeeltelijk en 2) te behandelen. In dat kader is van belang welke informatie [geïntimeerde 1] heeft gekregen.

Verstreckte informatie

3.4.1. Op vrijdag 6 juni 2008 hebben de heren [voormalig accountmanager van de Rabobank] en [treasury adviseur van de Rabobank] van Rabobank een presentatie gegeven aan de heer [geïntimeerde 1] over de renteswap, waarvan in elk geval de informatie zoals weergegeven in rov 3.1.6. in sheets is gepresenteerd. Op zaterdag 7 juni 2008 heeft [geïntimeerde 1] – in elk geval de pagina's 1, 3 en 5 van – de Overeenkomst Financiële Derivaten (rov. 3.1.7.) en het TIF formulier (rov. 3.1.8.) gezien en getekend. Op maandag 9 juni 2008 hebben partijen telefonisch de Transactie (renteswap) gesloten, waarvan Rabobank dezelfde dag een Transactiebevestiging aan [geïntimeerde 1] heeft gezonden (rov. 3.1.9.). [geïntimeerde 1] heeft deze Transactiebevestiging op 3 juli 2008 voor akkoord getekend. In de Transactiebevestiging staat dat de bepalingen van de Overeenkomst Financiële Derivaten en de Algemene Voorwaarden van toepassing zijn op de Bevestiging en dat deze drie documenten samen één contract vormen tussen partijen. Ook staat er dat de Klant een exemplaar van de Algemene Voorwaarden heeft ontvangen. heeft gesteld de Algemene Voorwaarden niet te hebben ontvangen of getekend. In de documenten die [geïntimeerde 1] wel heeft getekend wordt echter verwezen naar de Algemene Voorwaarden (pagina 1 van de Overeenkomst Financiële Derivaten) en worden de Algemene Voorwaarden van toepassing verklaard (de Transactiebevestiging). Nu de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden is overeengekomen en [geïntimeerde 1] geen beroep heeft gedaan op vernietiging, maken de Algemene Voorwaarden daarmee deel uit van de Overeenkomst (artikelen 6:231 en 6:232 BW). Los daarvan is de Overeenkomst zonder de tekst van de Algemene Voorwaarden niet begrijpelijk leesbaar, heeft [geïntimeerde 1] getekend voor de ontvangst van de Algemene Voorwaarden en heeft hij ter zitting in hoger beroep toegelicht een heel pakket aan papier te hebben ontvangen. In het licht hiervan heeft [geïntimeerde 1] de ontvangst van de Algemene Voorwaarden onvoldoende gemotiveerd betwist. Grief 1 in incidenteel hoger beroep faalt in zoverre.

3.4.2. Of [geïntimeerde 1] in aanvulling op de hiervoor genoemde informatie nog mondelinge informatie, de bijlage Verschaffing Dekking, de bijlage Informatie Financiële Derivaten, de pagina's 2 en 4 van de Overeenkomst Financiële Derivaten en extra informatie op sheets al dan niet heeft ontvangen (grief 1 incidenteel hoger beroep) kan voor de verdere beoordeling in het midden blijven zoals hierna zal blijken.

Beroep op dwaling

3.5.1. [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank bij het aangaan van de Overeenkomst de renteswap in combinatie met een variabele rente voor de vijf geldleningen presenteerde als meer flexibel ten opzichte zijn bestaande situatie van vijf geldleningen in combinatie met een vaste renteperiode van vijf jaar en variërende einddata van deze vaste renteperioden. Verder stelt [geïntimeerde 1] in de veronderstelling te hebben verkeerd dat de opslag zou zijn gefixeerd, dat er geen provisie zou worden doorberekend in het onder de renteswap te betalen vaste rentepercentage en dat de bank optrad als zijn adviseur en niet als wederpartij. Deze voorstelling van zaken is volgens [geïntimeerde 1] onjuist gebleken omdat sprake was van een aanzienlijk risico dat in geval van rentedaling (1) bij tussentijdse aflossing van de geldleningen een aanzienlijk bedrag aan negatieve waarde moet worden betaald en (2) vanwege de marginverplichting van de bank sprake was van een verborgen beperkte kredietruimte. Hierdoor was juist sprake van minder flexibiliteit ten opzichte van de situatie waarin [geïntimeerde 1] zich bevond voorafgaand aan het aangaan van de Overeenkomst. Verder bleek dat Rabobank het opslagpercentage eenzijdig kon wijzigen en bestond het vaste rentebedrag volgens [geïntimeerde 1] voor een deel uit provisie waarmee sprake was van een dubbele marge voor de bank, terwijl de bank hiermee in een dubbelrol haar eigen belang behartigde.

[geïntimeerde 1] stelt dat hij bij een juiste voorstelling van zaken rond de risico's, de marginverplichting c.q. verborgen kredietruimte, de flexibele opslag de provisie, of de dubbelrol van de bank, de Overeenkomst niet zou hebben gesloten.

3.5.2. Het hof oordeelt als volgt. Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is onder meer vernietigbaar:

a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;

b. indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten (artikel 6:228 lid 1 BW).

De omvang en inhoud van de mededelingsplicht onder b hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat bij een rentederivaat, als de onderhavige renteswap, aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging (Hoge Raad 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500).

3.5.3. De omstandigheden dat [geïntimeerde 1] een MKB ondernemer is zonder ervaring van derivaten, dat [geïntimeerde 1] iemand van de praktijk is en niet van de theorie en dat een jarenlange adviesrelatie met Rabobank bestond vormen geen aanleiding om van dit door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt af te wijken.

Risico van negatieve waarde

3.5.4. Een renteswap ('renteruil') is een overeenkomst waarbij de bank aan de cliënt een variabele rente over een fictieve onderliggende hoofdsom betaalt, en de bank daarvoor van de cliënt een vaste rente terugkrijgt. Als de cliënt een lening met dezelfde variabele rente plus opslag heeft en de fictieve hoofdsom van de renteswap qua omvang en looptijd is afgestemd op de hoofdsom van die lening, dan betaalt de cliënt per saldo de vaste rente en de opslag. Een wezenlijk risico van de renteswap is dat deze een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen die moet worden betaald bij tussentijdse beëindiging ervan. Het hof is van oordeel dat Rabobank met betrekking tot dit risico richting [geïntimeerde 1] heeft voldaan aan haar mededelingsplicht en neemt daarbij de volgende feiten en omstandigheden in aanmerking.

3.5.5. [geïntimeerde 1] had voorafgaand aan de Overeenkomst een vijftal leningen lopen bij Rabobank, elk met een rentevastperiode van 5 jaar. [geïntimeerde 1] betaalde voor deze leningen voor de eerste rentevastperiode een vast rentepercentage variërend per lening tussen de 4,5 en 5,10 procent plus per lening een opslag van 1,15 procent. Van deze leningen kon jaarlijks 5 procent van de oorspronkelijke hoofdsom boetevrij worden afgelost. Daarboven was [geïntimeerde 1] bij voortijdige aflossing een boete/vergoeding verschuldigd bestaande uit - kort gezegd - het gekapitaliseerde verlies aan rente-inkomsten van de bank, berekend op grond van de op dat moment nog resterende looptijd, het nog niet afgeloste bedrag en het verschil tussen de variabele rente en de overeengekomen vaste rente, met een minimum van één procent van het afgeloste bedrag. Na het verstrijken van de looptijd van de eerste rentevastperiode van de leningen zou [geïntimeerde 1] de variabele rente verschuldigd zijn over de leningen. Het einde van de eerste rentevastperiode van elk van de vijf leningen lag in de periode 2008-2010. In de Overeenkomst zijn partijen per 1 juli 2008 een renteswap overeengekomen met een looptijd van tien jaar voor een rentepercentage van 4,91 procent en een debiteurenopslag van 1,15 procent. Daarmee had [geïntimeerde 1] de zekerheid dat hij voor tien jaar niet meer dan 4,91 procent plus opslag hoefde te betalen over het bedrag dat onder de renteswap valt (de fictieve hoofdsom). De fictieve hoofdsom van de swap hebben partijen afgestemd op het einde van de looptijd van de rentevast periode van de vijf geldleningen in die zin dat de fictieve hoofdsom per 1 juli 2008 € 795.895,- bedroeg en in vier stappen tot 2 juli 2012 opliep naar € 1.841.480,-.

3.5.6. In de Overeenkomst is bepaald dat de Transactie moet zijn gerelateerd aan een bestaande onderliggende waarde. Dit staat in artikel 2.5 van de Algemene Voorwaarden. Verder staat in artikel 2.3 van de Algemene Voorwaarden dat de in de Transactie betrokken hoofdsom in de Bevestiging wordt vermeld. Voorts staat in artikel 2.5 van de Algemene Voorwaarden dat er sprake is van verzuim indien de Transactie niet is gerelateerd aan een bestaande onderliggende waarde en de klant er niet binnen een door de bank gestelde termijn voor zorgdraagt dat voldaan wordt aan het vereiste dat de Transactie is gerelateerd aan een bestaande onderliggende waarde. In dat geval kan de bank op grond van artikel 11 van de Algemene Voorwaarden het 'Afrekeningsbedrag' - waaronder de Verliezen voor de bank, bestaande uit de gedeerde winst en de kosten wegens het afbreken van de transactie (ofte wel de negatieve waarde van de swap dat moment) (zie de definitie van Afrekeningsbedrag in samenhang met de definitie van Verliezen in de Algemene Voorwaarden) - in rekening brengen en is de Klant dit verschuldigd (artikel 12.2 Algemene Voorwaarden).

In de Algemene Voorwaarden staat dus toegelicht dat tegenover de overeengekomen en in de Bevestiging genoemde hoofdsom van de renteswap een onderliggende waarde (een lening) moet staan en dat de bank afrekent en eventuele inkomsten die de bank wegens het afbreken van de swap misloopt, in rekening brengt op het moment dat dit (ook na termijnstelling aan de klant) niet meer het geval is. Ook in het deel van de sheets van de presentatie dat Rabobank in ieder geval aan [geïntimeerde 1] heeft gegeven staat dat wordt afgerekend op het moment dat de renteswap wordt beëindigd: "*Op basis van de dan geldende marktomstandigheden zal worden vastgesteld welk bedrag u hiervoor terug krijgt of juist dient te betalen.*" In de Transactiebevestiging onder het kopje "Werking van de Transactie" staat dat [geïntimeerde 1] het risico loopt dat de variabele rente lager is dan de vaste rente, dat hij dan moet betalen, dat hij dit risico gedurende de hele looptijd van de overeenkomst loopt en dat de hoogte van het Nominaal Bedrag, welk bedrag in de Transactiebevestiging wordt genoemd, van belang is voor dit risico; "*hoe hoger het Nominaal Bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies*".

Onder het kopje "Afrekeningsbedrag staat": een bedrag gelijk aan (i) de som van de Eurowaarde van alle Verliezen, plus (ii) de som van de Eurowaarde van alle Onbetaalde Bedragen verschuldigd door de Klant aan de Bank, verminderd met (iii) de som van de Eurowaarde van alle Onbetaalde Bedragen verschuldigd door de Bank aan de Klant.

In de Algemene Voorwaarden staat in de definitie van "Verliezen" dat het in geval van opgezegde transacties gaat om onder meer gedeerde winst van de bank als gevolg van het afbreken van de transactie en de kosten van het vervangen van de transactie.

Tot slot staat in de Overeenkomst Financiële Derivaten (p. 3) dat de waarde van de Transactie kan fluctueren en dat resultaten uit het verleden geen garantie bieden voor de toekomst. Verder staat zowel in de Overeenkomst Financiële Derivaten als in de Transactiebevestiging in meer algemene bewoordingen dat er risico's zijn verbonden aan de Transactie waarvan de Klant zich bewust moet zijn.

Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde 1], als hij voornoemde informatie met aandacht had gelezen, had kunnen begrijpen dat het product hem geld kost gedurende de looptijd van de overeenkomst als de variabele rente lager is dan de vaste rente en dat hij bij tussentijdse beëindiging onder meer de winst die de bank daardoor derft, berekend over de resterende looptijd van de renteswap, moet vergoeden. Daarmee heeft [geïntimeerde 1] tijdig inzicht kunnen krijgen in het risico dat hij een (aanzienlijk) bedrag zou moeten betalen indien de leningen die ten grondslag lagen aan de renteswap (deels) zouden worden afgelost. Daarbij komt - zo is onbetwist - dat [geïntimeerde 1] bekend was met de systematiek van het bijbetalen bij het eerder beëindigen van een overeenkomst van geldlening met een rente voor bepaalde duur, uit hoofde van de door hem eerder overeengekomen rentevastperiode bij de vijf geldleningen. Ook bij die leningen was hij een boete verschuldigd bij tussentijdse aflossing van meer dan vijf procent. Ook bij die leningen had hij dus niet de "flexibiliteit" om grote bedragen ineens af te lossen zonder bijbetaling. Het hof verwerpt de stelling dat [geïntimeerde 1] op het verkeerde been is gezet door de mededeling in de sheets dat een renteswap flexibiliteit biedt. De flexibiliteit wordt in de sheets immers gekoppeld aan het feit dat de renteswap een aparte overeenkomst is die los staat van de financiering waarbij wordt gewezen op de mogelijkheid om te kiezen voor een andere looptijd of hoofdsom. Dat de in de sheets bedoelde flexibiliteit niet meebrengt dat de Overeenkomst boetevrij kan worden beëindigd staat in de sheets expliciet benoemd:

"De renteruil kan overigens op elk moment worden beëindigd. Op basis van de dan geldende marktomstandigheden zal worden vastgesteld welk bedrag u hiervoor terug krijgt of juist dient te betalen."

3.5.7. Dat de bijbetaling bij de renteswap in geval van tussentijdse beëindiging/aflossing substantieel hoger zou liggen en risicovoller zou zijn dan bij een

overeengekomen rentevastperiode heeft [geïntimeerde 1] onvoldoende gesteld. Zo staat als onbetwist vast dat de vergoedingsrente bij een vastrentende lening en de (negatieve) marktwaarde van een renteswap op vergelijkbare wijze worden berekend, namelijk aan de hand van het verschil tussen enerzijds de contractueel overeengekomen vaste rente en anderzijds de lange rente geprojecteerd over de resterende looptijd van het afgesloten product. [geïntimeerde 1] heeft gesteld dat dit risico bij hem is vergroot doordat de looptijd is verdubbeld (10 in plaats van 5 jaar) en doordat er geen sprake meer was van verschillende looptijden van de rentevastperioden waarmee het risico werd gespreid. Ook hierin had [geïntimeerde 1] naar het oordeel van het hof voldoende inzicht kunnen krijgen met de gegeven informatie. Dat het risico groter wordt bij een langere looptijd blijkt uit de wijze waarop de bijbetaling wordt berekend. De bijbetaling (het "Verlies") bestaat uit de gedeelde winst van de bank als gevolg van het afbreken van de transactie en de kosten van het vervangen van de transactie. Dat het risico groter wordt doordat de verschillende leningsbedragen in de renteswap bij elkaar optellen staat ook vermeld in de Overeenkomst. Deze bedragen staan in de Transactiebevestiging genoemd als 'Nominale Bedrag'. Hierover staat vermeld:

"De hoogte van het Nominale Bedrag is eveneens van belang voor uw risico; hoe hoger het Nominale Bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies".

- 3.5.8. Het hof verwerpt de stelling van [geïntimeerde 1] dat hij de informatie over de renteswap niet tijdig heeft ontvangen, althans onvoldoende de tijd had deze informatie te bestuderen. [geïntimeerde 1] heeft op 6 juni 2008 de informatie op in ieder geval een deel van de sheets ontvangen en op 7 juni 2008 de Overeenkomst Financiële Derivaten en de Algemene Voorwaarden, waarna op 9 juni 2008 de Transactie telefonisch is gesloten en hem de informatie uit de Transitiebevestiging is toegezonden. In artikel 2.1. van de Algemene Voorwaarden staat dat hij tot tenminste 24 uur na de ontvangst van de Transactiebevestiging kon aangeven dat en waarom hij daarmee niet akkoord gaat. Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde 1] op één of meer van deze momenten kenbaar heeft gemaakt meer tijd nodig te hebben. Zonder nadere toelichting, die [geïntimeerde 1] niet heeft gegeven, heeft [geïntimeerde 1] onder deze omstandigheden naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd dat hij te weinig tijd had om de informatie te bestuderen. Overigens heeft [geïntimeerde 1] op 3 juli 2008, dus ruim drie weken nadat de Transactie was gesloten de Transactiebevestiging voor akkoord getekend en retour gezonden aan de Rabobank. Hieruit leidt het hof af dat [geïntimeerde 1], ook indien hij meer tijd zou hebben gehad om de informatie te bestuderen, de Overeenkomst zou hebben gesloten.

Marginal verplichtingen / beperking kredietruimte

- 3.5.9. Volgens [geïntimeerde 1] beperkt de renteswap in geval van een tussentijdse negatieve marktwaarde de kredietruimte. Ter onderbouwing wijst [geïntimeerde 1] op de verplichting van de bank om erop toe te zien dat de bij de cliënt aanwezige saldi (waaronder verleend krediet) toereikend zijn om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de transactie en extra zekerheden te eisen op het moment dat dit niet zo is (de zogenaamde marginverplichting uit de Wft). [geïntimeerde 1] stelt dat voor het 'Afgesproken Bedrag' door de cliënt dekking is verschaft in de vorm van aan te houden saldo en/of kredietruimte en/of extra zekerheden. Verder stelt [geïntimeerde 1] dat door hem verstrekte zekerheden aangewend konden worden ter voldoening van dit bedrag en daarmee volgens [geïntimeerde 1] niet voor andere (nieuwe) kredietverstrekking konden worden gebruikt. Verder heeft verhoging van het Afgesproken Bedrag volgens [geïntimeerde 1] invloed op zijn kredietpositie.

- 3.5.10. Het hof oordeelt als volgt. In het TIF formulier van 6 juni 2008 staat:

De reeds bestaande en/of in de toekomst nog te verstrekken zekerheden (...) die zijn of worden gevestigd respectievelijk aangegaan (mede) tot zekerheid voor de vorderingen van de Bank op u uit welke hoofde dan ook, gelden eveneens tot zekerheid van al hetgeen de Bank van u te vorderen heeft uit hoofde van de Overeenkomst Financiële Derivaten en de op basis daarvan gesloten transacties.

In de Algemene Voorwaarden staat:

Dekking: Saldi en waarden die de Klant aan de Bank verschaft of door de Bank zijn geboekt opdat de Klant aan zijn actuele verplichtingen jegens de Bank kan voldoen (...)

- 4.1 *Indien de door de Klant verschaft Dekking naar het oordeel van de Bank op enig moment een tekort vertoont, heeft de Bank het recht om (...) de Transacties waarvoor de Klant op het bovenbedoelde moment onvoldoende Dekking heeft verschaft te beëindigen. (...) De aldus vastgestelde Transacties zullen gelden als Opgezegde Transacties, waarop het bepaalde in artikel (...) 11.5 (...) 12.1 (...) 12.4 (...) van overeenkomstige toepassing is.*

Hiermee is [geïntimeerde 1] geïnformeerd dat door hem verstrekte zekerheden aangewend konden worden ter voldoening van vorderingen van de bank uit de Overeenkomst, waaronder de vordering tot betaling van de negatieve waarde in geval van tussentijdse beëindiging van de Transactie. Verder is vermeld dat door de klant dekking is verschaft in de vorm van aan te houden saldo en/of kredietruimte om te kunnen voldoen aan actuele verplichtingen. In de formulering is de dekking niet begrensd. De dekking geldt voor alle actuele verplichtingen en ook boven het Afgesproken Bedrag. Van dwaling is op deze onderdelen daarom geen sprake.

- 3.5.11. Voor zover [geïntimeerde 1] stelt dat de bank altijd kredietruimte aanhoudt voor een negatieve waarde van de renteswap, dus ook indien geen sprake is van tussentijdse beëindiging/een actuele verplichting - hetgeen Rabobank heeft betwist - geldt het volgende. [geïntimeerde 1] heeft onvoldoende onderbouwd gesteld en het hof acht ook niet aannemelijk dat [geïntimeerde 1] de Overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als de bank altijd kredietruimte aanhoudt voor een negatieve waarde en [geïntimeerde 1] dit had geweten. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het aanhouden van saldi (kredietruimte) bij een negatieve waarde gedurende de looptijd van de renteswap in het verlengde ligt van het aanhouden daarvan voor het geval dit bedrag bij tussentijdse beëindiging dient te worden afgerekend. Verder was [geïntimeerde 1] erover geïnformeerd dat in het kader van zijn verplichting de vaste rente te betalen, gedurende de gehele looptijd saldi (krediet) en gestelde zekerheden konden worden aangewend. Dat een eventuele verborgen kredietruimte voor de betaling van de negatieve waarde significant hoger lag dan die voor de betaling van de vaste rente gedurende de resterende looptijd acht het hof niet aannemelijk gezien de wijze van berekening van de negatieve waarde. In hoeverre verhoging van het Afgesproken Bedrag invloed heeft op de gestelde verborgen kredietruimte heeft [geïntimeerde 1] onvoldoende toegelicht. Verhoging van het Afgesproken Bedrag heeft bovendien pas plaatsgevonden op 11 maart 2010, met instemming van [geïntimeerde 1] nadat hij de loods aan de [perceel 1] had verkocht voor € 750.000,-, waarmee hij een deel van de schuld op de rekening courant afloste. Deze verhoging betreft een toekomstige omstandigheid waarop dwaling niet kan zijn gegrond.

Renteverwachting

- 3.5.12. Voor zover [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank in de periode 6-9 juni 2008 de verwachting had dat de rente op lange termijn zou gaan dalen waardoor er geen renterisico zou bestaan en hij op dat punt heeft gedwaald geldt het volgende. Rabobank heeft onder verwijzing naar een grafiek (53 mvg) onderbouwd en onbetwist gesteld dat in het voorjaar van 2008 al sinds 2005 sprake was van (forse) stijging van de Euribor en andere rentetarieven en dat de driemaands Euribor tussen 2005 en 2008 verdubbeld was. Mede gelet daarop was het in het voorjaar van 2008 marktbreed de verwachting dat de lange rente zou stijgen. Uit de 'Financial Market Research' berichten van 26 mei 2008 en 24 juni 2008 die Rabobank heeft ingebracht blijkt dat het 10-jaars rentetarief een jaar later naar de verwachting van dat moment 0,09 procent, respectievelijk 0,15 procent hoger zou liggen, zoals Rabobank onbetwist heeft gesteld. Rabobank heeft daaraan nog, onbetwist, toegevoegd dat de actuele rentestand ten tijde van het tweede bericht van 24 juni 2008 al 0,34% hoger lag dan een maand eerder, en dat daarmee de verwachte stijging

van 0,10% in een tijdsbestek van een jaar werd overstegen.

Verder heeft Rabobank toegelicht hoogstens over een periode van een jaar verwachtingen te uiten over de renteontwikkeling en dat ook bij een te verwachten daling binnen een jaar voor een lange periode van tien jaar een renterisico bestaat. Gezien de stijgende trend en verdubbeling van de driemaands Euribor in de periode 2005-2008 was de verwachting niet dat de rente op langere termijn (van tien jaar) zou dalen maar dat die zou stijgen. In dit licht is de enkele omstandigheid dat de driemaands Euribor op een termijn van een jaar naar verwachting zou gaan dalen naar het oordeel van het hof onvoldoende om te oordelen dat Rabobank ook de verwachting had dat de rente op de lange termijn zou blijven dalen c.q. dat de rente op de lange termijn niet weer zou gaan stijgen, welke risico op rentestijging juist werd afgedekt door de renteswap. Dat Rabobank een onjuiste mededeling heeft gedaan dan wel informatie niet heeft gemeld rond de te verwachten renteontwikkeling heeft [geïntimeerde 1] daarmee onvoldoende onderbouwd gesteld.

- 3.5.13 Dit betekent dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.24 van het bestreden vonnis dat uit eigen analyses van Rabobank de verwachting bleek dat de rente zou gaan dalen onjuist, althans onvolledig is en dat grief 1 gedeeltelijk en 4 in principaal in hoger beroep slagen.

Flexibele opslag / bankmarge

- 3.5.14. [geïntimeerde 1] stelt te hebben gekozen voor het afdekken van renterisico en dat hij de Overeenkomst niet zou hebben gesloten als hij had geweten door de flexibele opslag alsnog een renterisico te hebben gelopen. Verder stelt [geïntimeerde 1] dat in het vaste rentebedrag een verborgen provisie zit voor de bank waarvan hij niet op de hoogte was en waardoor samen met de opslag sprake was van dubbele kosten. [geïntimeerde 1] stelt dat de bankmarge niet is overeengekomen althans dat hij de Overeenkomst niet had gesloten als hij van de bankmarge had geweten.

- 3.5.15. Het hof stelt voorop dat de bankmarge onderdeel uitmaakt van de vaste rente van 4,91 procent. Het hof volgt [geïntimeerde 1] niet in de stelling dat zijn keuze voor het afdekken van renterisico impliceerde dat de opslag ook vast zou zijn. [geïntimeerde 1] is geïnformeerd over het feit dat de opslag van 1,15 procent geen onderdeel uitmaakt van de renteruil. Dit staat toegelicht op de tekening op de sheets en blijkt uit het in de sheets en in de Transactiebevestiging genoemde vaste rentepercentage (4,91 procent en dus zonder de opslag van 1,15 procent).

- 3.5.16. Voor een geslaagd beroep op dwaling is onder meer vereist dat de partij de overeenkomst bij afwezigheid van de dwaling niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, en dat dit voor de wederpartij kenbaar was. Aan deze vereisten zal in het algemeen – behoudens bijzondere, door de partij die zich op dwaling beroept te stellen omstandigheden – niet zijn voldaan als het beroep op dwaling erop berust dat de bank geen melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van een bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de cliënt verschuldigde vaste rentetarief, of dat de bank geen inzicht heeft gegeven in de componenten waaruit het vaste rentetarief is opgebouwd (HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046). Bijzondere omstandigheden om van dit uitgangspunt af te wijken heeft [geïntimeerde 1] naar het oordeel van het hof niet gesteld. [geïntimeerde 1] heeft gesteld dat over het al dan niet flexibel zijn van de opslag en over de bankmarge in het vaste rentetarief niet is gesproken bij het aangaan van de Overeenkomst. Zonder nadere toelichting die [geïntimeerde 1] niet heeft gegeven, staat onder die omstandigheid niet vast dat het voor Rabobank kenbaar was, of heeft moeten zijn dat deze aspecten van de overeenkomst voor [geïntimeerde 1] van beslissende betekenis waren. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de hoogte van het te betalen vaste rentebedrag doorgaans van beslissende betekenis zal zijn en niet uit welke componenten dit tarief is opgebouwd. Verder mag bekend worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een bankmarge is verdisconteerd. Ten aanzien van de variabele opslag heeft Rabobank tot slot onbetwist gesteld dat bij de vastrentende leningen die [geïntimeerde 1] eerder had afgesloten ook een variabele opslag van 1,15 procent was overeengekomen. Gezien het voorgaande kan in het midden blijven of de bankmarge kwalificeert als provisie, op grond van de Wft al dan niet had moeten worden gemeld en al dan niet mondeling en/of schriftelijk is gemeld zoals Rabobank stelt.

Dubbelrol van de bank

- 3.5.17. [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank zowel zijn adviseur, als zijn wederpartij was bij het aangaan van de Overeenkomst en dat de bank haar hoedanigheid van wederpartij met een aan haar adviseursrol tegenstrijdig eigen belang niet heeft gemeld. Het hof volgt [geïntimeerde 1] hierin niet. Op het TIF formulier van 6 juni 2008 staat vermeld:

“U bent erop gewezen dat de bank altijd wederpartij is met een eigen belang dat tegengesteld kan zijn aan het belang van u en dat u zonodig informatie bij onafhankelijke derden dient in te winnen.”

Verder staat onderaan elk van de drie sheets van de presentatie vermeld dat de bank niet optreedt als “uw adviseur”, dat [geïntimeerde 1] zich zelfstandig een oordeel dient te vormen over de transacties en de daaraan verbonden risico's en zo nodig een adviseur dient in te schakelen. Ook op de Transactiebevestiging staat onder het kopje “risico's” dat de bank bij het aangaan van de Transactie handelt als wederpartij en niet als agent of (financieel)adviseur van de Klant. Tot slot staat ook in de Algemene Voorwaarden onder het kopje “Belangenconflicten/Belangentegenstellingen” in artikel 16.2 dat de bank handelt als wederpartij met een eigen financieel belang dat tegengesteld kan zijn aan het belang van de klant.

Los van het antwoord op de vraag of en in hoeverre de bank als adviseur optrad, is [geïntimeerde 1] hiermee naar het oordeel van het hof voldoende geïnformeerd over het feit dat de bank (ook) de wederpartij van [geïntimeerde 1] was met een eigen en mogelijk tegenstrijdig belang zodat van een onjuiste voorstelling van zaken hieromtrent geen sprake is.

Slotsom dwaling

- 3.5.18. Dit betekent dat grief 1 gedeeltelijk en grief 2 in incidenteel hoger beroep omtrent dwaling en daarmee ook de op dwaling voortbordurende grief 5 in incidenteel hoger beroep falen. Het oordeel omtrent de gestelde dwaling zou niet anders zijn geweest als vast zou komen te staan dat ook de even pagina's van de Overeenkomst Financiële Derivaten en de bijlage Informatie Financiële Derivaten en bijlage Verschaffing van Dekking onderdeel uitmaken van de Overeenkomst. In dat geval zou immers alleen maar meer informatie zijn verstrekt.

- 3.6. Het hof zal nu de grieven 1, 2 en 3 in principaal hoger beroep behandelen. Die zien (mede) op de gestelde (schending van de) zorgplicht van Rabobank.

Beroep op schending zorgplicht

- 3.6.1. [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank hem niet naar behoren heeft geadviseerd over een risicovol bankproduct waarvan [geïntimeerde 1] geen kennis had. Volgens [geïntimeerde 1] had Rabobank hem indringend moeten waarschuwen voor de specifieke risico's van de renteswap, waaronder het risico op het betalen van de negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging het feit dat dit risico werd vergroot door een langere looptijd en het afstappen van variërende einddata van de rentevastperioden voor de vijf geldleningen, waardoor [geïntimeerde 1] minder flexibel werd in tussentijds aflossen, en het bestaan van marginverplichtingen/een verborgen kredietruimte. Verder heeft Rabobank volgens [geïntimeerde 1] met de renteswap een verkeerd product geadviseerd in een markt met een dalende rente. Tot slot had Rabobank volgens [geïntimeerde 1] moeten waarschuwen voor het forward starting element, voor de provisie en flexibele opslag, voor de dubbelrol en voor een mismatch tussen de renteswap en de onderliggende leningen.

- 3.6.2 Het hof oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak rust op een bank, als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener die een niet-professionele cliënt een (beleggings)product adviseert, een bijzondere zorgplicht, die ertoe strekt die cliënt te beschermen tegen de gevaren

van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Die zorgplicht houdt onder meer in dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, de deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem voldoende indringend en in niet mis te verstane bewoordingen dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepast(e) constructie of product zijn verbonden, en ook dat een bepaald(e) constructie of product niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze waarschuwingplicht gaat dus verder dan de mededelingsplicht die op de bank rust in het kader van artikel 6:228 BW. Ook als de cliënt met de verschaft informatie op de hoogte is gebracht van de aan de overeenkomst verbonden risico's, moet de bank indringend waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan. Deze zorgplicht / waarschuwingplicht geldt in het geval van een renteswapovereenkomst ook op het moment dat de cliënt te kennen geeft de kredietovereenkomst (in verband waarmee de renteswap is afgesloten) vervroegd te beëindigen/af te lossen. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de cliënt, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.

- 3.6.3 Het hof is evenals de rechtbank van oordeel dat Rabobank haar zorgplicht jegens [geïntimeerde 1] niet is nagekomen doordat Rabobank heeft nagelaten [geïntimeerde 1] indringend en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de specifieke risico's van de Overeenkomst. Daarbij acht het hof de volgende van belang.
- 3.6.4. De heer en mevrouw [geïntimeerde 1 en 2] handelden weliswaar als ondernemers, maar vaststaat dat zij geen kennis hadden van of ervaring hadden met rentederivaten zoals een renteswap. Zij waren laaggeschoold en handelden via een vennootschap onder firma in dumpartikelen, sauna's en zwembaden. Ter financiering van hun onderneming hadden zij eerder leningen afgesloten met een rentevastperiode van vijf jaar. Rabobank heeft [geïntimeerde 1] op het TIF formulier van 6 juni 2008 ingedeeld in de Mifid categorie 'niet-professioneel' en daarop aangekruist dat [geïntimeerde 1] "geen/weinig kennis" heeft van renteswaps en daarmee ook "geen/weinig ervaring" heeft. Verder blijkt uit het TIF formulier dat zij kozen voor een laag risico en dat een defensief risicoprofiel is overeengekomen. Als niet dan wel onvoldoende betwist staat vast dat de heer [de adviseur 1 van geïntimeerde 1], die aanwezig was bij de presentatie op 6 juni 2008, enkel een LEAO opleiding had (en geen opleiding tot registeraccountant of accountant-administratieconsulent), assistent accountant was, de administratie en BTW aangiftes deed van het bedrijf van [geïntimeerde 1] en evenmin ervaring had op het gebied van rentederivaten. Het hof volgt daarom niet de stelling van Rabobank dat [de adviseur 1 van geïntimeerde 1] kennis bezat van (de werking en risico's van) renteswaps. Het hof verwerpt ook de (onvoldoende onderbouwde) stelling van Rabobank dat verwacht mocht worden dat [de adviseur 1 van geïntimeerde 1] die kennis wel had. Ook passeert het hof de stelling van Rabobank dat de heren [de accountant van geïntimeerde 1] en [de adviseur 2 van geïntimeerde 1] kennis hadden over renteswaps die [geïntimeerde 1] dient te worden toegerekend, nu Rabobank niet (voldoende) heeft betwist dat deze heren feitelijk niet betrokken waren bij aangaan van de Overeenkomst. Dit alles maakt naar het oordeel van het hof dat Rabobank bij [geïntimeerde 1] qua kennis en ervaring op het gebied van renteswaps niet veel meer mocht verwachten dan bij een gemiddelde particulier en in elk geval niet mocht verwachten dat [geïntimeerde 1] bijzondere kennis had over renterisico's en financiële instrumenten ter afdekking van die risico's.
- 3.6.5 Het hof gaat ervan uit dat Rabobank [geïntimeerde 1] heeft geadviseerd om de renteswap aan te gaan. Daarbij acht het hof van belang dat de renteswap is gesloten in het kader van een tussen [geïntimeerde 1] en Rabobank bestaande kredietrelatie, dat deze samenhangt met meerdere door Rabobank verstrekte geldleningen, maar dat deze niet als voorwaarde voor de financiering werd gesteld en dat Rabobank het initiatief heeft genomen tot het aangaan van de renteswap. Rabobank heeft [geïntimeerde 1] uitgenodigd tot het aangaan van de renteswap en daartoe speciaal voor [geïntimeerde 1] een voorlichtingsbijeenkomst georganiseerd met als doel de renteswap aan de hand van de concrete situatie van [geïntimeerde 1] toe te lichten. Daarmee is sprake van een op de persoon van [geïntimeerde 1] toegesneden aanbeveling. Verder gaat het hof ervan uit dat de renteswap tot doel had de rentelasten van [geïntimeerde 1] te fixeren en dat [geïntimeerde 1] Rabobank had geïnformeerd over de plannen om Eurodump te verkopen, met pand of zonder pand. Dit laatste blijkt uit de gespreksverslagen van Rabobank van 13 februari 2007 en 14 mei 2007 (rov. 3.1.3 en 3.1.4.). Dat [geïntimeerde 1] een voor Rabobank kenbaar belang had bij voldoende flexibiliteit ten aanzien van tussentijdse aflossing van (een deel van) de financiering heeft Rabobank in dit licht onvoldoende betwist.

Het risico op betalen van de negatieve waarde in de Overeenkomst

- 3.6.6. Dat het risico op het betalen van de negatieve waarde groter wordt naar mate de looptijd van de renteswap langer is of het onder de renteswap gebrachte bedrag hoger wordt, had [geïntimeerde 1] weliswaar uit de verstrekte informatie kunnen halen als hij die aandachtig had gelezen (rov. 3.5.6. en 3.5.7.), maar daarmee heeft Rabobank niet voldaan aan haar zorgplicht. Daartoe is vereist dat de Rabobank [geïntimeerde 1] indringend zou hebben gewaarschuwd voor de aan het aangeboden product verbonden specifieke risico's. De Rabobank mocht ervan uitgaan dat [geïntimeerde 1] vanuit zijn eerder afgesloten leningen op de hoogte was van het risico dat bij tussentijdse/vervroegde aflossing een bedrag ('boete') zou moeten worden betaald, maar niet dat [geïntimeerde 1] zich daadwerkelijk realiseerde op welke wijze het risico op betaling van de negatieve waarde van de renteswap bij tussentijdse beëindiging in zijn concrete situatie zou kunnen uitpakken en/of dat het daarmee gemoeide bedrag hoger zou kunnen uitvallen dan in de situatie waarin hij verkeerde voordat hij de Overeenkomst aanging. Als onbetwist staat vast dat over het risico van het betalen van een negatieve waarde in relatie tot de keuze tussen een vijfjarige dan wel een tienjarige looptijd van de renteswap niet is gesproken. Rabobank heeft enkel gemeld dat de vaste rente bij een tienjarige looptijd van de renteswap iets lager lag dan de vaste rente bij een vijfjarige looptijd. [geïntimeerde 1] heeft onbetwist gesteld daarop zijn keuze voor een tienjarige looptijd te hebben gebaseerd. Rabobank had [geïntimeerde 1] indringend moeten waarschuwen dat hij met het 'vastzetten' van de rente door middel van de renteswap gedurende tien jaar een groter risico liep dan bij het vastzetten voor vijf jaar omdat de negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging hierdoor hoger zou kunnen uitvallen. Verder staat als onbetwist vast dat het risico van het betalen van een negatieve waarde in relatie tot het loslaten van de variërende einddata van de rentevastperioden van de vijf geldleningen niet is besproken. Ook door het loslaten van deze constructie is het risico op het betalen van een negatieve waarde vergroot, althans had [geïntimeerde 1] gedurende tien jaar minder mogelijkheden (een deel van) de financiering tussentijds zonder (hoge) boete af te lossen en ook hiervoor haar Rabobank [geïntimeerde 1] indringend moeten waarschuwen. Dit klemt te meer nu Rabobank wist dat [geïntimeerde 1] Eurodump en wellicht ook het pand wilde verkopen en daarmee belang had bij flexibiliteit bij tussentijdse aflossing van niet alleen het rekening-courant krediet, maar ook van de financiering van het vastgoed.
- De marginverplichtingen / het Afgesproken Bedrag*
- 3.6.7. Of en in hoeverre Rabobank haar zorgplicht heeft geschonden ten aanzien van de marginverplichtingen en het Afgesproken Bedrag kan in het midden blijven omdat het hof van oordeel is dat [geïntimeerde 1] onvoldoende onderbouwd heeft gesteld als gevolg hiervan schade te hebben geleden.
- 3.6.8. [geïntimeerde 1] stelt dat zonder renteswap ongeveer € 515.000,- meer kredietruimte beschikbaar was geweest en dat dit ruim voldoende was geweest om de moeilijke tijden door te komen. In dat geval zou Rabobank niet hebben geëist dat Eurodump werd gesloten, dat de limiet van de rekening courant werd ingeperkt van € 1.035.000,- naar € 150.000,- binnen een jaar en zouden de panden niet verkocht zijn en zou Eurodump gered zijn, aldus [geïntimeerde 1]. Het hof volgt [geïntimeerde 1] hierin niet. et

Uit de feiten volgt dat het al langer niet goed ging met de bedrijven van [geïntimeerde 1] en dat [geïntimeerde 1] Eurodump al wilde verkopen. Zo lieten de jaarcijfers 2006 een verlies zien van € 60.000,- (rov. 3.1.4.) en in 2008 van € 126.000 (rov. 3.1.13.). In het plan van aanpak uit juli 2009 dat [geïntimeerde 1] heeft laten opstellen (rov. 3.1.15.), staat dat de directie van Eurodump vanwege de negatieve resultaten en het ontbreken van echte betrokkenheid bij de verkoop heeft besloten Eurodump te beëindigen. Verder blijkt uit het gespreksverslag van 26 maart 2009 (rov. 3.1.13) dat Rabobank ondanks de slechte financiële situatie toch nog € 80.000,- extra financiering in rekening-courant wilde verstrekken aan [geïntimeerde 1] omdat [geïntimeerde 1] verwachtte en aan Rabobank had gemeld € 500.000,- uit de afbouw van Eurodump en € 300.000 uit de afbouw van de voorraad jacuzzi's vrij te kunnen maken. Ook blijkt uit dat gespreksverslag dat Rabobank [geïntimeerde 1] heeft gewaarschuwd daarop te zullen sturen en controleren (rov. 3.1.13.). Vervolgens zijn partijen conform het bovenstaande de extra financiering van € 80.000,- gevolgd door aflossing van het rekening-courant krediet met € 535.000,- overeengekomen (rov. 3.1.14.). Uit het plan van aanpak van juli 2009 (rov. 3.1.15.) blijkt dat de door [geïntimeerde 1] verwachte verkoop van jacuzzi's vervolgens niet is uitgekomen. Rabobank heeft onbetwist gesteld dat een half jaar na sluiting van Eurodump de voorraad van Eurodump met een waarde van € 400.000,- nog niet was verkocht en dat de voorraad van Zwembad Company opliep tot 1 miljoen zonder tot goede onziet te leiden.

Op verzoek van [geïntimeerde 1] heeft Rabobank de overeengekomen termijn voor aflossing van het rekening-courant krediet verlengd. Vervolgens is de kredietlimiet begin mei 2010 verder verlaagd van € 500.000,- naar € 150.000,-. Uit de brief van 29 maart 2010 blijkt dat dit te maken had met de verkoop van loodsen aan de [perceel 1] (rov. 3.1.21.).

Dat Rabobank heeft opgedragen Eurodump te sluiten en eenzijdig de kredietlimiet heeft ingeperkt waardoor de panden moesten worden verkocht en dat meer kredietruimte verkoop had kunnen voorkomen, is in het licht van de hiervoor geschetste feitelijke gang van zaken onvoldoende onderbouwd gesteld. Grief 1 in incidenteel appel faalt in zoverre. Of zonder renteswap meer kredietruimte beschikbaar was geweest, hetgeen Rabobank gemotiveerd heeft betwist, kan hiermee in het midden blijven.

Verkeerd product / rentedaling

- 3.6.9. Het hof verwerpt de stelling dat Rabobank een verkeerd product heeft geadviseerd gezien de dalende rente, althans hiervoor had moeten waarschuwen. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen (rov. 3.5.12.) mocht Rabobank verwachten dat de rente op de lange termijn niet zou blijven dalen en weer zou (gaan) stijgen. Dit betekent dat grief 4 in principaal hoger beroep slaagt. Verder is het hof van oordeel dat op Rabobank niet de verplichting rustte [geïntimeerde 1] te waarschuwen voor het feit dat hij gedurende tien jaar 4,91 % rente plus opslag zou moeten betalen, ook als de flexibele rente lager zou liggen. Het daarbij behorend risico meer rente te betalen dan de flexibele rente gedurende de looptijd van de overeenkomst is niet specifiek verbonden aan de renteswap en geldt ook bij geldleningen met een rentevastperiode waarmee [geïntimeerde 1] bekend was. De hoogte van de overeengekomen vaste rente en de daarbij behorende duur waren in die zin voor [geïntimeerde 1] niet mis te verstaan.

Bankmarge / dubbelrol

- 3.6.10. [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank uit eigen belang heeft gehandeld en een te hoge provisie/bankmarge heeft doorberekend als onderdeel van de vaste rente bovenop de opslag en daarvoor had moeten waarschuwen. Het hof volgt [geïntimeerde 1] hierin niet. Als onvoldoende betwist staat vast dat de vaste rente onder de renteswap bij het aangaan van de Overeenkomst lager lag dan bij vastrentende leningen met dezelfde looptijd. In dit licht heeft [geïntimeerde 1] onvoldoende onderbouwd gesteld dat provisie en/of bankkosten als component van het vaste rentebedrag bij de renteswap hoger/anders waren dan bij vastrentende leningen waarmee hij wel ervaring had, althans dat de hoogte daarvan niet marktconform was. Verder staat vast dat de bank ook onder de eerste vastrentende leningen van [geïntimeerde 1] een marge voor de bank doorbelaste als component van het vaste rentetarief en daarboven eenzelfde opslagpercentage van 1,15 procent rekende zodat Rabobank ervan mocht uitgaan dat [geïntimeerde 1] zich daarvan voldoende bewust was. Op Rabobank rustte naar het oordeel van het hof terzake dan ook geen (bijzondere) zorgplicht. Of sprake is van een beleggingsdienst (en verborgen provisie) kan daarmee in het midden blijven. Voor zover [geïntimeerde 1] beoogt dat de bank had moeten waarschuwen voor het feit dat de opslag kon worden verhoogd, geldt dat deze steeds 1,15 procent is gebleven en niet is gestegen zodat [geïntimeerde 1] als gevolg daarvan geen schade heeft geleden.

Forward starting risico

- 3.6.11. Het hof is van oordeel dat op Rabobank geen (bijzondere) zorgplicht rustte met betrekking tot het forward starting risico. Het vooraf vastzetten van de rente voor de leningen waarvan de looptijd van de rentevastperiode nog niet eindigde was nu juist een van de doelen die [geïntimeerde 1] beoogde te bereiken. Rabobank mocht ervan uitgaan dat [geïntimeerde 1] met zijn kennis en ervaring rond vastrentende leningen voldoende kon overzien dat het vastzetten van rente voor de toekomst in geval van een dalende rente een nadelige keuze zou zijn.

Mismatch tussen de renteswap en de onderliggende leningen

- 3.6.12. [geïntimeerde 1] stelt dat Rabobank de onderliggende leningen in onjuiste volgorde onder de dekking van de Overeenkomst heeft gebracht. Als gevolg daarvan is de vaste rente van 4,5% van lening [leningsnummer 5] die nog liep tot en met 31 december 2009 voortijdig beëindigd en omgezet naar een variabel rentende lening die werd afgedekt door de renteswap. [geïntimeerde 1] heeft hierdoor nadeel geleden doordat hij voortijdig de overeengekomen hogere swaprente van 4,91% moest betalen in plaats van de vaste rente van 4,5% die voor lening [leningsnummer 5] gold. Rabobank heeft dit gemotiveerd betwist en een overeenkomst van 29 december 2009 overgelegd, ondertekend door [geïntimeerde 1], waarin staat dat de rentevastperiode voor lening [leningsnummer 5] afloopt per 31 december 2009 en voor de periode daarna een variabele rente wordt overeengekomen (prod. 25 cvd). Rabobank heeft daarbij aangevoerd dat de leningen telkens aan het oorspronkelijke einde van de rentevastperiodes zijn omgezet naar variabelrentende leningen en onder de renteswap zijn gebracht. Daarnaast heeft Rabobank aan de hand van een grafiek onderbouwd dat over de gehele looptijd van de Overeenkomst niet meer leningen onder de Overeenkomst zijn gebracht dan overeengekomen (61 cvd). In het licht van deze betwisting, waarop [geïntimeerde 1] naar het oordeel van het hof onvoldoende is ingegaan, heeft [geïntimeerde 1] zijn stelling dat sprake is van een mismatch als gevolg waarvan hij meer rente heeft betaald dan overeenkomen, onvoldoende onderbouwd.

Conclusie zorgplicht

- 3.6.13. Rabobank had [geïntimeerde 1] uit hoofde van haar zorgplicht (indringend) moeten waarschuwen voor vergroting van het risico op het betalen van een (aanzienlijke) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging/aflossing vanwege de langere looptijd en het loslaten van meerdere rentevastperioden met verschillende einddata. Dit betekent dat de grieven 1 (gedeeltelijk), 2 en 3 in principaal hoger beroep falen.

Verschuldigheid bankmarge - bancaire zorgplicht – redelijkheid en billijkheid

- 3.7.1 Het hof verwerpt de stelling van [geïntimeerde 1] dat de bankmarge niet is verschuldigd omdat de bankmarge niet zou zijn overeengekomen. De

bankmarge is onderdeel van het de overeengekomen vaste rentepercentage en daarmee verschuldigd.

- 3.7.2. Dat Rabobank (vanwege haar dubbelrol) in strijd heeft gehandeld met haar bancaire zorgplicht uit artikel 2 ABV, heeft [geïntimeerde 1] onvoldoende feitelijk onderbouwd. Het hof verwijst verder naar hetgeen hieromtrent eerder is overwogen in onder meer rov. 3.5.17. en 3.6.10.
- 3.7.3. Of Rabobank wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid en/of met haar bancaire zorgplicht niet gerechtigd was de negatieve waarde in rekening te brengen kan in het midden blijven nu dit ten grondslag is gelegd aan de subsidiaire vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling en de grondslag voor de primaire vordering op dit onderdeel (schending van de zorgplicht) in hoger beroep is komen vast te staan (rov. 3.6.6. en 3.6.13).

Causaal verband, eigen schuld en schade – grieven 5, 6 en 7 in incidenteel beroep

- 3.8.1 Met grief 5 betoogt Rabobank dat [geïntimeerde 1] de Overeenkomst ook zou zijn aangegaan als Rabobank hem indringend op het in rov. 3.6.6. genoemde risico had gewezen. Daarbij wijst Rabobank erop dat [geïntimeerde 1] rentezekerheid wenste en ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst niet van plan was leningen voortijdig af te lossen. Subsidiair stelt Rabobank dat een vastrentende periode voor tien jaar zou zijn overeengekomen en dat voor de hypothetische situatie dient te worden aangesloten bij dezelfde looptijd. In elk geval zou volgens Rabobank geen rentecap zijn overeengekomen omdat de forse premie die hieraan is verbonden geen reële optie was gezien de financiële situatie van [geïntimeerde 1].
- 3.8.2 Nu Rabobank in grief 7 heeft verzocht om de schade in deze procedure en niet in een aparte schadestaatprocedure vast te stellen en ook [geïntimeerde 1] zich daarin kan vinden, zal het hof de schade die het gevolg is van het niet nakomen van de in rov. 3.6.6. geformuleerde verplichting van Rabobank vaststellen en bij de vaststelling daarvan tevens een oordeel geven over het causaal verband en het beroep op eigen schuld.
- 3.8.3. Het verkopen van Eurodump en van panden houdt naar het oordeel van het hof geen, althans onvoldoende verband met de zorgplichtschending door Rabobank. De bedrijven van [geïntimeerde 1] verkeerden al langer in zwaar weer en [geïntimeerde 1] wilde Eurodump (met pand) al verkopen voordat de renteswap in beeld kwam. Vervolgens heeft de financiële crisis ook in de periode na het sluiten van de Overeenkomst tot aan de verkoop van de panden voortgeduurd en is de door [geïntimeerde 1] verwachte verkoop van voorraad niet uitgekomen waardoor de overeengekomen aflossing niet is gehaald. Het hof verwijst naar hetgeen hiervoor is overwogen in onder meer rov. 3.6.8.
- [geïntimeerde 1] heeft onvoldoende onderbouwd gesteld schade te hebben geleden doordat Rabobank op 13 december 2010 een voorstel tot herinvestering van een deel van de opbrengst van de verkoop van de panden zonder toelichting zou hebben tegengehouden. Op de zitting in hoger beroep kon [geïntimeerde 1] desgevraagd niet toelichten waarop het voorstel tot herinvestering betrekking had. Verder heeft Rabobank onbetwist gesteld dat zij een recht van hypotheek had op de panden en dat na de verkoop van de panden onvoldoende zekerheden resteerden voor herinvestering van een deel van de opbrengst.
- Daar Rabobank een rentecap had moeten adviseren heeft [geïntimeerde 1] eveneens onvoldoende onderbouwd in het licht van het door Rabobank gevoerde verweer dat het aangaan van een rentecap geen reële optie was omdat [geïntimeerde 1] destijds onvoldoende liquide middelen had om de voor een rentecap verschuldigde (forse) premie te betalen.
- 3.8.4. Het hof neemt voor het berekenen van de schade als uitgangspunt dat [geïntimeerde 1] zoveel mogelijk in de toestand dient te worden gebracht die zou bestaan, indien Rabobank aan haar zorgplicht had voldaan en hem erop had gewezen dat hij een groter risico liep op een (aanzienlijke) boete bij tussentijdse aflossing gedurende de tienjarige looptijd van de renteswap ten opzichte van dit risico in de situatie voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst.
- Het hof is van oordeel dat [geïntimeerde 1] in dat geval niet gekozen zou hebben voor de Overeenkomst met renteswap. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [geïntimeerde 1] de mogelijkheid van een renteswap in 2008 niet in beeld had totdat deze mogelijkheid bij hem werd geïntroduceerd door Rabobank en dat Rabobank [geïntimeerde 1] adviseerde de renteswap aan te gaan omdat dit de mogelijkheid bood de rente nu alvast vast te zetten voor de leningen waarvan de rentevastperiode in de toekomst afliet in combinatie met flexibiliteit. Had Rabobank [geïntimeerde 1] gewaarschuwd dat de renteswap inflexibel is waar het op tussentijdse aflossing aankomt, dan had [geïntimeerde 1] naar het oordeel van het hof de flexibele constructie van meerdere leningen met verschillende einddata van de rentevastperiode niet losgelaten en niet gekozen voor een looptijd van tien jaar zoals Rabobank betoogt. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [geïntimeerde 1] op dat moment al kenbaar had gemaakt Eurodump en wellicht ook het pand te willen verkopen en dus belang had bij voldoende flexibiliteit rond aflossing (rov. 3.6.5.). Daarmee bestaat naar het oordeel van het hof causaal verband tussen de zorgplichtschending en het aangaan van de renteswap. Grief 5 in principaal hoger beroep faalt.
- 3.8.5. Het hof verwierpt het beroep van Rabobank op matiging wegens eigen schuld aan de zijde van [geïntimeerde 1] bij het aangaan van de renteswap. Nu vaststaat dat Rabobank [geïntimeerde 1] (indringend) had moeten waarschuwen op het extra risico dat hij liep bij het aangaan van de Overeenkomst in geval van tussentijdse aflossing van (een deel van) de leningen en dat heeft nagelaten, kan aan [geïntimeerde 1] niet worden tegengeworpen dat hij hierover geen vragen heeft gesteld, althans is dit geen omstandigheid die hem kan worden toegerekend. Grief 6 in principaal hoger beroep faalt.
- 3.8.6. Voor het vaststellen van de hypothetische situatie gaat het hof ervan uit dat [geïntimeerde 1] in dat geval de bestaande wijze van financiering en renteaftspraken zou hebben voortgezet. Geen der partijen heeft voldoende gesteld dat er in die hypothetische situatie aanleiding zou hebben bestaan om van de gebruikelijke wijze van financiering met renteaftspraken af te wijken.
- [geïntimeerde 1] heeft onvoldoende onderbouwd gesteld dat hij zonder advies van Rabobank om een renteswap af te sluiten op eigen initiatief zijn bestaande wijze van financiering naar eigen zeggen een evenwichtige mix van leningen met een beperkt en gespreid renterisico, zou hebben gewijzigd in een rentecap of in variabele rente. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat een rentecap niet voor de hand lag omdat dit product zoals onbetwist gesteld duurder was en [geïntimeerde 1] over te weinig liquide middelen beschikte om de premie voor een rentecap te betalen (zie hierboven rov. 3.8.3). Flexibele rente lag niet voor de hand omdat er op dat moment nog geen sprake was van was dat de rente op langere termijn zou gaan dalen (rov. 3.5.12.) zodat het belang van [geïntimeerde 1] bij afdekking van een renterisico en daarmee bij een rentevastperiode onverkort gold. De verwijzing naar een gespreksverslag waarin staat dat een medewerker van Rabobank heeft gesproken met [de adviseur 1 van geïntimeerde 1] over een renteswap “in verband met het voorstel voor alleen variabel”, maakt dit, zonder nadere toelichting hierop, die [geïntimeerde 1] niet, althans onvoldoende heeft gegeven, niet anders.
- Rabobank heeft onvoldoende onderbouwd gesteld dat [geïntimeerde 1] zonder advies van Rabobank om een renteswap af te sluiten op eigen initiatief zou hebben gekozen voor een rentevastperiode voor tien jaar. Hierbij is van belang dat [geïntimeerde 1] in het verleden steeds voor een rentevastperiode van vijf jaar koos. Verder staat als onbetwist vast dat [geïntimeerde 1] alleen voor de tienjarige in plaats van de vijfjarige renteswap koos omdat het rentepercentage lager lag bij de tienjarige renteswap en was het rentepercentage bij een vastrentende lening van vijf jaar - anders dan bij de swaprente - lager dan bij een vastrentende lening van tien jaar. Het hof passeert de stelling van Rabobank dat [geïntimeerde 1] altijd zou hebben gekozen voor de langst mogelijke periode van zekerheid en daarmee voor tien jaar vast, ook indien het rentepercentage daarvoor hoger lag. Het enkele feit dat [geïntimeerde 1] in het verleden voor (de gebruikelijke) vijf in plaats van drie jaar heeft gekozen, terwijl het rentepercentage daar hoger lag betekent nog niet dat [geïntimeerde 1] zou hebben gekozen voor een vastrentende lening van tien jaar die duurder is dan die van vijf jaar. Bovendien heeft Rabobank ter zitting in hoger beroep desgevraagd zelf verklaard bij bedrijfsleningen geen tien jaar vast aan te bieden.
- 3.8.7. Dit betekent dat het hof ervan uitgaat dat [geïntimeerde 1] in de hypothetische situatie in juni 2008 (de periode waarin de Overeenkomst werd

gesloten) voor de twee leningen waarvan de renteperiode afliep ([leningsnummer 1] en [leningsnummer 2]) nieuwe renteafspraken zou hebben gemaakt en daarvoor opnieuw de rente voor vijf jaar zou hebben vastgezet.

- 3.8.8. Ten aanzien van de hypothetische situatie in de periode 2009 tot begin 2010, de periode waarin voor de overige drie leningen [leningsnummer 3] , [leningsnummer 4] en [leningsnummer 5] na afloop van de rentevastperiode zonder de Overeenkomst nieuwe renteafspraken hadden moeten worden gemaakt, overweegt het hof als volgt. Op 5 november 2008 (rov. 3.1.12.) heeft [geïntimeerde 1] aan Rabobank gemeld na carnaval in 2009 Eurodump te willen verkopen en het pand te willen verhuren of verkopen. Vervolgens zijn partijen vanwege tegenvallende bedrijfsresultaten en de verkoop van panden binnen een jaar een verlaging van het rekening courantkrediet van meer dan een miljoen overeengekomen (rov. 3.6.8.). Onder deze omstandigheden, in combinatie met een sterk dalende rente gedurende deze periode, acht het hof het niet waarschijnlijk dat [geïntimeerde 1] voor de overige drie leningen na het verstrijken van de rentevastperiode opnieuw een rentevastperiode voor vijf jaar, met bijbehorende boete bij tussentijdse aflossing van meer dan vijf procent van de oorspronkelijke hoofdsom, zou zijn aangegaan. Het hof gaat er vanuit dat [geïntimeerde 1] voor deze drie leningen zou hebben gekozen voor een variabele rente.

Uitlaten partijen over hoogte schade

- 3.8.9. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte, met inachtneming van de overwegingen en beslissingen in dit arrest, uit te laten over de begroting of schatting van de schade.
Partijen moeten in deze akte een vergelijking maken tussen de daadwerkelijke situatie waarin [geïntimeerde 1] zich bevindt en de hypothetische situatie met de keuze voor een looptijd van 5 jaar vaste rente voor de leningen [leningsnummer 1] en [leningsnummer 2] en een variabele rente voor de leningen [leningsnummer 3] , [leningsnummer 4] en [leningsnummer 5] , ingaande vanaf het moment dat de rentevastperiode voor elke van deze leningen afzonderlijk eindigde.
Daarbij dienen partijen zich tevens uit te laten over de hoogte van de verschuldigde wettelijke rente, te berekenen vanaf het moment dat de schade is geleden (zie hierna in rov. 3.9.3.).
Daarna mogen beide partijen een antwoordakte nemen.

In incidenteel hoger beroep en de eiswijziging van [geïntimeerde 1]

- 3.9.1. Het beroep op dwaling en daarmee de grieven 1 gedeeltelijk, 2 en 5 slagen niet. Daarmee is het bij dagvaarding sub 6 gevorderde terecht afgewezen en behoeft de eiswijziging hieromtrent geen bespreking.
- 3.9.2. Nu [geïntimeerde 1] zijn stellingen rond verborgen provisie en een dubbelrol van Rabobank in hoger beroep alsnog heeft kunnen inbrengen, kan grief 3 in incidenteel hoger beroep verder onbesproken blijven.
- 3.9.3. Met grief 4 in incidenteel hoger beroep betoogt [geïntimeerde 1] terecht dat de wettelijke rente over de schadevergoeding is verschuldigd vanaf het moment dat de schade is gelden (artikel 6:83 aanhef onder b BW). Rabobank heeft op dit onderdeel geen inhoudelijk verweer gevoerd. Het hof zal de wettelijke rente over de nog vast te stellen schadevergoeding toekennen vanaf het moment dat de schade is geleden.
- 3.9.4. [geïntimeerde 1] heeft de grondslag voor zijn vordering tot normalisatie van de communicatie en het instemmen met roeyement van de hypotheek op de privéwoning en met het verstrekken van een financiering (vordering sub v.) naar het oordeel van het hof onvoldoende met feitelijke stellingen onderbouwd, mede in het licht van de door Rabobank gemotiveerde en met bescheiden onderbouwde betwisting dat sprake is van onvoldoende communicatie vanuit Rabobank. In rov. 3.6.8 en 3.8.3. is reeds geoordeeld dat niet is vast komen te staan dat Rabobank onzorgvuldig of in strijd met een verplichting heeft gehandeld met de inperking van het rekeningcourant limiet, of dat de sluiting van Eurodump of de verkoop van panden aan Rabobank is te wijten. Deze vorderingen van [geïntimeerde 1] staan tot slot in een te ver verwijderd causaal verband om te kunnen terugvoeren op de in rov. 3.6.6. vastgestelde schending van de zorgplicht.
- 3.9.5. De bij wijze van eisvermeerdering gevorderde “overige schade” komt niet voor toewijzing in aanmerking. Deze schade bestaat volgens [geïntimeerde 1] uit de extra kosten die het gevolg waren van de verkoop van de bedrijfspanden. Dat dit te wijten is aan Rabobank is niet vast komen te staan (rov. 3.6.8 en 3.8.3.) en ook deze schade staat in een te ver verwijderd causaal verband om te kunnen terugvoeren op de in rov. 3.6.6. vastgestelde schending van de zorgplicht.

In principaal en in incidenteel hoger beroep

- 3.10.1. Het door elk der partijen gedane bewijsaanbod is niet voldoende specifiek en/of niet ter zake dienend, zodat het hof daaraan voorbijgaat.
- 3.10.2. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan in afwachting van de in rov. 3.8.9. genoemde aktewisseling.
- 3.10.3. Het hof geeft partijen tot slot in overweging naar aanleiding van dit tussenarrest de mogelijkheid van een minnelijke regeling te bespreken.

4 De uitspraak

in principaal en incidenteel hoger beroep

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 21 april 2020 voor akte uitlating beide partijen als bedoeld in rov. 3.8.9., waarna beide partijen bij antwoordakte op elkaar kunnen reageren;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. D.A.E.M. Hulskes, A.L. Bervoets en G.M. Menon en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 10 maart 2020.

griffier rolraadsheer

