

ECLI:NL:GHAMS:2019:4059

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Amsterdam, 12-11-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4059, 200.201.505/01

Rentederivaat. Overhedge in looptijd opgeheven. Beroep op schending zorgplicht en dwaling is verjaard. Marktconforme marge. Geen causaal verband tussen bekendheid met rentevisie en keuze voor rentecap.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	12-11-2019
Datum publicatie	17-02-2020
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2019:4059
Formele relaties	Tussenuitspraak: ECLI:NL:GHAMS:2018:286
Zaaknummer	200.201.505/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.201.505/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/586580 / HA ZA 15-451

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 12 november 2019

inzake

de rechtspersoon naar Duits recht
KURFÜRSTER IMMOBILIEN GMBH,
gevestigd te Düsseldorf, Duitsland,
appellante,
advocaat: mr. H.J. Bos te Amsterdam,

tegen

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

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna weer Kurfürster en ING genoemd.

In deze zaak is op 30 januari 2018 een tussenarrest gewezen (hierna: het tussenarrest). Voor het verloop van het geding tot aan die datum wordt verwezen naar het tussenarrest.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- akte na tussenarrest van ING, met producties;
- antwoordakte van Kurfürster, met producties;
- antwoordakte na tussenarrest van ING.

Vervolgens hebben partijen de zaak ter zitting van 5 april 2019 doen bepleiten, Kurfürster door mr. H.J. Bos voornoemd en mr. R.H. Kroes, advocaat te Amsterdam, en ING door mr. Raas voornoemd en mr. T.R.B. de Greve, advocaat te Amsterdam, steeds aan de hand van pleitnotities. Beide partijen hebben nog een productie in het geding gebracht.

Ten slotte is weer arrest gevraagd.

2 De verdere beoordeling

- 2.1 Het hof blijft bij en bouwt hierna voort op hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist.
- 2.2 In het tussenarrest is als volgt overwogen.
“3.4 Kurfürster heeft tijdens haar pleidooi het volgende, kort samengevat, aangevoerd. ING voert op een essentieel punt een onjuist feitelijk verweer en handelt daardoor in strijd met artikel 21 Rv. Zij betoogt namelijk ten onrechte dat zij en de markt in 2008 een rentestijging verwachtten en heeft daardoor zowel het hof als Kurfürster op het verkeerde been gezet. Bovendien is daardoor het beroep van ING op verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Kurfürster wijst hiervoor op de presentatie van 24 juli 2008, waarin is aangegeven dat de rente nog meer zou gaan stijgen, waardoor het noodzakelijk was om dit renterisico door middel van een rentederivaat af te dekken. Dit heeft ING volgehouden in hoger beroep. De rentevisie van ING blijkt, gezien haar Forecast van 10 juli 2008, echter een geheel andere te zijn geweest. Andere banken verwachtten destijds ook dat de Euribor zou gaan dalen, zoals blijkt uit de rentevisie van ABN AMRO van juni 2008 (productie 27 van Kurfürster). Kurfürster zou voor een rentecap hebben gekozen, indien zij deugdelijk was voorgelicht door ING. ING heeft derhalve een onzorgvuldig advies gegeven en haar informatie- en waarschuwingsplicht geschonden. Het primaire beroep op dwaling dient alsnog toegewezen te worden. Daar Kurfürster eerst zeer recent bekend is geraakt met de daadwerkelijke renteverwachting van ING, dient het beroep op verjaring te worden verworpen. Bovendien is dat beroep van ING, gelet op het opzettelijk doen van een onjuiste mededeling omtrent haar renteverwachting, als ook het opzettelijk volhouden van die stelling, in strijd met de redelijkheid en billijkheid. (...)”
- 3.5 ING heeft er bij pleidooi bezwaar tegen gemaakt dat deze nieuwe feiten in de rechtsstrijd worden betrokken. Zij heeft echter niet (voldoende) gemotiveerd weersproken dat Kurfürster de door haar aangevoerde feiten niet eerder kende. Het hof aanvaardt daarom dat deze feiten alsnog aan de grieven respectievelijk vorderingen van Kurfürster ten grondslag worden gelegd.”
- 2.3 Vervolgens heeft het hof ING in de gelegenheid gesteld om bij akte te reageren op de door Kurfürster tijdens haar pleidooi aangevoerde nieuwe feiten en omstandigheden.
- 2.4 De rechtbank heeft de vorderingen van Kurfürster uit hoofde van dwaling ten aanzien van de eigenschappen van de ZCKIC, dan wel een toerekenbare tekortkoming van ING wegens het onvoldoende waarschuwen voor en/of onjuist adviseren over de werking van de ZCKIC afgewezen. Tegen deze beslissing en de motivering daarvan komt Kurfürster met negen grieven op.

Schending van de zorgplicht

- 2.5 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad rust in verband met haar maatschappelijke functie en deskundigheid op een bank als professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten een bijzondere zorgplicht. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.
De vraag die daarmee voorligt is tot welke zorg ING in het onderhavige geval was gehouden. Bij de beantwoording van die vraag is het volgende van belang.
- 2.6 Kurfürster is een *special purpose vehicle* dat in 2008 speciaal is opgericht met het oog op de aankoop en exploitatie van de Kurfürsten Galerie, een winkelcentrum te Kassel (Duitsland), waarmee een bedrag van € 37 miljoen was gemoed. De oprichters en aandeelhouders waren [A] (via zijn vennootschap [B.V.1]), [B] (via zijn vennootschap [B.V.2]), [C] (via zijn vennootschap [B.V.3]) en [D] (via zijn vennootschap [B.V.4]) (hierna: [A], [B], [C] en [D]). De oprichters/aandeelhouders hebben via genoemde vennootschappen de lening van € 35 miljoen als hoofdelijk medeschuldenaar meegetekend. Uit de op 15 juli 2008 door de bestuurder [D] ingevulde vragenlijst MiFID-passendheid volgt dat Kurfürster beschikte over kennis van en ervaring had met aandelen, aandelenderivaten, buitenlandse valuta & derivaten, rentevoetderivaten en kredietderivaten. Verder staat als onvoldoende betwist vast dat [D] partner is bij een groot internationaal vastgoedbeleggingsfonds, dat een door hem opgericht vastgoedbeleggingsfonds sinds 2000 meer dan 170 vastgoedobjecten heeft aangekocht met een totale waarde van € 810 miljoen alsmede dat [D] gecertificeerd accountant is en Chief Financial Officer van verschillende bedrijven is geweest. De drie andere oprichters-aandeelhouders zijn ook ervaren vastgoedbeleggers. [A], oud-notaris, heeft in 2000 samen met [B], advocaat, de vastgoedportefeuille [X] gekocht en samen met onder meer [B] in 2001 het advocaten- en belastingadvieskantoor [Y] opgericht, dat zich tot doel heeft gesteld hoogwaardige juridische en fiscale dienstverlening aan te bieden aan actoren op de commerciële vastgoedmarkt. [A] en [B] zijn aandeelhouder van [X] Groep B.V., een vennootschap die investeerde in grootschalige, complexe vastgoedprojecten in en buiten Nederland. [C], oud-advocaat, heeft zijn eigen vastgoedconcern opgezet. Blijkens zijn LinkedIn-profiel is hij deskundig op het gebied van (vastgoed)financieringen en bancaire producten.
- 2.7 Uit het voorgaande volgt dat Kurfürster, hoewel geen professionele partij in de zin van artikel 1:1 Wft, civielrechtelijk een professionele en deskundige partij is die niet gelijkgesteld kan worden met particuliere beleggers of MKB-ondernemingen.
In het licht van haar deskundigheid op het terrein van vastgoedfinancieringen en gelet op de schriftelijke presentatie van ING genaamd “Kurfürster Immobilien GmbH Afdekken Renterisico”, waarin onder meer de kenmerken van de ZCKIC wordt beschreven, is het hof met de rechtbank van oordeel dat Kurfürster haar stelling dat zij niet eerder dan in 2014 zou hebben ontdekt dat zij ten gevolge van de dalende Euribor-rente geconfronteerd werd met hogere rentelasten dan bij aanvang voorzien, onvoldoende heeft toegelicht. Grief 2 faalt.

Keuze voor ZCKIC

- 2.8 In de memorie van grieven onder 13 erkent Kurfürster dat zij op basis van de door ING verstrekte informatie aangaande de kosten verbonden aan de ZCKIC (geen kosten) ten opzichte van de gestelde kosten van een *cap* (€ 600.000) heeft besloten de ZCKIC af te nemen. Voor zover Kurfürster bij antwoordakte onder 16 anders stelt, is dat tardief en gaat het hof daaraan voorbij. ING mocht van Kurfürster als professionele en deskundige wederpartij ook verwachten dat zij zelfstandig is staat was om zich een oordeel te vormen over de geschiktheid van een bepaald rentederivaat.

Overhedge in looptijd

- 2.9 Op 24 juli 2008 hebben partijen de kredietovereenkomst getekend. Deze had een looptijd van drie jaar. In de kredietovereenkomst is opgenomen dat voor het einde van de looptijd ING met Kurfürster in overleg zal treden over de mogelijkheid van verlenging van de financiering. Partijen hebben de kredietovereenkomst per 1 juli 2011, 1 juli 2012, 1 juli 2013 en 1 juli 2014 ook telkens voor één jaar gecontinueerd. De ZCKIC is ingegaan op 1 augustus 2008 en geëindigd op 1 juli 2013. Bij het afsluiten van de ZCKIC is een *overhedge* in looptijd ontstaan. Nu de kredietovereenkomst is verlengd tot 1 juli 2015 is de *overhedge* in looptijd opgeheven. Ten overvloede wijst het hof erop dat in het Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB (productie 21 bij memorie van grieven), waarnaar Kurfürster herhaaldelijk verwijst ter onderbouwing van haar standpunten, dat ook zo is vastgelegd (par. 3.3.14). De grieven 6 en 9 falen.

Verjaring

- 2.10 Grief 7 bestrijdt het oordeel van de rechtbank in rov. 4.8 dat ING terecht als verweer aanvoert dat ook een mogelijke vordering van Kurfürster tot ontbinding of schadevergoeding op grond van een gestelde toerekenbare tekortkoming is verjaard doordat Kurfürster uiterlijk op 1 juli 2009 bekend is geworden met (a) de verschuldigde knock-in opslag bij het dalen van de Euribor-rente onder de *floor*; (b) de bevoegdheid van de bank om, ongeacht de ZCKIC, de renteopslag te verhogen en (c) de gevolgen van een negatieve waarde van de ZCKIC: een allowancefaciliteit om aan marginverplichtingen te voldoen en hoge kosten bij tussentijdse beëindiging, waarop zij de gestelde toerekenbare tekortkoming en het ontstaan van schade onder meer baseert. Kurfürster stelt dat de kern van de kwestie is, zowel ten aanzien van dwaling als schending zorgplicht, dat zij er pas in 2014-2015 achter kwam dat zij nooit door ING als haar adviseur goed was begeleid en dat zij toen pas met medewerking van de inzichten van deskundigen een beroep op dwaling en schending van zorgplicht kon doen. Daaraan doet niet af dat haar bepaalde feiten al eerder bekend waren: juist deskundigen konden haar slechts het inzicht geven wat voor een beroep op deze grondslagen van belang was. Ter onderbouwing van haar betoog stelt Kurfürster zich op één lijn met MKB-ondernemingen waarvoor het Herstelkader in het leven is geroepen.
- 2.11 De grief faalt. Hiervoor is reeds overwogen dat Kurfürster civielrechtelijk een professionele en deskundige partij is die niet gelijkgesteld kan worden met particuliere beleggers of MKB-ondernemers. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien, dat Kurfürster, gezien de juridische en financiële kennis en ervaring van haar bestuurder en haar (indirecte) aandeelhouders niet al in juli 2009 een beroep op dwaling en schending van zorgplicht had kunnen doen.
- Uit het voorgaande volgt dat grief 1 die strekt ten betoog dat de rechtbank in rov. 4.3 ten onrechte heeft overwogen dat het beroep op dwaling grotendeels is verjaard ook faalt.

Kostenstructuur

- 2.12 Bij een ZCKIC moet onderscheid worden gemaakt tussen premie en marge. Zero-cost wil zeggen dat Kurfürster voor de ZCKIC geen premie aan ING hoefde te betalen. De premie die voor de gekochte *cap* moet worden betaald, wordt gecompenseerd door de premie die Kurfürster ontvangt voor de geschreven *floor* en de *knock-in* vergoeding van 1,25%. Wat betreft de marge mag bekend worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een bankmarge is verdisconteerd, hetgeen Kurfürster ook erkent. Kurfürster komt na jaren met de stelling dat de prijs die ING destijds hanteerde voor een *cap* onjuist, want veel te hoog was. ING stelt in dat verband dat het bedrag van € 600.000 de prijs was die ING op dat moment voor een *cap* met een renteplafond van 6,00% rekende en dat dat een marktconforme prijs was. In het licht daarvan heeft Kurfürster ook in hoger beroep onvoldoende toegelicht dat het bedrag, dat door de door haar ingeschakelde partijdeskundige [deskundige] met behulp van het softwareprogramma Superderivatives is berekend, marktconform was, in die zin dat Nederlandse banken in juli 2008 bereid waren een *cap* met een renteplafond van 6,00% voor € 278.010 (zie *printscreen* op blz. 12 van productie 22 bij memorie van antwoord) aan te bieden. Uit de enkele berekening van [deskundige] volgt dat niet. Het voorgaande betekent dat de grieven 3, 4, 5 en 8 falen.

Tussenconclusie

- 2.13 Uit het voorgaande volgt dat de grieven falen en dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

Rentevisie ING

- 2.14 Vervolgens moet worden beoordeeld of de rentevisie van ING zoals blijkend uit haar Monthly Forecast van 10 juli 2008, hierna: de rentevisie, leidt tot een andere uitkomst van onderhavige procedure. Er veronderstellenderwijs van uitgaande dat ING de rentevisie met Kurfürster had gedeeld, ligt de vraag voor of Kurfürster haar stelling dat zij dan wel gekozen zou hebben voor een rente*cap* voldoende heeft toegelicht. Bij de beantwoording van die vraag zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang

(i) ING heeft in de schriftelijke presentatie vermeld: "In de afgelopen 4 jaar veel beweging in zowel de lange als korte rente. Op dit moment is er nog veel onzekerheid in de financiële markten wat zich uit in de fors gestegen en volatiële rentemarkt". Anders dan Kurfürster stelt, spreekt ING in de geciteerde tekst geen verwachting uit voor de toekomst. Zij zegt alleen dat de rentemarkt volatiel, beweeglijk is, hetgeen wil zeggen dat de rentetarieven op en neer gaan, dat laat de rentevisie ook zien. Uit de verplichting het renterisico af te dekken volgt dat ING niet wilde dat Kurfürster het risico zou lopen dat zij te maken zou krijgen met stijgingen van het 3-maands Euribor-tarief. ING heeft toegelicht, hetgeen Kurfürster niet gemotiveerd heeft betwist, dat Kurfürster gezien haar inkomen uit huurstromen en haar exploitatielasten en gelet op haar financieringsbehoefte onvoldoende draagkracht had om eventuele rentestijgingen te kunnen opvangen.

(ii) Voor ING was niet voorzienbaar dat het Euribor-tarief zou gaan dalen zoals dat tarief vanaf december 2008 is gedaald. Ook uit de rentevisie bleek dat niet; de rentevisie ging voor het vierde kwartaal van 2008 nog uit van een 3-maands Euribor-tarief van 4,80%; in december 2008 was het tarief echter al gedaald naar 3,293% (zie (eerste) akte na tussenarrest van ING onder 32). Voor zover Kurfürster anders betoogt, gaat het hof daaraan voorbij. Met die onvoorziene, uitzonderlijke rentedaling van het 3-maands Euribor-tarief mag bij de keuze van het type rentederivaat derhalve geen rekening worden gehouden.

(iii) De rentevisie die Kurfürster beslissend acht voor haar keuze van het type rentederivaat gaat op de wat langere termijn uit van een 3-maands Euribor-tarief van 4,20%. Na de presentatie op 24 juli 2008 is de *cap*rente van de ZCKIC verlaagd van 6,00% naar 5,65% en de *floor*rente van 4,25% naar 4,00. In acht van de tien kwartalen (derde kwartaal 2008 tot en met vierde kwartaal 2010) bleef het verwachte rentetarief ook (ruim) boven de *floor* van 4,00%. Uit de rentevisie, die loopt tot en met het vierde kwartaal van 2010, kan niet worden afgeleid dat na dat kwartaal het 3-maands Euribor-tarief onder de *floor* van 4,00% zal dalen.

(iv) Het hof acht niet aannemelijk dat Kurfürster, mede gezien de omvang van de financiering van € 37 miljoen en de achtergrond van de oprichters/aandeelhouders, professionele en ervaren vastgoedbeleggers, niet de renteontwikkelingen volgde en geen kennis zou hebben genomen van de door marktpartijen gepubliceerde of digitaal beschikbaar gestelde renteverwachtingen. Zeker niet nu uit de stellingen van Kurfürster volgt dat de renteverwachtingen voor haar keuze van het type rentederivaat van doorslaggevend belang waren. Kurfürster betwist ook niet dat zij de renteontwikkelingen volgde; zij merkt slechts op dat of Kurfürster daarbij zelf een renteverwachting had voor de op ING rustende zorgplicht niet relevant is (zie antwoordakte onder 26).

(v) Als onvoldoende betwist staat vast dat Kurfürster voor een *cap* met een plafond van 6,00% € 600.000 zou hebben moeten betalen en dat de renteverwachtingen in die prijs zijn verwerkt (zie ook 2.12).

(vi) Indien ervan wordt uitgegaan, zoals Kurfürster doet, dat de rentevisie de werkelijkheid weergeeft, is de ZCKIC per saldo voordeliger dan de rente*cap* (zie (eerste) akte na tussenarrest van ING onder 69). Zoals gezegd kan uit de rentevisie niet worden afgeleid dat na het vierde kwartaal van 2010 het 3-maands Euribor-tarief onder de *floor* van 4,00% zal dalen.

2.15 Op grond van genoemde feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang gezien, heeft Kurfürster haar stelling dat, indien ING de rentevisie met haar had gedeeld, wel voor een *rentecap* zou hebben gekozen niet (voldoende) concreet en feitelijk toegelicht. Zij heeft dus niet aan haar stelplicht voldaan, waardoor aan bewijs niet wordt toegekomen. Daaruit volgt verder dat in het midden kan blijven of ING de rentevisie met Kurfürster had moeten delen.

3 Slotsom en kosten

Uit het voorgaande volgt dat de grieven falen en dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Bij die uitkomst behoeft hetgeen ING verder nog heeft aangevoerd geen behandeling. Kurfürster heeft een bewijs aangeboden. Nu door haar geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zal het bewijsaanbod worden gepasseerd. Kurfürster zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis;

veroordeelt Kurfürster in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van ING gevallen en begroot die kosten op € 5.213 aan verschotten en € 33.006 voor salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na de uitspraakdatum van dit arrest zijn voldaan tot de dag van de algehele voldoening;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, A.C. Faber en M.P. van Achterberg en in het openbaar uitgesproken op dinsdag 12 november 2019 door de rolraadsheer.

Copyright 2020 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.