

# ECLI:NL:RBAMS:2020:2720

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	27-05-2020
Datum publicatie	18-09-2020
Zaaknummer	C/13/662494 / HA ZA 19-239
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Renteswaps met zeer lange looptijd. Geen dwaling en geen zorgplichtschending.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

vonnis

### **RECHTBANK AMSTERDAM**

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/662494 / HA ZA 19-239

### **Vonnis van 27 mei 2020**

in de zaak van

de stichting

**STICHTING RESIDENTIE MOLENWIJCK,**

gevestigd te Loon op Zand,

eiseres,

advocaat mr. D. Beljon te Utrecht,

tegen

de coöperatie

**COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,**

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. D.F. Lunsingh Scheurleer te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Molenwijck en Rabobank genoemd worden.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 15 februari 2019, met producties,
- de conclusie van antwoord, met producties,
- het tussenvonnis van 16 oktober 2019, waarbij een comparitie is bepaald,
- het proces-verbaal van comparitie van 22 januari 2020 met de daarin vermelde processtukken,
- de brieven van partijen van 7 en 13 februari 2020 met hun reacties op het proces-verbaal en de reactie van Rabobank van 19 februari 2020 op de brief van 13 februari 2020 van Molenwijck.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. Molenwijck is een zorginstelling zonder winstoogmerk die 147 appartementen aan senioren verhuurt en zorgdiensten aanbiedt. De inkomsten van Molenwijck bestaan uit de door haar te ontvangen huur- en servicekosten. Haar bestuur bestond in 2005 uit vrijwilligers en werd onder meer gevormd door [betrokkene 1] ( [functie] , hierna: [betrokkene 1] ) en [betrokkene 2] ( [functie] , hierna: [betrokkene 2] ). Haar [functie] was in 2005 tot 2011 [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3] ). Vanaf 2011 tot 2016 was [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4] ) [functie] .

2.2. In 2005 hebben meerdere gesprekken plaatsgevonden tussen (de rechtsvoorgangers van) partijen over de financiering van een verbouwing en uitbreiding van appartementen door Molenwijck. Op 18 januari 2005 vond een gesprek plaats tussen [betrokkene 3] , [medewerker gedaagde 1] [functie] bij Rabobank, hierna: [medewerker gedaagde 1] ) en [medewerker gedaagde 2] [functie] bij Rabobank, hierna: [medewerker gedaagde 2] ) waarin het aangaan van een 'swaption' (optie op toekomstige rente) is besproken. Dit gesprek is door Rabobank bevestigd bij brief van 26 januari 2005 waarin zij, voor zover van belang, heeft geschreven:

"(...) Indien de Stichting haar rentelasten wenst zeker te stellen gaf u aan een vaste rente als meest waarschijnlijke keuze te zien. (...)"

2.3. Op 9 juni 2005 heeft Rabobank aan Molenwijck een presentatie gegeven waarin zij twee voorstellen heeft gedaan voor een financiering van in totaal € 16,5 miljoen: twee vastrentende leningen of twee variabelrentende leningen met een rentederivaat (in de sheets van de presentatie 'renteafpraak' genoemd), waarbij werd uitgegaan van een looptijd van ongeveer 25 jaar. In de sheets van de presentatie is als overeenkomst tussen beide mogelijkheden vermeld:

"(...) Bij additionele aflossingen mogelijkheid op negatieve waarde (lees: boeterente) (...)"

2.4. Op 11 augustus 2005 hebben Rabobank en Molenwijck een Overeenkomst Financiële Derivaten (een raamovereenkomst voor renteproducten) gesloten. Daarbij heeft Rabobank de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank, de Bijlage Informatie Financiële Derivaten en de Bijlage Verschaffing van Dekking aan Molenwijck verstrekt. Deze documenten zijn namens Molenwijck ondertekend en geparafeerd.

In de Overeenkomst Financiële Derivaten is onder 'Risiko's' vermeld dat de waarde van de transacties kan fluctueren en dat er risico's zijn verbonden aan de transacties waarvan de klant zich bewust moet zijn.

2.5. Eveneens op 11 augustus 2005 is namens Molenwijck het Treasury Inventarisatie Formulier (hierna: het TIF) ondertekend. Daarin is aangekruist dat Molenwijck geen/weinig ervaring met treasury producten heeft, dat het doel het gedeeltelijk afdekken van bedrijfsrisico's is en dat het 'Afgesproken Bedrag', zoals bedoeld in de Bijlage Verschaffing van Dekking € 5.572.000 bedraagt. Verder is onder "IV Bepalingen" in het TIF onder meer het volgende vermeld:

"(...) - 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 de documentatie ondertekent en/of transacties sluit, u de documentatie respectievelijk de transacties volledig dient te begrijpen.

- U bent erop gewezen dat informatie over treasury producten en de risico's en mogelijkheden van deze producten uitgebreid beschreven staan op [URL] (...)

- U bent erop gewezen dat u bij het afsluiten van een treasury product (welk valt onder de Overeenkomst Financiële Derivaten) dagelijks de marktwaarde van deze transactie kunt raadplegen op zijn portefeuille overzicht via [URL] .

- 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. (...)"

2.6. In de Bijlage Verschaffing van Dekking is onder meer vermeld:

**"(...) 2. MTM waarde van Transacties**

Aan een Transactie die met u wordt afgesloten wordt door de Bank een waarde toegekend volgens de marked-to-market methodiek (de "MTM waarde").

De MTM waarde die een door u verrichte Transactie op een bepaald moment heeft is het bedrag dat, volgens de standaard berekeningsmethoden van de Bank, op dat moment bij beëindiging van die Transactie door u aan de Bank betaald moet worden of door u van de Bank ontvangen wordt om uw positie ten opzichte van de Bank uit hoofde van de desbetreffende Transactie te neutraliseren (...), uitgaande van de marktomstandigheden van dat moment. In die zin is de MTM waarde te beschouwen als de actuele marktwaarde van die Transactie. De MTM waarde van een Transactie kan voor u positief of negatief zijn.

(...)

**4. Wat geldt als Dekking?**

Als Dekking voor uw Mogelijke Financiële Verplichtingen geldt het totaal van de voor u positieve MTM waarden van met u afgesloten Transacties. Verder wordt met u een bedrag afgesproken waarmee het totaal van de voor u negatieve MTM waarden van Transacties, het totaal van de voor u positieve MTM waarden van Transacties mag overschrijden (het "Afgesproken Bedrag"), zonder dat dit aanleiding geeft tot maatregelen door de Bank (...). (...) Het Afgesproken Bedrag geldt eveneens als Dekking (...)

**7. Wat gebeurt er als er een tekort aan Dekking ontstaat?**

Indien de waarde van de door u verschaft Dekking op enig moment lager wordt dan het bedrag van uw Mogelijke Financiële Verplichtingen neemt de Bank contact met u op om de verdere

handelwijze inzake gesloten en voorgenomen Transacties en verschafte en te verschaffen Dekking met u te bespreken in het licht van uw financiële- en bedrijfsomstandigheden alsdan. (...) In geval van sluiting van Transacties dient u het Afrekeningsbedrag terzake van die Transacties aan de Bank te betalen (zie de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank). (...)"

2.7. In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten is onder 'Rente swap' vermeld:

"(...) Door middel van een rente swap neemt u een renteprofiel met betrekking tot het zogenaamde nominaal bedrag op u. Indien u de betaler van de vaste rente bent loopt u het risico dat de door de Bank verschuldigde variabele rente lager is dan de vaste rente die u moet betalen. (...) Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit de rente swap dan u moet betalen. Dit risico loopt u op ieder van de dagen waarop onder de rente swap de variabele rente opnieuw wordt vastgesteld. De periode waarover u dit risico loopt is gelegen tussen de ingangsdatum en de einddatum van de rente swap. De hoogte van het nominaal bedrag waarop de rente swap betrekking heeft is eveneens van belang voor uw risico; hoe hóger het nominaal bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies. (...)"

2.8. In de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank is onder 'Definities' vermeld:

"(...) 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 op nader door de Bank aan de Klant te maken voorwaarden. (...)"

2.9. Op 16 augustus 2005 heeft Rabobank aan Molenwijck een financieringsvoorstel van € 17.015.000 gedaan dat Molenwijck op 23 augustus 2005 heeft geaccepteerd. De financiering was bedoeld voor de renovatie, de nieuwbouw en de overname van een geldlening bij BNG Bank N.V. en bestond uit drie leningen:

- i. een rekening-courantkrediet van € 500.000 voor onbepaalde tijd tegen 1-maands Euribor, met opslag van 0,55% per kwartaal,
- ii. een 25 jarige annuïtaire geldlening van € 9.132.000 tegen 6-maands Euribor en een opslag van 0,55% per maand met ingangsdatum 1 september 2005, waarvan een bedrag van € 4.832.000 bestemd was voor de renovatie en is gestort op een geblokkeerde depotrekening,
- iii. een 23 jarige annuïtaire geldlening van € 7.383.000 tegen 6-maands Euribor en een opslag van 0,55% per maand met ingangsdatum 1 januari 2007. Dit bedrag is gestort op een geblokkeerde depotrekening.

2.10. Op 17 augustus 2005 heeft Molenwijck met Rabobank een renteswapovereenkomst gesloten met ingangsdatum 1 januari 2006, een looptijd van 25 jaar, op grond waarvan Molenwijck een vaste rente van 4,34% betaalt aan Rabobank en Rabobank een variabele rente van 6-maands Euribor aan Molenwijck (hierna: renteswap I). De schriftelijke bevestiging van deze overeenkomst is op 16 september 2005 namens Molenwijck ondertekend. De renteswap hangt samen met de hiervoor onder 2.9 genoemde geldlening van € 9.132.000 en heeft een aflopende hoofdsom.

2.11. Op 11 oktober 2005 heeft Rabobank een presentatie gegeven aan Molenwijck waarin twee rentederivaten werden besproken een zogenaamde 'forward starting' renteswap (dat wil zeggen dat de ingangsdatum van de swap ligt op een later gelegen moment) en swaption.

2.12. Op 25 oktober 2005 heeft Molenwijck met Rabobank een renteswapovereenkomst gesloten met ingangsdatum 1 januari 2007, een looptijd van 24 jaar op grond waarvan Molenwijck een vaste rente van 4,49% betaalt aan Rabobank en Rabobank een variabele rente van 6-maands Euribor

aan Molenwijck betaalt (de *forward starting swap*, hierna: renteswap II). De schriftelijke bevestiging van deze overeenkomst is op 22 november 2005 namens Molenwijck ondertekend. De renteswap hangt samen met de hiervoor onder 2.9 genoemde geldlening van € 7.383.000 en heeft een aflopende hoofdsom.

2.13. In de schriftelijke bevestigingen van de renteswapovereenkomsten is onder 'Werking van de transactie' het hiervoor onder meer 2.7 geciteerde gedeelte vermeld. Verder is onder meer vermeld:

"(...) **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 daartoe niet 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;(...)"

2.14. Daarnaast is in de renteswapovereenkomsten een beëindigingsrecht opgenomen, door partijen 'break clause' genoemd. Op grond hiervan hebben partijen het recht om eens in de vijf jaar na de ingangsdatum de renteswap tussentijds te beëindigen tegen betaling van het Afrekeningsbedrag door Molenwijck. Hiervan hebben partijen geen gebruik gemaakt.

2.15. Na het aangaan van de renteswaps heeft Rabobank jaarlijks aan Molenwijck een Positie Overzicht Derivatens verzonden waarin de actuele positieve of negatieve waarde van de renteswaps was vermeld. In een overzicht van 2 januari 2008 is vermeld dat de renteswaps een positieve waarde van € 1.355.058 hadden. In een overzicht van 1 januari 2014 is vermeld dat de negatieve waarde van de renteswaps € 2.206.809 bedraagt en dat de benutting van het Afgesproken Bedrag 40% is.

2.16. Verder hebben tussen Molenwijck en Rabobank periodieke gesprekken plaatsgevonden. In een door [medewerker gedaagde 2] opgesteld verslag van een gesprek met [betrokkene 3] op 25 september 2007 is vermeld dat de rentecontracten een ruime positieve waarde kennen en dat Molenwijck niet wenst te muteren, omdat zij met de contracten voor de lange termijn heeft gekozen. In een door [medewerker gedaagde 2] opgesteld verslag van een gesprek met [betrokkene 3] en de accountant van Molenwijck op 15 november 2007 is vermeld dat het de accountant niet duidelijk is hoe de renteswaps administratief lopen en dat aan hem documentatie is overhandigd en uitleg is gegeven. In een door [medewerker gedaagde 2] opgesteld verslag van een gesprek met [betrokkene 3] op 25 februari 2009 is vermeld dat gesproken is over de renteontwikkelingen en dat de renteswaps een negatieve waarde van € 470.460 hebben. In een door [medewerker gedaagde 2] opgesteld verslag van een gesprek met [betrokkene 2] en [betrokkene 4] op 21 september 2012 is vermeld dat de werking van de renteswaps nogmaals duidelijk is uitgelegd en dat de afgesproken bedragen kunnen worden verlaagd.

2.17. Medio 2015 was sprake van leegstand van appartementen van Molenwijck. Vanwege onder meer liquiditeitsproblemen is Molenwijck in die periode ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer van Rabobank. Vanaf december 2015 zijn gesprekken gevoerd tussen Molenwijck en Rabobank over oplossingen om op korte termijn de liquiditeit te verbeteren en op de langere termijn de financiën te herstructureren. Molenwijck heeft om extra financiering verzocht voor verdere investeringen, met name om te voldoen aan brandveiligheidseisen en om adequate voorzieningen te creëren voor dementerende bewoners. Rabobank heeft de gevraagde financiering niet verstrekt.

- 2.18. De advocaat van Molenwijck heeft bij brief van 1 maart 2016 voor zover van belang de buitengerechtelijke vernietiging van de renteswaps ingeroepen op grond van dwaling en Rabobank aansprakelijk gesteld voor de schade die Molenwijck heeft geleden wegens schending van de zorgplicht. Rabobank heeft aansprakelijkheid afgewezen.
- 2.19. Bij brief van 25 april 2016 heeft Rabobank Molenwijck geïnformeerd over de uitkomst van de herbeoordeling van de rentederivaten door het Centrale Expertiseteam Derivaten van de bank. Zij heeft geschreven dat bij beide renteswaps sprake is geweest van twee overdekkingen ('overhedges'): in het geval van renteswap I en II in de periode van 1 januari 2006 tot 14 mei 2009 doordat een deel van de onderliggende leningen is verstrekt via de tot 14 mei 2009 geblokkeerde depotrekeningen en in het geval van renteswap II doordat de onderliggende lening twee maanden na het afsluiten van de renteswap op 1 maart 2007 is verstrekt. Ter vergoeding van de teveel betaalde rente heeft Rabobank een totaalbedrag van € 74.881,99 aan Molenwijck voldaan.
- 2.20. Bij brieven van 2 juni en 2 juli 2017 heeft Molenwijck Rabobank verzocht om een oplossing voor de herstructurering van de financiering inclusief kosteloze beëindiging van de renteswaps, zodat zij kan investeren in woonvoorzieningen voor dementerende ouderen. De renteswaps zijn niet beëindigd.
- 2.21. Molenwijck heeft in deze procedure schriftelijke verklaringen overgelegd van respectievelijk [betrokkene 2] van 3 januari 2020, [betrokkene 1] van december 2019 en [naam accountant] (registeraccountant, in 2015 betrokken bij Molenwijck, hierna: [naam accountant] ) van 7 januari 2020.

Voor zover van belang staat in de verklaring van [betrokkene 2] :

"(...) Ik heb samen met de heer [betrokkene 3] bij Molenwijck met de banken gesproken. De heer [betrokkene 3] in de functie van directeur en ik vanuit mijn rol als penningmeester van het bestuur. Omdat de rente laag was hebben wij voor een vaste rente gekozen. Een vastrentende lening is niet aangeboden, alleen de renteswapconstructie is aangeboden. De afschrijvingstermijn was een jaar of 20 en daarom hebben wij voor een gelijke looptijd gekozen. Wij vonden het belangrijk om daarmee een positie te creëren voor Molenwijck die duidelijkheid en zekerheid verschafte voor de toekomst.

(...)

Ik heb zelf nooit over een rentederivaat geadviseerd. Ik heb zelf nooit aan een dergelijk team deelgenomen. Rabobank mag stellen dat ik meer kennis van bankzaken of bedrijfsfinancieringen heb dan de gemiddelde Nederlander, maar niet dat ik kennis had van swapconstructies of derivaten. Dat was niet mijn kennisgebied (...)

(...)

Ik heb de negatieve waarde altijd als een theoretisch iets beschouwd. Een plus of een min, die meldingen werden voor kennisgeving aangenomen, weggelegd en als niet relevant beschouwd, omdat de renteswap aan het einde van de looptijd eindigt op nul. We dachten, we hebben een vaste rente dus je hoeft daar niet naar te kijken. Een papieren aangelegenheid, zo is het eigenlijk beschouwd. (...)"

Voor zover van belang staat in de verklaring van [betrokkene 1] :

"(...) Het onroerend goed was in feite het enige vermogensbestanddeel van Molenwijck en daarmee moest zeer zorgvuldig en behoedzaam worden omgesprongen. Het bestuur wenste een financiering waarbij in feite vaste (lage) toekomstige lasten vaststonden, zodat ook toekomstige besturen en directies daarmee konden werken en de vaste lasten als uitgangspunt konden hanteren bij de in de toekomst aan nieuwe bewoners in rekening te brengen huren. Het feit dat de onroerende zaken in eigendom waren van de stichting, was ook altijd een essentieel uitgangspunt van het beleid (...)

De commissie onderhield het contact met Rabobank en de externe adviseurs en bracht daaromtrent verslag uit in de bestuursvergadering. (...)

Uitgangspunt van Molenwijck was om over een langere periode (lage) vaste lasten te hebben gezien het bijzondere karakter van Molenwijck en haar doelstelling. (...) Uitgangspunt van de herfinanciering en de nieuwe financieringen was naar mijn mening echter de wens van Molenwijck om in een vroeg stadium van de ontwikkelingen en plannen zekerheid te hebben over de hoogte van de rente van de financieringen.

(...)

Er bestond bij Molenwijck geen enkele wens noch intentie om de renteswap tussentijds te beëindigen.

(...)

Als advocaat ben ik met name gespecialiseerd in het arbeidsrecht en mijn praktijk is nagenoeg volledig op dat rechtsgebied georiënteerd. Ik heb in mijn werk voor 2005 met rentederivaten niet te maken gehad en ook geen specifieke kennis van rentederivaten, ook niet in privé.

(...)

De renteswap is aan het bestuur gepresenteerd als een soort 'verzekeringsproduct' waarmee Molenwijck zich in feite verzekerde van een vaste rente gedurende de looptijd van de overeenkomst. Vanuit de wens dat Molenwijck graag op voorhand wist wat over een langere periode haar vaste lasten zouden zijn, werd dat nu juist ook door Molenwijck als gunstig ervaren.

(...)

Nu echter Molenwijck in het geheel niet voornemens was om te komen tot verkoop van de onroerende zaak, was dat een te overzien (nagenoeg theoretisch) risico (...)

(...) Molenwijck heeft gerealiseerd wat haar voor ogen stond, namelijk de zekerheid van een vaste rente over de looptijd van de financiering.

Anderzijds, indien ik mij destijds gerealiseerd had dat bij een eventuele verkoop van de onroerende zaak, herfinanciering bij een andere bank en/of aanvullende/herfinanciering bij Rabobank Molenwijck aan het rentecontract met de Rabobank vastgezet had en dit Molenwijck ernstig in haar mogelijkheden zou hebben beperkt, had ik vermoedelijk de voorkeur aan een andere vorm van financiering gegeven. (...)"

Voor zover van belang staat in de verklaring van [naam accountant] :

"(...) Bij mijn analyse van de Jaarrekening over 2014 blijkt reeds dat alle lines-of-business, dus zowel de appartementenverhuur, als de zorgverlening als de dienstverlening verlieslatend zijn. (...)

De liquiditeitspositie was al onvoldoende om normaal onderhoud te doen, laat staan verbeteringen door te voeren (...)

(...) de optelsom van schuldrest en de positie van het rentecontract opgeteld [waren] veel meer dan 75% van de waarde-van-het-pand. Gerekend vanuit een (marktconforme maximale) verstrekkingnorm met een maximum Loan-to-value van 75% zou geen enkele andere financierer bereid zijn de hypothecaire financiering van SRM [Molenwijck] over te nemen. Daar komt bij dat de op dat moment slechte performance van het bedrijf een nieuwe financierer terecht zou doen twifelen aan het vermogen van SRM om uit haar exploitatie de toekomstige rente- en aflossingsverplichting te kunnen voldoen. (...)

(...)

De Jaarrekening 2014 (...) toonde volop de gevolgen van een slechte bezettingsgraad en het interen op de onderhoudsvoorzieningen om aan de rente- en aflossingsverplichting te kunnen voldoen. (...)"

### 3 Het geschil

3.1. Molenwijck vordert – samengevat – om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

Primair:

- i. te verklaren voor recht dat de overeenkomsten die ten grondslag liggen aan renteswap I en/of renteswap II op 1 maart 2016 rechtsgeldig zijn vernietigd op grond van dwaling, althans deze overeenkomsten alsnog te vernietigen;
- ii. te verklaren voor recht dat Rabobank gehouden is de vanaf de datum van het aangaan van de renteswaps, althans vanaf 1 januari 2011 (eerste opzegmogelijkheid renteswap I) en 1 januari 2012 (eerste opzegmogelijkheid renteswap II) alle door Molenwijck betaalde bedragen onder de renteswaps terug te betalen, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;

Subsidiair:

- iii. te verklaren voor recht dat Rabobank jegens Molenwijck onrechtmatig heeft gehandeld, althans toerekenbaar is tekortgeschoten,
- iv. Rabobank te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding aan Molenwijck, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;

Primair en subsidiair:

Rabobank te veroordelen tot het betalen van:

- v. de buitengerechtigde incassokosten, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;
- vi. de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente en de nakosten;  
en ten slotte:
- vii. te verklaren voor recht dat Rabobank is gehouden om de door Molenwijck gemaakte kosten ter vaststelling en begroting van de schade te voldoen.

3.2. Aan haar vorderingen legt Molenwijck – samengevat – het volgende ten grondslag. Molenwijck is een risicomijdende stichting met een maatschappelijke functie. Haar bestuurders hadden destijds geen relevante kennis van of ervaring met complexe financiële producten zoals renteswaps en vertrouwden volledig op de informatie en adviezen van de bank. Zij zijn onvoldoende geïnformeerd over de wezenlijke kenmerken en risico's van de renteswaps, met name de (mogelijke) gevolgen van de ongebruikelijk lange duur. Hierdoor was het risico dat de negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging vergoed moest worden zeer groot en bleek het niet mogelijk om investeringen te doen. Primair heeft zij daarover gedwaald bij het aangaan van de renteswaps. Met de brief van 1 maart 2016 heeft Molenwijck de renteswapovereenkomsten rechtsgeldig vernietigd, zodat Rabobank de uit hoofde van de renteswaps betaalde bedragen op grond van onverschuldigde betaling moet terugbetalen.

Subsidiair heeft Rabobank in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht gehandeld. Zij heeft Molenwijck in haar hoedanigheid van adviseur onvoldoende gewaarschuwd voor de risico's van renteswaps, zowel voorafgaand aan het sluiten van de renteswaps als daarna. Het advies tot het afsluiten van de renteswaps was onjuist en niet passend. Rabobank is daardoor tekortgeschoten in haar (voortdurende) zorgplicht tegenover Molenwijck, dan wel heeft zij onrechtmatig gehandeld omdat zij de toepasselijke publiekrechtelijke gedragsregels heeft geschonden. Rabobank is aansprakelijk voor de schade die Molenwijck door dit alles heeft geleden. Deze schade die bestaat uit de jarenlang te veel betaalde rente, is door Cadension Financial Surgery berekend op een bedrag van € 3.306.103.

3.3. Rabobank voert verweer en concludeert tot – kort samengevat – niet-ontvankelijkverklaring, dan wel afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van Molenwijck in de (na)kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

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



## 4 De beoordeling

4.1. Molenwijck maakt Rabobank de volgende verwijten, die zij zowel aan het beroep op dwaling als de schending van de zorgplicht ten grondslag heeft gelegd. Zij stelt dat Rabobank haar niet of onvoldoende heeft voorgelicht dan wel heeft gewaarschuwd met betrekking tot de volgende kenmerken en eigenschappen van de renteswaps:

- de mogelijke negatieve waarde van de renteswaps bij tussentijdse beëindiging,
- het gebrek aan flexibiliteit door de buitengewoon lange looptijd van de renteswaps,
- dat het 'Afgesproken Bedrag' een negatieve invloed kan hebben op haar risicoprofiel en vermogenspositie, met als gevolg bijstortingsverplichtingen en beperking van de kredietruimte,
- de mogelijkheid van een overhedge,
- de gevolgen van de overeengekomen break clause,
- de rentevisie van de bank en de kans dat de rente zou dalen.

### *I Dwaling*

4.2. De rechtbank zal eerst beoordelen of – zoals Molenwijck stelt en Rabobank betwist – de renteswapovereenkomsten onder invloed van dwaling tot stand zijn gekomen en of Molenwijck bevoegd was om de overeenkomsten op die grond buitengerechtelijk te vernietigen bij brief van 1 maart 2016.

### *Verjaring*

4.3. Het meest verstrekkend verweer van Rabobank is dat de vorderingen uit hoofde van dwaling zijn verjaard op grond van artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder c Burgerlijk Wetboek (BW). Dit artikel bepaalt dat een rechtsovereenkomst tot vernietiging van een rechtshandeling in geval van dwaling verjaart drie jaar nadat de dwaling is ontdekt. Voor de aanvang van de verjaringstermijn is bepalend wanneer Molenwijck daadwerkelijk bekend is geraakt met de feiten en omstandigheden waarop het beroep op dwaling is gegrond. Absolute zekerheid daarover is niet vereist, een redelijke mate van zekerheid volstaat (Hoge Raad 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:BQ5068, rov. 3.6).

4.4. Volgens Rabobank moet Molenwijck sinds de presentatie van 9 juni 2005 (zie 2.3) bekend worden verondersteld met de mogelijkheid van het moeten vergoeden van een negatieve waarde bij voortijdige aflossing, of in ieder geval na de periodieke gesprekken van 25 september 2007, 15 november 2007, 25 februari 2009 en 21 september 2012 (zie 2.16), omdat Rabobank Molenwijck in die gesprekken op de hoogte heeft gebracht van de positieve of negatieve waarde van de renteswaps en de werking van de renteswaps. De vordering gebaseerd op dwaling over het feit dat een renteswap een negatieve marktwaarde kan ontwikkelen is in juni 2008, november 2010, of februari 2012, maar in ieder geval in september 2015 verjaard, aldus Rabobank.

Molenwijck heeft daartegen aangevoerd dat zij in 2015 werd geconfronteerd met de afwijzing van de (her)financieringsaanvraag en toen een analyse heeft gemaakt van de financieringsstructuur, waardoor de kosten en de problemen van de renteswaps haar duidelijk werd.

4.5. Anders dan Rabobank heeft betoogd volgt uit de interne gespreksverslagen (zie 2.16) niet dat het Molenwijck tijdens de betreffende gesprekken daadwerkelijk bekend was dat zij de renteswaps niet kon beëindigen zonder de negatieve waarde te moeten afrekenen. In de gespreksverslagen staat niet dat dit expliciet is besproken of uitgelegd. Verder heeft Rabobank geen momenten aangewezen waarop Molenwijck bekend moet zijn geraakt met de gevolgen van de overige in 4.1 genoemde kenmerken en eigenschappen van de renteswaps. Bij deze stand van zaken gaat de rechtbank ervan uit dat Molenwijck de gestelde dwaling in de loop van 2015 heeft ontdekt, toen bleek dat het niet mogelijk was om (her)financiering bij Rabobank te krijgen en Molenwijck een analyse van haar financieringsstructuur heeft gemaakt. Dit wordt ook ondersteund door de verklaring van [naam accountant] waarin is opgenomen dat het bestuur van Molenwijck in 2015 een analyse van de financieringsstructuur heeft gemaakt, waardoor de problematiek van de renteswaps duidelijk zichtbaar werd. Indien er met Molenwijck vanuit wordt gegaan dat zij heeft

gedwaald, dan is de verjaringstermijn van de vordering tot vernietiging van de renteswapovereenkomsten in 2015 aangevangen en heeft zij met de brief van 1 maart 2016 (zie 2.18) tijdig de (buitengerechtelijke) vernietiging van de renteswapovereenkomsten ingeroepen. Het verjaringsverweer slaagt dus niet.

#### *De mededelingsplicht bij dwaling*

- 4.6. Volgens Molenwijck heeft Rabobank haar voorafgaand aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten geen inlichtingen gegeven over de hiervoor onder 4.1. genoemde kenmerken en eigenschappen van de renteswaps. Zij heeft gesteld dat zij de renteswapovereenkomsten niet zou hebben gesloten als zij bij het aangaan ervan een juiste voorstelling van zaken had. Rabobank heeft bestreden dat er grond voor dwaling bestaat, omdat zij Molenwijck voldoende en volledig heeft geïnformeerd. Bovendien heeft geen van de gestelde risico's waarover Molenwijck stelt te hebben gedwaald, zich gemanifesteerd, zodat Molenwijck geen nadeel heeft (gehad) van de renteswaps, aldus Rabobank. Zij doet in dat verband onder meer een beroep op artikel 6:230 lid 2 BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).
- 4.7. Een onder invloed van dwaling tot stand gekomen overeenkomst is vernietigbaar 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, aanhef en onder b BW).
- 4.8. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 28 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1046) heeft overwogen, rust op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, in het algemeen een mededelingsplicht om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. De omvang en inhoud van de mededelingsplicht hangen af van de omstandigheden van het geval (rov. 3.5.3).
- 4.9. De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen (rov. 3.5.4 van het arrest).
- 4.10. Uitgangspunt is dat bij een rentederivaat, als de onderhavige renteswaps, aan deze mededelingsplicht is voldaan als 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 (rov. 3.5.6 van het arrest, zie verder ook Hoge Raad 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, rov. 4.2.3 en ECLI:NL:HR:2019:1500, rov. 4.2.2).
- 4.11. Gelet op de hiervoor genoemde maatstaf is van belang welke informatie Molenwijck van Rabobank heeft verkregen.
- Uit de sheets van de presentatie van 9 juni 2005 blijkt dat toen is vermeld dat het mogelijk is dat bij tussentijdse aflossing van een 'Treasury product' een vergoeding zou moeten worden betaald.

Voorafgaand aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten heeft Molenwijck de Overeenkomst Financiële Derivaten en het TIF gezien en ondertekend. Daarnaast heeft zij de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank, de Bijlage Informatie Financiële Derivaten en de Bijlage Verschaffing van Dekking ontvangen. Deze bijlagen zijn eveneens voor akkoord getekend door Molenwijck.

Rabobank heeft aangevoerd dat [medewerker gedaagde 1] bij het invullen van het TIF de werking en functie van het Afgesproken Bedrag en de koppeling met de marktwaarde-ontwikkeling van een renteswap mondeling heeft toegelicht. Volgens Molenwijck is dat niet gebeurd. Wat daarvan ook zij, in het TIF is onder meer vermeld dat Rabobank haar erop heeft gewezen dat het aangaan van transacties aanzienlijke risico's voor Molenwijck kan meebrengen en dat Molenwijck de transacties volledig dient te begrijpen voordat zij de documentatie ondertekent. Ook in de Overeenkomst Financiële Derivaten is meegedeeld dat er risico's aan de transactie zijn verbonden. Verder is in het TIF het Afgesproken Bedrag vermeld, waarbij is verwezen naar de Bijlage Verschaffing van Dekking. Hierin is een toelichting gegeven over de marktwaarde van de transactie, die positief of negatief kan zijn en is uitgelegd wat wordt bedoeld met het Afgesproken Bedrag. Daarnaast wordt meegedeeld dat de klant dekking moet verschaffen en dat bij beëindiging van de renteswap mogelijk een bedrag betaald moet worden.

4.12. In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten die voorafgaand aan het sluiten van de renteswapovereenkomsten is verstrekt, staat onder 'Rente swap' toegelicht dat Molenwijck het risico loopt dat als de variabele rente lager is dan de vaste rente, zij dan moet betalen, dat zij dit risico gedurende de hele looptijd van de overeenkomst loopt en dat de hoogte van het Nominaal bedrag dat in de overeenkomst is vermeld van belang is voor dit risico. Dit staat ook vermeld ook in de schriftelijke bevestigingen van de renteswapovereenkomsten.

4.13. Hierna zal worden beoordeeld of de verschillende verwijten die Molenwijck Rabobank maakt slagen gelet op de door Rabobank verstrekte informatie.

#### *Negatieve waarde en gebrek aan flexibiliteit*

4.14. Als de bestuursleden die destijds direct betrokken waren bij het afsluiten van de leningen en renteswaps, de hiervoor genoemde informatie met aandacht hadden gelezen, dan hadden zij kunnen begrijpen dat bij voortijdige beëindiging van de renteswaps door de bank een bedrag in rekening kan worden gebracht of een bedrag door de bank kan worden vergoed. Daarmee heeft Molenwijck tijdig inzicht kunnen krijgen in het risico dat zij afhankelijk van de marktsituatie een aanzienlijk bedrag zou moeten betalen indien zij de onderliggende geldleningen (gedeeltelijk) zou willen aflossen. Weliswaar kan worden vastgesteld dat [betrokkene 2] , [betrokkene 3] en [betrokkene 1] geen specifieke kennis hadden van rentederivaten, maar zij waren hoogopgeleid en hadden uitgebreide werkervaring in onder meer de bancaire en juridische sector. Van hen kan worden verwacht dat zij vragen stellen als hen iets niet duidelijk zou zijn geweest over de gevolgen van het beëindigen van de renteswaps. Uit hoofde van hun functie als bestuurder mag ook verwacht worden dat zij een kritische houding aannemen en informatie (en zo nodig advies bij een derde) inwinnen om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen over een financiering van € 17.015.000. Nu niet is gesteld en evenmin is gebleken dat Molenwijck het hiervoor bedoelde onderzoek heeft gedaan, moet een eventuele dwaling met betrekking tot de mogelijke negatieve waarde en de daarmee samenhangende inflexibiliteit van de renteswaps voor haar rekening blijven.

4.15. Dat sprake is van een adviesrelatie (zie hierna onder 4.27) maakt het voorgaande niet anders. Terecht heeft Molenwijck erop gewezen dat volgens het arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1499, rov. 4.2.7) tot de omstandigheden van het geval waarvan de omvang en inhoud van de mededelingsplicht afhankelijk zijn, ook informatie kan behoren die de bank verkrijgt door nakoming van haar zorgplicht of van haar verplichtingen uit een adviesrelatie. Molenwijck heeft echter niet geconcretiseerd welke door Rabobank uit hoofde van haar zorgplicht

of als adviseur ingewonnen inlichtingen tot meer of andere informatieverstrekking had moeten leiden om te voorkomen dat zij onder invloed van dwaling contracteerde.

- 4.16. Uit het voorgaande volgt dat de stelling van Molenwijck dat Rabobank de door haar verstrekte documentatie extra had moeten toelichten over de omstandigheid dat de renteswaps tot een zekere inflexibiliteit leiden, omdat zij de renteswaps niet tussentijds zou kunnen beëindigen zonder bijbetaling, niet slaagt. Ook het betoog dat Rabobank het voltallige bestuur van Molenwijck had moeten informeren vanwege de ontbrekende deskundigheid en de beperkingen in het overbrengen van informatie, slaagt niet. Blijkens de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] vormden [betrokkene 2] en [betrokkene 3] de commissie die de contacten met Rabobank onderhield en deden zij daarvan verslag in de bestuursvergadering (zie 2.21). Aangenomen mag worden dat het bestuur via [betrokkene 2] en [betrokkene 3] over voldoende informatie beschikte om te beslissen of zij de renteswaps wilde afsluiten.

#### *Het Afgesproken bedrag en de marginverplichtingen*

- 4.17. Molenwijck verwijt Rabobank dat zij haar vooraf geen mededelingen heeft gedaan over de werking van het Afgesproken Bedrag en de mogelijkheid dat Rabobank haar zou kunnen verplichten tot bijstorting in het geval de renteswaps een negatieve waarde zouden ontwikkelen. Als het Molenwijck vooraf bekend was geweest dat de mogelijk zeer hoge negatieve waarde van de renteswaps gevolgen zou hebben voor haar vermogenspositie en obligo of bijstortingsverplichtingen, had zij de renteswapovereenkomsten niet gesloten. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst Molenwijck op de verplichting van de bank om erop toe te zien dat de bij haar klant aanwezige saldi toereikend zijn om aan haar verplichtingen die voortvloeien uit de transactie te voldoen (in dit geval de eventuele negatieve waarde van de renteswaps bij tussentijdse beëindiging) en extra zekerheden te eisen op het moment dat dit niet zo is (de zogenaamde saldibewakingsplicht van artikel 86 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen, hierna: BGfo).
- 4.18. Rabobank heeft daartegen aangevoerd dat het Afgesproken Bedrag een signaalfunctie heeft; als op enig moment de negatieve waarde van de renteswaps het Afgesproken Bedrag dreigt te overschrijden wordt contact opgenomen met de klant en wordt het Afgesproken Bedrag in overleg verhoogd. Zij heeft betwist dat het Afgesproken Bedrag van invloed is op de liquiditeitspositie van een klant en dat het als (extra) kredietfaciliteit functioneert. In dat kader heeft zij erop gewezen dat artikel 86 BGfo pas is geïntroduceerd nadat de renteswaps zijn gesloten en dit artikel niet van toepassing is op de waarde van een renteswap. Verder heeft zij aangevoerd dat het Afgesproken Bedrag niet of nauwelijks relevant is voor Molenwijck, omdat Rabobank geen aanvullende zekerheden heeft verlangd of de renteswaps (gedeeltelijk) heeft beëindigd.
- 4.19. Voor zover Molenwijck heeft bedoeld te stellen dat de bank altijd kredietruimte aanhoudt voor de mogelijke negatieve waarde van een renteswap, dus ook indien geen sprake is van tussentijdse beëindiging, hetgeen Rabobank aldus heeft betwist, geldt het volgende.
- Voor een geslaagd beroep op dwaling vereist artikel 6:228 lid 1 BW dat causaal verband bestaat tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst. Molenwijck heeft tegenover de gemotiveerde betwisting van Rabobank onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij de renteswapovereenkomsten niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als zij had geweten dat Rabobank dekking kon verlangen voor een negatieve waarde van de renteswaps. De verklaring van [betrokkene 1] dat hij vermoedelijk de voorkeur aan een andere financiering had gegeven als hij zich destijds had gerealiseerd dat Molenwijck bij herfinanciering bij een andere bank en/of aanvullende financiering bij Rabobank aan het rentecontract had vastgezet en dit Molenwijck ernstig in haar mogelijkheden zou hebben beperkt (zie 2.21) is daarvoor onvoldoende. Deze verklaring heeft geen betrekking op het Afgesproken Bedrag, een eventuele marginverplichting of de beperking van kredietruimte, maar op de negatieve waarde die

bij een voortijdige beëindiging van de renteswaps mogelijk moet worden vergoed. Ook de verklaring van [betrokkene 2] dat als hij destijds had geweten dat het Afgesproken Bedrag belemmerend was, dat hij dan mogelijk op een andere manier naar het aangaan van de renteswaps zou zijn gaan kijken is niet voldoende concreet. Het beroep op dwaling kan alleen al daarom niet slagen.

- 4.20. Als het voorgaande anders was, dan kan dit Molenwijck niet baten. Immers, Molenwijck is erover geïnformeerd dat in het kader van haar verplichting de vaste rente te betalen, gedurende de gehele looptijd saldi (krediet) en zekerheden konden worden aangewend. Dat Rabobank maatregelen kon nemen indien de renteswaps tijdens de looptijd een negatieve waarde zouden ontwikkelen die hoger was dan het Afgesproken bedrag volgt uit de Bijlage Verschaffing van Dekking (zie ook 4.11).
- 4.21. Ten slotte geldt dat, voor zover wel een dwalingsgrond zou bestaan, het vast staat dat Rabobank Molenwijck geen marginverplichtingen heeft opgelegd. Verder heeft Molenwijck onvoldoende toegelicht dat het Afgesproken Bedrag haar in 2015 in de mogelijkheden van (her)financiering door Rabobank of een andere bank heeft beperkt. Rabobank heeft dat gemotiveerd betwist en heeft aangevoerd dat de verslechterde financiële positie van Molenwijck door leegstand de reden was voor de afwijzing van de (her)financieringsaanvraag. Hierdoor twijfelde Rabobank ernstig aan de mogelijkheden van Molenwijck om de vaste lasten te kunnen betalen van een extra financiering voor nieuwe investeringen. Blijkens de verklaring van [naam accountant] acht hij dit ook een plausibele reden voor de afwijzing van (her)financiering door Rabobank of een andere bank (zie 2.21). Blijkens zijn verklaring liepen de resultaten van Molenwijck door verschillende oorzaken terug in de jaren na het afsluiten van de leningen en renteswaps (2008-2016), hetgeen te maken had met maatschappelijke ontwikkelingen waardoor het bedrijfsmodel van woon-zorginstellingen onder druk kwam te staan en teruglopende inkomsten van (potentiële) huurders en waren in 2014/ 2015 de appartementenverhuur, zorgverlening en dienstverlening verliesgevend. Bij deze stand van zaken kan niet worden aangenomen dat het Afgesproken Bedrag invloed heeft gehad op de afwijzing van de (her)financieringsaanvraag. Aan bewijslevering op dit punt wordt niet toegekomen, omdat Molenwijck hiervoor geen concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld.
- 4.22. Het voorgaande betekent dat ook niet kan worden aangenomen dat Molenwijck door de gestelde dwaling over het risico van het ontstaan van marginverplichtingen en de rol van het Afgesproken Bedrag is benadeeld. In beginsel staat het ontbreken van nadeel niet in de weg aan een geslaagd beroep op dwaling, omdat benadeling daarvoor niet is vereist. Ook de omstandigheid dat een risico waarover de wederpartij heeft gedwaald zich niet heeft gerealiseerd, sluit een beroep op dwaling niet uit (Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 rov. 3.6.3.). Rabobank heeft echter terecht betoogd dat de op dwaling gebaseerde vernietiging van de overeenkomsten (met haar gevolgen) onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW). De terughoudendheid die de rechter moet betrachten bij de aanvaarding van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid staat hieraan niet in de weg. Rabobank heeft voldoende gemotiveerd dat de gevolgen van de vernietiging van de renteswapovereenkomsten, de algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichtte betalingen, niet in verhouding staan tot de dwaling over het risico dat Molenwijck heeft gelopen en tot een onevenwichtig resultaat zou leiden, nu moet worden aangenomen dat de marginverplichtingen en het bestaan van het Afgesproken Bedrag geen nadelige gevolgen voor Molenwijck hebben gehad.

#### *Overhedge*

- 4.23. Voor zover sprake is geweest van een overhedge, geldt dat Molenwijck een vergoeding voor de teveel betaalde rente ontvangen heeft van Rabobank (zie 2.19). Molenwijck heeft de stelling van Rabobank dat de overhedge haar geen nadeel heeft opgeleverd niet betwist, zodat dit vaststaat. Rabobank heeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:230 lid 1 BW een wijziging van de

gevolgen van de overeenkomst voorgesteld die het nadeel van Molenwijck als gevolg van de gestelde dwaling op dit punt op afdoende wijze opheft. Hierdoor is de bevoegdheid tot vernietiging van de renteswapovereenkomsten op deze grond vervallen. Dat Rabobank de compensatie heeft betaald na de buitengerechterlijke vernietiging in de brief van 1 maart 2016 is niet relevant, omdat een voorstel tot wijziging van de gevolgen van de overeenkomst nog kan worden gedaan nadat de vernietigingsverklaring is uitgebracht (zie conclusie AG 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:332, rov. 10.13.1).

#### *Break clause*

- 4.24. Voor zover Molenwijck over de mogelijke risico's van het invoeren van de break clause door de bank bij het aangaan van de renteswapovereenkomsten heeft gedwaald, heeft Rabobank ook hier terecht aangevoerd dat dit verwijt ziet op een gebrek aan informatie over een risico dat voor Molenwijck geen nadeel heeft opgeleverd. Immers, het risico van het invoeren van de break clause heeft zich niet verwezenlijkt, omdat Rabobank aan deze clausule geen uitvoering heeft gegeven. Het risico zal zich in de toekomst ook niet verwezenlijken, omdat Rabobank in de conclusie van antwoord afstand heeft gedaan van het recht om de break clause in te roepen. Gelet op het bepaalde in artikel 6:230 lid 1 BW is de bevoegdheid tot vernietiging van de renteswapovereenkomsten op deze grond vervallen.

#### *Renteverwachting*

- 4.25. Ten slotte heeft Molenwijck onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat Rabobank haar onjuist heeft voorgelicht over de kans dat de rente op de lange termijn zou dalen. Gelet op de gemotiveerde betwisting door Rabobank van de stelling dat zij in 2005 verwachtte dat de variabele rente, uitgaande van het 6-maands Euribortarief op de lange termijn zou dalen en zij Molenwijck dus had moeten afraden de renteswaps aan te gaan, had het op de weg van Molenwijck gelegen om haar stelling nader toe te lichten en te onderbouwen met concrete feiten en omstandigheden. Molenwijck heeft dit niet gedaan, zodat het beroep op dwaling op deze grond niet slaagt.

#### *Conclusie*

- 4.26. Het beroep op dwaling slaagt niet. Dit betekent dat de buitengerechterlijke vernietiging van de renteswapovereenkomsten ten onrechte door Molenwijck is ingeroepen en geen effect heeft. Daardoor is de grondslag voor de vordering tot terugbetaling vervallen. De vorderingen onder 3.1 i en ii zullen worden afgewezen.

#### *II Tekortkoming / onrechtmatige daad*

- 4.27. Molenwijck heeft aan haar subsidiaire vorderingen onder 3.1 iii en iv ten grondslag gelegd dat de bank is tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht dan wel onrechtmatig tegenover Molenwijck heeft gehandeld. Zij vordert schadevergoeding nader op te maken bij staat. Deze vordering is toewijsbaar indien Molenwijck de mogelijkheid van schade als gevolg van een van de verweten gedragingen aannemelijk maakt, of dat nu is uit hoofde van een tekortkoming of door onrechtmatig handelen. Deze vordering zal worden beoordeeld met inachtneming van het hiernavolgende toetsingskader, waarbij eerst het door ABN AMRO gevoerde klachtplichtverweer en verjaringsverweer zullen worden beoordeeld en dan de inhoudelijke standpunten van partijen. Daarbij wordt voorop gesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat sprake is van een adviesrelatie in de zin van artikel 7:400 BW.

#### *Klachtplicht en verjaring*

- 4.28. Volgens Rabobank heeft Molenwijck te laat geklaagd over de niet-nakoming van de zorgplicht en haar recht verwerkt om zich op de gebreken in de renteswaps te beroepen. Molenwijck was al op

de hiervoor onder 4.4 genoemde data bekend met de kenmerken van de renteswaps en kon toen vaststellen of sprake was van een gebrek, zodat de klachttermijn op die data is gaan lopen. De klacht in de brief van 1 maart 2016 is niet binnen een redelijke termijn gedaan, waardoor de rechten van Molenwijck zijn komen te vervallen, aldus Rabobank. Ook heeft zij gesteld dat zij door de schending van de klachtplicht is benadeeld. Molenwijck heeft betwist dat zij de klachtplicht zou hebben geschonden.

4.29. In artikel 6:89 BW is bepaald dat de schuldeiser (in dit geval: Molenwijck) op een gebrek in de prestatie van de schuldenaar (in dit geval: Rabobank) geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar daarover heeft geprotesteerd. Dit artikel moet in financiële adviesrelaties terughoudend worden toegepast (vgl. HR 8 februari 2013, ECLI: NL:HR:2013:BY4600). Gelet op de aard van de dienstverlening waarbij Rabobank als adviseur bij uitstek deskundig is en bij haar advisering de haar betamende zorg in acht moet nemen, terwijl Molenwijck die onervaren is op het gebied van rentederivaten, in beginsel op dit advies mag afgaan, kan niet snel worden aangenomen dat zij bekend was, of behoorde te zijn, met gebreken in dit advies, en daarover niet tijdig heeft geklaagd.

4.30. Zoals hiervoor in 4.5 is overwogen moet ervan worden uitgegaan dat Molenwijck in 2015 bekend is geworden met de gestelde gebreken van de renteswaps. Zij had toen aanleiding om te veronderstellen dat Rabobank mogelijk in haar zorgplicht was tekortgeschoten. De klachttermijn is dus in 2015 gaan lopen. In aanmerking genomen dat Molenwijck onderzoek heeft gedaan, zich vervolgens tot Rabobank heeft gewend voor een oplossing en uiteindelijk een advocaat heeft ingeschakeld, heeft zij met de brief van 1 maart 2016 binnen bekwame tijd heeft geklaagd.

Dit geldt temeer, omdat niet is gebleken dat Rabobank, anders dan zij heeft betoogd, is belemmerd in het voeren van verweer, bijvoorbeeld doordat relevante documentatie betreffende het geschil niet langer beschikbaar is of de bij het sluiten van de renteswapovereenkomsten betrokken personen niet langer beschikbaar zijn voor nadere uitleg over de gang van zaken. Rabobank heeft immers nog de beschikking over de relevante documenten, zoals gespreksverslagen en correspondentie. Daarnaast zijn destijds betrokken bestuursleden van Molenwijck nog beschikbaar voor het afleggen van verklaringen, en hebben zij dat ook gedaan. Verder is [medewerker gedaagde 1] nog altijd werkzaam bij Rabobank en was hij aanwezig op de zitting. Gelet op deze omstandigheden kan niet geoordeeld worden dat Molenwijck haar recht om te klagen heeft verwerkt.

4.31. Rabobank heeft gesteld dat de schadevergoedingsvordering is verjaard, omdat Molenwijck op 15 november 2007 of 25 februari 2009 (zie 2.16) bekend was met de schade en de brief van 1 maart 2016 dateert van meer dan vijf jaar daarna. Molenwijck heeft dit betwist.

Voor een vordering tot schadevergoeding geldt ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW een verjaringstermijn van vijf jaar. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad begint deze termijn te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon (vgl. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, rov. 3.3.2 en HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, rov. 3.1). Dit moment was zoals hiervoor onder 4.5 is overwogen in 2015, omdat Molenwijck toen beseftte dat de renteswaps voor haar tot schadelijke gevolgen konden leiden en dat de bank daarvoor mogelijk aansprakelijk was. De verjaringstermijn die toen is gaan lopen is tijdig gestuit door de brief van 1 maart 2016 en vervolgens door de dagvaarding van 15 februari 2019. De vordering tot schadevergoeding is dus niet verjaard.

#### *De bancaire zorgplicht en waarschuwingsplicht bij renteswaps*

4.32. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad rust in verband met haar maatschappelijke functie

en deskundigheid op een bank als professionele financiële dienstverlener die een ingewikkeld (beleggings)product aan een klant aanbiedt of adviseert, een (bijzondere) zorgplicht tegenover die klant. 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 klant en dat zij hem voldoende indringend en in niet mis te verstane bewoordingen moet waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste constructie zijn verbonden, en voor het feit dat een door de klant voorgenomen of toegepaste strategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de klant, de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de klant, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's en de aard van de relatie.

Uit de (bijzondere) zorgplicht van de bank kan in de gegeven omstandigheden een waarschuwingsplicht voortvloeien. De waarschuwingsplicht brengt mee dat de bank de klant moet waarschuwen voor de risico's van het product en strekt ertoe de klant te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.

4.33. Bij de beantwoording van de vraag tot welke zorg Rabobank in dit geval was gehouden is het volgende van belang. Een renteswap in combinatie met een langlopende lening met een variabele rente is een complex product waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Molenwijck is een zorginstelling en geen commerciële partij, die niet werd bijgestaan door een (externe) adviseur met specifieke kennis op het gebied van renteswaps. Verder is van belang dat [betrokkene 2] uit hoofde van zijn directiefuncties binnen lokale vestigingen van Rabobank ervaring had met bedrijfsfinancieringen, maar blijkens zijn verklaring ten tijde van het aangaan van de renteswaps geen specifieke kennis had van en ervaring met rentederivaten (zie 2.21). [betrokkene 1] heeft verklaard dat hij als advocaat met name is gespecialiseerd in arbeidsrecht en in zijn werk vóór 2005 niet met rentederivaten te maken heeft gehad (zie 2.21). Verder is in het TIF aangekruist dat Molenwijck geen/weinig kennis heeft van renteswaps (zie 2.5). Dit alles maakt dat Rabobank in elk geval niet mocht verwachten dat Molenwijck bekend was met alle risico's die zijn verbonden aan de renteswaps.

4.34. Handelen in strijd met de (bijzondere) zorgplicht leidt in de precontractuele fase tot een onrechtmatige daad, terwijl gedurende de looptijd van een contract sprake zal zijn van een tekortkoming. Voor de beoordeling van deze zaak kan dit verschil, gelet op hetgeen in 4.27 is overwogen, in het midden blijven.

#### *Passend product*

4.35. Molenwijck verwijt Rabobank dat zij haar een ongeschikt product heeft geadviseerd, omdat het onder de gegeven omstandigheden niet passend was. Deze stelling wordt verworpen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.36. Niet is gebleken dat de passendheidstoets die Rabobank heeft uitgevoerd niet voldeed aan de op dat moment geldende eisen. Ook het verwijt dat Rabobank het 'ken uw cliënt'-beginsel zou hebben geschonden wordt verworpen. Uit de stukken blijkt dat Rabobank zich heeft verdiept in de financiële situatie van Molenwijck. Zij heeft niet geconcretiseerd welke relevante informatie Rabobank daarbij zou hebben gemist.

4.37. Uit de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] (zie 2.21) volgt dat Molenwijck destijds met het aangaan van de renteswaps de bedoeling had de variabele rente van de onderliggende geldleningen te fixeren en dat Molenwijck destijds bewust heeft gekozen voor langdurige zekerheid over de rentelasten. Dit doel heeft Molenwijck ook gerealiseerd. Met de renteswaps is het risico op stijgingen van de variabele Euribor-rente immers afgedekt door deze rente te ruilen met een vaste rente. Dat de huidige visie van Molenwijck is dat een stijgende variabele rente op een financiering kan worden doorbelast aan de huurders door middel van een huurverhoging,



omdat zij ook profiteren van een stijgende markttrente waardoor er geen aanleiding is om voor afdekking van het renterisico te kiezen, maakt dit niet anders. Uit de stukken blijkt niet dat Molenwijck deze visie in 2005 ook had. Integendeel, uit de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] (zie 2.21), volgt juist dat Molenwijck destijds te kennen heeft gegeven dat zij zekerheid over de hoogte van haar toekomstige rentelasten wenste en zo veel en lang mogelijk (aansluitend op de duur van de onderliggende geldleningen) het risico van een rentestijging wenste te beperken.

- 4.38. Dat het risico van een stijgende rente zich vervolgens in de praktijk niet blijkt voor te doen, omdat de variabele rente niet stijgt, maar juist daalt, betekent niet dat Rabobank een ongeschikt product heeft geadviseerd. Dat zou anders zijn als de bank Molenwijck onvoldoende zou hebben gewaarschuwd voor de werking van de swap. Uit het hiervoor onder 2.7 geciteerde document volgt echter dat Rabobank Molenwijck hierover duidelijk heeft geïnformeerd.
- 4.39. Molenwijck heeft gesteld dat een aanzienlijk kortere periode van de renteswaps meer voor de hand had gelegen in verband met de flexibiliteit die zij wenste om regelmatig investeringen te doen, maar uit niets blijkt dat zij dit voor het afsluiten van de renteswaps aan Rabobank kenbaar heeft gemaakt. Uit de verklaringen van [betrokkene 2] en [betrokkene 1] volgt juist dat Molenwijck geen enkele wens of intentie had om de renteswaps tussentijds te beëindigen en dat zij ervan uitging dat de renteswaps zouden lopen tot de einddata (zie 2.21). Evenmin zijn er aanwijzingen dat de onderliggende geldleningen voortijdig zouden worden afgelost. Immers, Molenwijck was blijkens de verklaring van [betrokkene 1] in het geheel niet voornemens om het onroerend goed dat zij exploiteert te verkopen. Bij het aangaan van de renteswaps bestond dus niet de verwachting dat deze tussentijds tegen mogelijke betaling van de negatieve waarde zouden moeten worden beëindigd. Dit betekent dat de renteswaps functioneren zoals overeengekomen, hetgeen ook wordt bevestigd in de verklaring van [betrokkene 1] dat Molenwijck heeft gerealiseerd wat haar voor ogen stond, namelijk de zekerheid van een vaste rente over de looptijd van de financiering.
- 4.40. De stelling dat Rabobank voorafgaand aan het afsluiten van de renteswaps een scenario had moeten presenteren met daarin uitgewerkt de rentekosten van (i) een vastrentende lening, (ii) een variabelrentende lening en (iii) een variabelrentende lening met renteswap slaagt niet, omdat Molenwijck haar stelling dat zij dan voor een variabelrentende lening zou hebben gekozen in het licht van het voorgaande onvoldoende heeft onderbouwd.
- 4.41. Al met al kan niet worden geoordeeld dat Rabobank een ongeschikt product heeft geadviseerd en dat de renteswaps onder de gegeven omstandigheden niet passend waren.
- Gegeven de wens van Molenwijck om gedurende een lange periode zekerheid en duidelijkheid te hebben over haar rentelasten en de omstandigheid dat Molenwijck in het geheel niet voornemens was om het onroerend goed te verkopen, kan het advies tot het volledig afdekken van de renterisico's van de onderliggende geldleningen niet als een advies worden beschouwd dat in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet gegeven had mogen worden.
- Zeer lange looptijd, negatieve waarde en inflexibiliteit*
- 4.42. Molenwijck verwijt Rabobank dat zij haar niet (indringend) heeft gewaarschuwd voor de risico's die zijn verbonden aan de uitzonderlijk lange termijn van respectievelijk 25 (swap I) en 24 jaar (swap II) en de hoogte van de bedragen waarvoor de renteswapovereenkomsten zijn aangegaan. Zij heeft gesteld dat zij hierdoor schade heeft geleden doordat zij vanwege de hoge negatieve waarde van de renteswaps geen (her)financiering heeft kunnen verkrijgen en geen investeringen heeft kunnen doen.
- 4.43. Dat Molenwijck geen ervaring had met renteswaps maakt niet dat zij niet in staat was om een weloverwogen beslissing te nemen over de vraag of zij gedurende een periode van respectievelijk

24 en 25 jaar het renterisico wilde afdekken. Daarbij is relevant dat Rabobank onbetwist heeft aangevoerd dat de door haar geadviseerde looptijd van 15 jaar van de renteswaps op verzoek van Molenwijck is gelijkgesteld met de looptijd van de onderliggende leningen. De in verband met de langdurige looptijd door Molenwijck genoemde risico's, namelijk dat de financieringsbehoefte kan veranderen door een gewijzigde toekomstvisie op de onderneming of maatschappelijke of economische ontwikkelingen, terwijl zij mogelijk kosten zou moeten maken als zij de onderliggende leningen voortijdig zou willen aflossen, zijn niet specifiek verbonden aan renteswaps. Deze risico's kunnen zich ook voordoen bij langdurig vastrentende leningen. In dat geval kan de financiering ook niet tussentijds kosteloos worden beëindigd en moet bij een rentedaling een vergoeding worden betaald die op een met de marktwaarde van renteswaps vergelijkbare wijze wordt berekend. Rabobank mocht [betrokkene 2] bekend veronderstellen met de hiervoor genoemde risico's, nu zij onbetwist heeft aangevoerd dat [betrokkene 2] gedurende 22 jaar in dienst van Rabobank is geweest, waarvan 12 jaar als algemeen directeur van een lokale vestiging van Rabobank. Onder deze omstandigheden reikte de hiervoor in 4.32 omschreven zorgplicht niet zo ver dat Rabobank Molenwijck uitdrukkelijk had moeten waarschuwen dat de negatieve waarde van de renteswaps mogelijk aan een aflossing van de onderliggende leningen in de weg zou staan en tot inflexibiliteit zou kunnen leiden.

- 4.44. Wel mag uit hoofde van de zorgplicht worden verwacht dat de bank een klant als Molenwijck informeert over de mogelijkheid van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging, hetgeen immers een risico van het product betreft. Uit de verstrekte documentatie (zie 2.3, 2.6 en 2.7) blijkt, in ieder geval in de onderlinge samenhang daarvan, voldoende dat bij tussentijdse aflossing van de onderliggende geldleningen de renteswaps niet automatisch worden beëindigd en dat een renteswap een negatieve waarde kan ontwikkelen die aan de bank moet worden betaald bij het voortijdig beëindigen van de renteswaps. Het voorgaande betekent dat niet kan worden vastgesteld dat Rabobank de onder 4.32 bedoelde zorgplicht ten aanzien van de negatieve waarde in de gegeven omstandigheden heeft geschonden.
- 4.45. Ook het verwijt dat Rabobank Molenwijck met grotere regelmaat dan zij heeft gedaan had moeten informeren over de ontwikkeling van de positieve of negatieve waarde van de swaps, zodat Molenwijck de renteswaps had kunnen beëindigen toen de negatieve waarde nog laag was, slaagt niet. Immers, uit de verklaring van [betrokkene 2] volgt dat Molenwijck geenszins de bedoeling had om de renteswaps voortijdig te beëindigen en dat de meldingen over de waarde van de renteswaps voor kennisgeving werden aangenomen, weggelegd en als niet relevant beschouwd (zie 2.21). Nu het uitgangspunt was dat de renteswaps tot het einde van de looptijd zou worden aangehouden, is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom Rabobank Molenwijck meer op de hoogte had moeten houden van de tussentijdse fluctuaties van de marktwaarde van de renteswaps, dan zij heeft gedaan.
- 4.46. Aan het voorgaande wordt (ten overvloede) toegevoegd dat niet is komen vast te staan dat Molenwijck als gevolg van de negatieve waarde van de renteswaps is belemmerd in haar financiële mogelijkheden en daardoor schade heeft geleden. Uit hetgeen hiervoor onder 4.21 is overwogen volgt dat niet is gebleken dat de beperkte financieringsmogelijkheden in overwegende mate aan de negatieve waarde van de renteswaps te wijten waren. Verder geldt dat als de renteswaps waren aangegaan voor een kortere duur van (bijvoorbeeld) 10 jaar, dan niet gezegd is dat Molenwijck na afloop van die termijn (in of rond 2015) wél extra financiering had kunnen krijgen voor nieuwe investeringen, gelet op haar liquiditeitsproblemen die toen al aan de orde waren.

#### *Rentedaling*

- 4.47. Dat de variabele marktrente in de toekomst gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomsten lager zou kunnen worden, terwijl Molenwijck gedurende 25 jaar een vaste rente van 4,34% (swap I) en gedurende 24 jaar een vaste rente van 4,49% (swap II) zou moeten betalen is een evident risico, waarvoor Rabobank niet behoefde te waarschuwen. De hoogte

van de overeengekomen swaprente en de daarbij behorende duur waren voor Molenwijck niet mis te verstaan.

Dat Molenwijck niet langer kon profiteren van dalingen van het Euribortarief is inherent aan haar keuze om een vaste (swap)rente te betalen. Met de wetenschap van nu, de sterke daling van de Euribortarieven na 2008, zou Molenwijck wellicht hebben afgezien van afdekking van het renterisico op de onderliggende geldleningen. Van die wetenschap mag echter niet worden uitgegaan, omdat moet worden uitgegaan van de wetenschap ten tijde van het aangaan van de renteswaps. Voor Rabobank was toen (in 2005) niet voorzienbaar dat de Euribortarieven zou dalen op de wijze die zich heeft voorgedaan. Haar stelling dat Rabobank toen heeft medegedeeld dat de rente zou stijgen, maar daadwerkelijk verwachtte dat de rente zou dalen heeft Molenwijck niet met concrete feiten onderbouwd.

- 4.48. Gelet op het voorgaande is niet gebleken dat Rabobank een informatie- of waarschuwingsplicht heeft geschonden die voortkomt uit de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht. Evenmin is het bestaan van de schade als gevolg van de gestelde schending van de zorgplicht onderbouwd.

*Afgesproken bedrag en marginverplichtingen, break clause en overhedge*

- 4.49. Vast staat dat Molenwijck niet is aangesproken tot nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van het Afgesproken Bedrag. Verder is niet gesteld of gebleken dat Rabobank in verband met de negatieve marktwaarde van de renteswaps marginverplichtingen heeft opgelegd. Dit betekent dat niet is gebleken dat Molenwijck als gevolg van de gestelde zorgplichtschending op dit punt schade heeft geleden, zodat Rabobank ook niet schadeplichtig is.

- 4.50. Ook ten aanzien van de break clause geldt dat niet is gebleken van schade als gevolg van de gestelde zorgplichtschending, omdat het risico waarvoor Rabobank zou moeten waarschuwen zich niet heeft verwezenlijkt en ook niet zal verwezenlijken (zie 4.24).

- 4.51. Voor zover sprake is geweest van een overhedge is Molenwijck hiervoor gecompenseerd door Rabobank (zie 2.19). Molenwijck heeft niet gesteld evenmin is gebleken dat zij hierdoor nog meer of andere schade heeft geleden.

- 4.52. Gelet op het voorgaande is op het punt van de gestelde zorgplichtschending met betrekking tot het Afgesproken Bedrag, break clause en overhedge niet aan de voorwaarde voor verwijzing naar de schadestaat, de aannemelijkheid van schade, voldaan.

- 4.53. Van een ander belang in de zin van artikel 3:303 BW bij de gevorderde verklaring voor recht dat sprake is van zorgplichtschending dan vergoeding van de schade is niet gebleken, zodat deze vordering zal worden afgewezen.

*Schending publiekrechtelijke zorgplicht*

- 4.54. Voor zover de verwijten die Molenwijck Rabobank maakt zien op toezichtrechtelijke regels die dienen ter bescherming van de klant, is niet gebleken dat Rabobank die regels zou hebben geschonden, althans dat zij onrechtmatig zou hebben gehandeld. Deze vordering zal ook worden afgewezen.

*Proceskosten*

- 4.55. Molenwijck zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Rabobank worden begroot op:

- griffierecht 639,00

- salaris advocaat 1.086,00 (2 punten x tarief II € 543,00)

Totaal € 1.725,00

4.56. Verder zal Molenwijck worden veroordeeld in de nakosten op de wijze die in de beslissing is vermeld.

## **5 De beslissing**

De rechtbank

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Molenwijck in de proceskosten, aan de zijde van Rabobank tot op heden begroot op € 1.725,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van dit vonnis tot aan de dag van volledige betaling;
- 5.3. veroordeelt Molenwijck in de na dit vonnis aan de zijde van Rabobank ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Molenwijck niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de dag van volledige betaling;
- 5.4. verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.C.H. Broesterhuizen, rechter, bijgestaan door mr. D.K.W. Collins, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 27 mei 2020.

*De griffier is verhinderd om dit vonnis te ondertekenen.*