

# ECLI:NL:RBAMS:2020:4316

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	25-03-2020
Datum publicatie	23-09-2020
Zaaknummer	C/13/665167 / HA ZA 19-433
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Renteswapovereenkomsten. Gevorderd wordt te verklaren voor recht dat sprake is van wilsgebreken ((wederzijdse) dwaling of misbruik van omstandigheden), althans zorgplichtschendingen (die kwalificeren als tekortkoming en/of onrechtmatige daad jegens haar) en/of ongerechtvaardigde verrijking van de Bank. Vorderingen worden afgewezen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

vonnis

### **RECHTBANK AMSTERDAM**

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/665167 / HA ZA 19-433

### **Vonnis van 25 maart 2020**

in de zaak van

1. de stichting

**STICHTING REGIONAAL OPLEIDINGEN CENTRUM TOP,**  
gevestigd te Amsterdam,

2. de stichting

**STICHTING INTERCONFESSIONEEL BEROEPSONDERWIJS EN VOLWASSENENEDUCATIE REGIO AMERSFOORT,**

gevestigd te Amersfoort,

eiseressen,

advocaat mr. J. Hagers te Amsterdam,

tegen

de coöperatie

**COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,**

gevestigd te Utrecht,

gedaagde,

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

Partijen zullen hierna ook ROC TOP, MBO Amersfoort en de Bank genoemd worden; eiseressen worden gezamenlijk ROC TOP c.s. genoemd.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 10 april 2019, met producties
- de conclusie van antwoord, met producties
- het tussenvonnissen van 2 oktober 2019
- het proces-verbaal van comparitie van 5 februari 2020, en de daarin genoemde nagekomen productie 109 van ROC TOP c.s.
- brieven van mr. Rouméas van 28 februari en 3 maart 2020 namens de Bank
- een brief van mr. Hagers van 3 maart 2020 namens ROC TOP c.s.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

### *Amarantis*

2.1. Stichting Amarantis Onderwijsgroep voor Interconfessioneel Onderwijs (**Amarantis**) is voortgekomen uit diverse verenigingen en stichtingen die al meer dan 100 jaar onderwijs verzorgden in Amsterdam, Zaandam, Utrecht en Amersfoort. Amarantis was uiteindelijk een instelling met ruim 300 opleidingen, circa 30.000 leerlingen en 64 scholen. Amarantis had vanaf 1998 ervaring met renteswaps; de swaps van Amarantis die dateren van voor 31 juli 2012 worden hierna ook wel **de oude swaps** genoemd. In 2005 is Amarantis een Overeenkomst Financiële Derivaten (**OFD**) aangegaan met de Bank. Vanaf 2007 moet Amarantis gelet op de daarvoor geldende omvangseisen worden gekwalificeerd als professionele belegger in de zin van artikel 1:1 onder q van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**). In 2009 stelde Amarantis een (nieuw) **Treasurystatuut** op. Bij invulling van haar treasurybeleid liet Amarantis zich bijstaan door een

extern adviesbureau ILFA Treasury Support B.V. (**ILFA**); daarnaast had zij een treasury-medewerker in dienst. Volgens het Treasurystatuut was de doelstelling van het treasurybeleid onder meer het beheersen en bewaken van financiële risico's die aan de financiële posities zijn verbonden. Voorts diende te worden gestreefd naar een spreiding van de rentevervaltermijnen, waarbij niet meer dan 20% van de rente over de totale lening portefeuille per jaar, en niet meer dan 30% van de rente over de totale lening portefeuille binnen twee jaar mocht vervallen. Het op basis van Euribor te financieren deel diende beperkt te blijven tot 15% van de totale lening portefeuille. Afdekking van het renterisico mocht alleen geschieden met rentecaps en renteswaps.

- 2.2. In 2011 bleek, aan de Bank voor het eerst, uit een managementletter van de accountant, dat de financiële positie van Amarantis zorgelijk was en dat Amarantis onder de zwaarste vorm van financieel toezicht door de Inspectie van het Onderwijs stond. Vervolgens zijn bijna alle leden van het college van bestuur en de raad van toezicht van Amarantis afgetreden. Ter voorkoming van een faillissement is in 2012 door het bestuur van Amarantis een plan (**de herstructurering**) opgesteld om Amarantis te ontvlechten in een vijftal entiteiten, waaronder ROC TOP c.s. Amarantis werd daarbij bijgestaan door verschillende deskundigen, waaronder treasurydeskundige Zanders B.V. (**Zanders**), BDO Accountants & Adviseurs, Berenschot en Van Doorne N.V. De oude swaps hadden in 2012 een negatieve waarde. Op verzoek van Amarantis werd vastgelegd dat zij (in verband met de betrokkenheid van Zanders) op basis van *execution only* zou worden bediend door de Bank en (opnieuw) dat zij zou worden aangemerkt als professionele partij. Op advies van Zanders is aan de Bank meegedeeld dat Amarantis (en de opvolgende entiteiten) na de herstructurering behoefte had onder meer aan een 20 jarige lineair lossende lening op basis van variabele rente. De verantwoordelijke minister stelde in juni 2012 een **Continuïteitsgarantie** ter beschikking van € 18 miljoen, waarbij ten aanzien van de negatieve waarde van de renteswaps van Amarantis het volgende werd vermeld: *"Ik ga ervan uit dat dit risico zich niet materialiseert. (...) Indien de huidige financiering van de leningen door [de Bank] (...) wordt verdeeld over de nieuwe entiteiten, worden de swaps ook verdeeld op basis van de leningen en leidt dit niet tot uitgaven. (...) Daarom zal ik geen subsidie ter beschikking stellen voor dit doel* (betaling van de negatieve waarde-rb)."*"* Gegeven de Continuïteitsgarantie was het **Waarborgfonds** bereid de nieuwe financiering te borgen onder de voorwaarde dat de rente gedurende 10 jaar volledig gefixeerd werd.
- 2.3. Op 25 juli 2012 is ROC TOP c.s. opgericht door Amarantis. De [functie] van Amarantis, de heer [betrokkene 1], fungeerde toen tevens als bestuurder van ROC TOP c.s. Per 1 augustus 2012 werden als [functie] van ROC TOP c.s. benoemd onder meer [betrokkene 2] en [betrokkene 3] (MBO Amarantis) alsmede [betrokkene 4] (ROC Top).
- 2.4. Bij brief van 26 juli 2012 heeft de Bank aan Amarantis onder meer het volgende bericht:
- "[De Bank] heeft u aangemerkt als **professionele belegger**. (...)*
- [De Bank] is met u overeengekomen dat u volgens de methode die als execution only wordt gekarakteriseerd, gebruik zult maken van de dienstverlening van [de Bank] op het gebied van treasury. (...)"*
- 2.5. Op 30 juli 2012 heeft Amarantis met onder meer ROC TOP c.s. de zogenaamde Raamovereenkomst Ontvlechting Amarantis (**Ontvlechtingsovereenkomst**) gesloten, waarin onder meer was bepaald dat partijen op 31 december 2012 door middel van contractoverneming als bedoeld in artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**) ervoor zouden zorgdragen dat rechten en verplichtingen van Amarantis onder de met de Bank gesloten kredietovereenkomst en renteswaps zouden worden overgedragen aan onder meer ROC TOP c.s.
- 2.6. Op 31 juli 2012 is Amarantis op advies van Zanders met de Bank vier nieuwe, variabelrentende kredietovereenkomsten aangegaan ten behoeve van onder meer ROC Top (een 20-jarige Euriborlening met hoofdsom € 8.603.767,-) en MBO Amersfoort (een 20-jarige Euriborlening met hoofdsom € 31.361.672,-). Voorts werden de oude swaps beëindigd onder gelijktijdige afsluiting van vier nieuwe, op de nieuwe kredietovereenkomsten afgestemde renteswaps (**de nieuwe**

**swaps**). Onderdeel van de nieuwe kredietovereenkomsten was dat minimaal 90% van het renterisico op de betreffende leningen gedurende 20 jaar diende te worden afgedekt door middel van rentederivaten en dat 5% van de oorspronkelijke hoofdsom vergoedingsvrij vervroegd kon worden afgelost. Daarnaast is blijkens artikel 26 sub c van de kredietovereenkomsten het volgende overeengekomen: "(...) *In de pricing wordt de marktwaarde van [de oude swaps] meegenomen. De midprijs die hiermee ontstaat wordt vermeerderd met een opslag van 0.20 %. (...)*"

- 2.7. De financiële situatie van Amarantis ten tijde van de herstructurering per 1 augustus 2012 kan schematisch als volgt worden weergegeven:

	Voor herstructurering	Na herstructurering
Totale financiering	€ 63.573.509,16 (variabel)	€ 80.288.081, waarvan variabel € 60.788.081
Hedge	€ 38.733.253,03 (5 swaps)	€ 60.788.081
Swaprente	4,03-4,93%	3,12%
Looptijd	3-14 jaar	10-20 jaar
Negatieve waarde	Circa € 8,5 miljoen	

*ROC TOP c.s.*

- 2.8. Bij bestuursbesluiten van december 2012 heeft ROC TOP c.s. zich verbonden tot medewerking aan overdracht van onder meer de rechtsverhouding Amarantis met de Bank inzake de kredietovereenkomsten en de nieuwe swaps door middel van een akte van bestuursoverdracht als bedoeld in artikel 9.1.3 van de Wet educatie en beroepsonderwijs (**WEB**) en contractoverneming. Deze overdracht onder bijzondere titel vond plaats op 31 december 2012. Daarbij is aan de Bank bij brieven van 31 december 2012 onder meer het volgende meegedeeld:
- Door ondertekening van deze brief verklaart [ROC TOP c.s.] het volgende:*
- (...)
2. *Zij een vergelijkbaar belang heeft bij de Transactie als [Amarantis] had;*
  3. *Zij is bekend met het feit dat [Amarantis] op basis van execution only dienstverlening wordt bediend door [de Bank] omdat [Amarantis] zich door externe adviseurs liet bijstaan, en dat zij zich zelf ook door externe adviseurs heeft laten bijstaan zodat [ROC TOP c.s.] ook op basis van een execution only relatie bediend zal worden door [de Bank];*
  4. *Zij is bekend met het feit dat de Transactie per 31 december 2012 een negatieve marktwaarde heeft van (EUR 1.252.966,30 (in geval van ROC Top) respectievelijk EUR 4.556.776,30 (in geval van MBO Amersfoort- rb)) (...), en dat deze Marktwaarde afhankelijk van de werking van de markt op het moment van de overdracht hoger of lager kan uitvallen;*
  5. *Zij bekend is met het feit dat deze negatieve marktwaarde van de Transactie kan resulteren in een financiële verplichting van [ROC TOP c.s.] jegens de Bank bij tussentijdse beëindiging van de Transactie.*
- 2.9. Bij brieven van diezelfde datum heeft de Bank aan ROC Top en MBO Amersfoort bevestigd dat zij als professionele klanten worden aangemerkt en dat de dienstverlening op basis van *execution only* zou plaatsvinden. ROC TOP c.s. voldeed op dat moment aan de omvangseisen van de Wft om te worden aangemerkt als professionele belegger en zij werd bijgestaan door een externe treasury adviseur (Zanders).
- 2.10. Bij e-mail van 16 december 2013 heeft de Bank een verzoek van ROC Top gehonoreerd om niet langer als professionele belegger in de zin van de Wft te worden behandeld, omdat zij voorzag dat ROC Top vanaf 2014 niet meer aan de omvangseisen van de Wft zou voldoen en omdat ROC Top voornemens was om Zanders niet meer in te schakelen. De herclassificatie is uiteindelijk per 7 januari 2014 geëffectueerd toen ROC Top een nieuwe Overeenkomst Financiële Derivaten (**OFD**) en een nieuw Treasury Inventarisatie Formulier (**TIF**) ondertekende. De classificatie van MBO Amersfoort als professionele belegger is niet gewijzigd.

### 3 Het geschil

3.1. ROC TOP c.s. vordert (in de bewoordingen van de dagvaarding en met verbetering van kennelijke verschrijvingen):

(dat) het de rechtbank Amsterdam moge behagen om, op grond van vorenstaande feiten, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

1.

primair:

I. te verklaren voor recht dat de tussen ROC TOP en (of) MBO Amersfoort en Rabobank gesloten renteswapovereenkomsten (en de daarbij behorende algemene voorwaarden), rechtsgeldig zijn vernietigd bij brief van 13 juli 2016 respectievelijk bij brief van 18 juni 2018, althans wordt (worden) vernietigd (mede) op de gronden als gesteld in deze procedure, althans (gedeeltelijk) wordt (worden) vernietigd;

althans;

te verklaren voor recht dat de tussen ROC TOP en (of) MBO Amersfoort en Rabobank gesloten renteswapovereenkomsten (en de daarbij behorende algemene voorwaarden), rechtsgeldig is (zijn) vernietigd bij brief van 13 juli 2016 respectievelijk bij brief van 18 juni 2018, althans wordt (worden) vernietigd op de gronden als gesteld in deze procedure, althans (gedeeltelijk) wordt (worden) vernietigd, voor zover het de negatieve marktwaarden betreft en (of) de mismatches en (of) de bankmarge;

subsidiar:

II . te verklaren voor recht dat Rabobank jegens ROC TOP en (of) MBO Amersfoort toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de renteswapovereenkomst(en) (en de daarbij behorende algemene voorwaarden) en buitengerechtelijk is (zijn) ontbonden bij brief van 13 juli 2016 respectievelijk bij brief van 18 juni 2018, althans wordt (worden) ontbonden (mede) op de gronden als gesteld in deze procedure, althans wordt (worden) ontbonden voor zover het de negatieve marktwaarde betreft, althans wordt (worden) ontbonden voor zover het de mismatches betreft, althans voor zover het de bankmarge betreft;

althans;

te verklaren voor recht dat Rabobank zich jegens ROC TOP en (of) MBO Amersfoort onrechtmatig heeft gedragen, als gevolg waarvan Rabobank is gehouden de schade te vergoeden die ROC TOP en (of) MBO Amersfoort heeft (hebben) geleden als gevolg van de onrechtmatige gedraging(en);

althans;

te verklaren voor recht dat Rabobank haar zorgplicht op grond van artikel 2 Algemene Bankvoorwaarden heeft geschonden en dus toerekenbaar tekort is geschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld ROC TOP en (of) MBO Amersfoort;

zowel primair als subsidiar:

III. Op grond van de onder I tot en met III (de rechtbank begrijpt: II) gevorderde voor recht verklaring(en), althans op (één of meer) van de onder sub I tot en met III (de rechtbank begrijpt: II) aangevoerde gronden en (of) de in deze dagvaarding aangevoerde gronden, Rabobank te veroordelen om aan ROC TOP en (of) MBO Amersfoort tegen behoorlijk bewijs van kwijting te

betalen de volgende bedragen, althans tot betaling van zodanig bedrag als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren:

i. i) € 8.521.000,-, althans € 7.620.635 en € 834.312,-, althans € 3.829.204 aan MBO Amersfoort en € 1.050.505 aan ROC TOP, te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

ii) € 1.347.695,- aan vaste swaprente minus variabele rente aan ROC TOP; te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

iii) € 5.100.710,- aan vaste swaprente minus variabele rente aan MBO Amersfoort; te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

iv) € 49.446,-, zijnde het bedrag aan bankmarge dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij ROC TOP;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

v) € 173.887,-, zijnde het bedrag aan bankmarge dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij MBO Amersfoort;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

vi) € 359.400,-, zijnde het totaalbedrag aan negatieve marktwaarden dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij ROC TOP;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

vii) € 500.395,-, zijnde het totaalbedrag aan negatieve marktwaarden dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij MBO Amersfoort;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

viii) € 18.161,- aan rentelasten PM dat ROC TOP niet had hoeven te betalen indien zij tussentijds de financiering had kunnen aflossen, maar niet heeft gedaan vanwege de aanwezige onderliggende negatieve waarde,

welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

ix) € 204.427,- aan rentelasten dat MBO Amersfoort niet had hoeven te betalen indien zij had kunnen aflossen, maar niet heeft gedaan vanwege de aanwezige negatieve waarde,

welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede Justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

x) € 9.256,50 (inclusief BTW), althans € 7.650,- (exclusief BTW), aan kosten voor het bepalen, c.q. vaststellen van de schade, zijnde de door ROC TOP en MBO Amersfoort (betaalde) facturen van Zeta Corporate Finance;

Ofwel:

2. Rabobank had schadebeperkend opgetreden door ROC TOP en MBO Amersfoort alternatieve opties te adviseren/verplicht te stellen. In dat geval worden de navolgende schadeposten gevorderd:

i. i) € 2.370.881,- was er voor ROC TOP aan schade beperkt gebleven indien Rabobank een alternatief verplicht had gesteld,

welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

ii) € 359.400,-, zijnde het totaalbedrag aan negatieve marktwaarden dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij ROC TOP;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

iii) € 18.161,- aan rentelasten PM dat ROC TOP niet had hoeven te betalen indien zij tussentijds de financiering had kunnen aflossen, maar niet heeft gedaan vanwege de aanwezige onderliggende negatieve waarde, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan. althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

iv) € 8.430.225,- was er voor MBO Amersfoort aan schade beperkt gebleven indien Rabobank een alternatief verplicht had gesteld, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiair op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

v) € 500.395,-, zijnde het totaalbedrag aan negatieve marktwaarden dat Rabobank in rekening heeft gebracht bij MBO Amersfoort;

te vermeerderen met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW. te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

vi) € 204.427,- aan rentelasten dat MBO Amersfoort niet had hoeven te betalen indien zij had kunnen aflossen, maar niet heeft gedaan vanwege de aanwezige negatieve waarde, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente op grond van artikel 6:119a BW (subsidiar op de voet van artikel 6:119 BW) jo. artikel 6:120 BW, te rekenen telkens vanaf het moment van incassering ervan, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf zodanige datum (data) als de rechtbank in goede justitie zal vernemen te behoren, tot aan de dag van de algehele voldoening;

vii) € 9.256,50 (inclusief BTW), althans € 7.650,- (exclusief BTW), aan kosten voor het bepalen, c.q. vaststellen van de schade, zijnde de door ROC TOP en MBO Amersfoort (betaalde) facturen van Zeta Corporate Finance;

ofwel:

3. ROC TOP en MBO Amersfoort lijden schade doordat de renteswaps tot het einde van de looptijd verhinderen dat zij kunnen aflossen, zodat zij genoodzaakt zijn kunstmatig financiering aan te houden;

IV. te bepalen dat Rabobank de schade vergoedt die het gevolg is van het niet kunnen aflossen door ROC TOP en MBO Amersfoort, nader te begroten naar aanleiding van de bevindingen van een door de rechtbank te benoemen deskundige, althans te bepalen dat de schade moet worden vereffend bij staat;

Subsidiar:

V. althans te bepalen dat de schade moet worden berekend door een door de rechtbank te benoemen deskundige, althans te bepalen dat de schade moet worden vereffend bij Staat. althans de schade te begroten zoals de rechtbank dat in goede justitie mag bepalen,

Buitengerechtigde incassokosten

VI. € 6.775,- ter zake de buitengerechtigde incassokosten conform de Staffel als gevolg van de werkzaamheden die de advocaat van eisers heeft verricht ter voorbereiding van deze procedure en die zagen op het buiten de procedure om trachten tot een minnelijke oplossing te komen ter zake deze kwestie;

VII. Rabobank te veroordelen tot betaling aan eisers van de kosten van de onderhavige procedure, de nakosten daaronder begrepen, onder bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen veertien dagen na de dag, waarop het vonnis is gewezen, aan eisers zullen zijn voldaan, daarover vanaf de veertiende dag wettelijke rente verschuldigd is.

3.2. ROC TOP c.s. baseert haar vorderingen kort samengevat op het volgende. Amarantis en ROC TOP c.s. kwalificeren als niet-professionele partijen en de Bank staat tot hen in een adviesrelatie. De Bank heeft hen niet goed voorgelicht en/of gewaarschuwd voor bepaalde eigenschappen van de swaps, zoals de gevolgen van en alternatieven voor beëindiging van de Amarantis-swaps, verdiscontering van de negatieve waarde van de oude swaps in de nieuwe swaps en de lange looptijd van de nieuwe swaps. Daarnaast heeft de Bank nagelaten haar rentevisie te delen met



ROC TOP c.s. Bij de oude swaps was voorts sprake van *mismatches* voor wat betreft de looptijd van de swaps en de onderliggende leningen en werd geen rekening gehouden met de onduidelijke kredietbehoefte van Amarantis en het wisselende overheidsbeleid.

ROC TOP c.s. is bij het aangaan en overnemen van de nieuwe swaps niet goed voorgelicht omtrent de mogelijkheid van voortzetting van de oude swaps, de noodzaak om de negatieve waarde te realiseren en te verdisconteren in de nieuwe swaps, de invloed van de negatieve waarde op de mogelijkheid om gedurende de looptijd de lasten te verlagen door vervroegd af te lossen op de leningen en het gegeven dat een swap geen bescherming biedt bij een daling van de rente. Dit alles kwalificeert volgens ROC TOP c.s. als dwaling, misbruik van omstandigheden, tekortkoming, onrechtmatig handelen en/of ongerechtvaardigde verrijking.

3.3. De Bank voert verweer.

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

## **4 De beoordeling**

### *Inleiding*

4.1. Amarantis kon na invoering van de Wft worden aangemerkt als professionele belegger, gelet op haar in zoverre niet weersproken netto-omzet (ruim € 190 miljoen), balanstotaal (€ 109 miljoen) en eigen vermogen (€ 21,5 miljoen) over 2007 en 2008. Amarantis had bovendien vanaf 1998 ervaring met renteswaps, hanteerde een eigen treasury-statuut en maakte gebruik van een eigen, interne treasurer en externe treasury adviseurs zoals ILFA en Zanders. Nadat zij in financiële problemen kwam, heeft in 2012 de herstructurering plaatsgevonden met als doel het waarborgen van de continuïteit van de door Amarantis in stand gehouden scholeninstellingen. De negatieve waarde van de oude renteswaps bedroeg ten tijde van de herstructurering circa € 8,5 miljoen. Amarantis werd bijgestaan door een gerenommeerd accountantskantoor, een advocatenkantoor en een organisatieadviesbureau. De externe treasury-adviseur van Amarantis heeft op 22 juni 2012 met betrekking tot de herstructurering van Amarantis een advies uitgebracht, gebaseerd op door de accountant van Amarantis ontwikkelde scenario's. Onder overlegging van dit advies heeft Amarantis vervolgens ten behoeve van onder meer ROC TOP c.s. bij de Bank langlopende (20-jarige) variabel rentende leningen aangevraagd en verkregen. De (verplichte) afdekking van het renterisico werd vervolgens gerealiseerd door middel van renteswaps; Amarantis noch haar rechtsopvolgers waren in 2012 in staat uit eigen middelen de premie voor een rentecap te voldoen (die door de Bank wordt begroot op € 2.855.500,-), laat staan dat dit mogelijk was naast betaling van de eerder genoemde negatieve marktwaarde van de oude swaps van circa € 8,5 miljoen. Alle financieringsovereenkomsten en de nieuwe swaps werden gesloten met Amarantis. De bestuurder van Amarantis was op dat moment tevens bestuurder van ROC TOP c.s.. Eind 2012 zijn de (verhoogde) leningen en de nieuwe swaps van Amarantis door bestuursoverdracht en contractoverneming onder bijzondere titel overgegaan op ROC TOP c.s. Ook ROC TOP c.s., die net als Amarantis voor wat betreft de omvangseisen ten tijde van de herstructurering kwalificeerde als professionele belegger in de zin van de Wft, werd bij deze reorganisatie bijgestaan door een externe en een interne treasury adviseur alsmede door andere externe professionals, zoals een accountantskantoor en een advocatenkantoor. Pas vanaf 7 januari 2014 is de classificatie van (alleen) ROC TOP onder de Wft op haar verzoek gewijzigd in niet-professioneel in verband met het afscheid van haar treasury adviseur Zanders. Ook ROC TOP c.s. hanteerde een treasury statuut, op grond waarvan zij gehouden was om tenminste 85% van haar renterisico af te dekken. De bank stelde bij de herfinanciering in 2012 als voorwaarde dat tenminste 90% van het renterisico gedurende de looptijd van de leningen van 20 jaar werd afgedekt. Het Waarborgfonds, dat garant stond voor de financiële verplichtingen van ROC TOP c.s., stelde als eis dat gedurende 10 jaar het renterisico voor 100% was afgedekt. In verband met de herstructurering stelde de Minister van OCW aan onder meer ROC TOP c.s. een zogenaamde

Continuïteitsgarantie van € 18 miljoen ter beschikking onder de voorwaarde dat deze niet gebruikt zou worden voor betaling van de negatieve waarde van de oude swaps. Amarantis beschikte niet over voldoende liquiditeit om de negatieve waarde van de oude swaps te voldoen. Om deze redenen werd de negatieve waarde van de oude swaps van Amarantis verdisconteerd in de nieuwe swaps. De nieuwe swaps kenden een hogere hoofdsom, een langere looptijd en een lagere swaprente dan de oude swaps, zoals blijkt uit het onder 2.7 weergegeven overzicht. Met betrekking tot de door ROC TOP c.s. overgenomen leningen gold dat per jaar 5% vergoedingsvrij mocht worden afgelost. Na de herstructurering bleek dat ROC TOP c.s. in 2013 (als gevolg van hogere rijksbijdragen en overige baten en lagere huisvestings- en financieringslasten) een hoger resultaat realiseerde dan was voorzien. Daarnaast werd een aantal gebouwen verkocht. Gevolg van een en ander was dat er bij ROC TOP c.s. een liquiditeitsoverschot ontstond, dat niet kon worden aangewend om gebruik te maken van de mogelijkheid om (vergoedingsvrij) vervroegd af te lossen op de leningen zonder de negatieve waarde van de nieuwe swaps verschuldigd te worden.

- 4.2. ROC TOP c.s. vordert thans verklaringen voor recht dat sprake is van wilsgebreken ((wederzijdse) dwaling of misbruik van omstandigheden), althans zorgplichtschendingen (die kwalificeren als tekortkoming en/of onrechtmatige daad jegens haar) en/of ongerechtvaardigde verrijking van de Bank. Aan die vorderingen verbindt zij geldvorderingen wegens onverschuldigde betaling, ongedaanmaking en/of schadevergoeding. De gevorderde bedragen bestaan onder meer uit negatieve waardes van de oude swaps, het verschil tussen de betaalde rente van de nieuwe swaps en de variabele rente op de leningen, (niet bespaarde) rentelasten op de leningen en (buitengerechtelijke) kosten.

#### *Oude swaps*

- 4.3. ROC TOP c.s. heeft niet duidelijk gemaakt hoe zij rechten geldend zou kunnen maken betreffende de oude swaps. Deze zijn immers aangegaan met Amarantis en maakten geen deel uit van de contractoverneming. De contractoverneming had alleen betrekking op de nieuwe swaps en de nieuwe leningen. Bij de mondelinge behandeling heeft ROC TOP c.s. zich met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW op het standpunt gesteld dat het onaanvaardbaar is dat de Bank zich erop beroept dat de overige vorderingen en wilsrechten van Amarantis niet mee zijn overgegaan op ROC TOP c.s., omdat de Bank optrad als adviseur en ROC TOP c.s. de gevolgen van die adviezen draagt. Wat er verder ook zij van de aan dit beroep ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden, zonder medewerking van Amarantis komt geen overgang van rechten tot stand. Alleen al om die reden kan ROC TOP c.s. geen rechten geldend maken die betrekking hebben op de oude swaps en leningen, aangezien deze geen deel uitmaakten van de contractoverneming. Het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW maakt dit niet anders.

#### *Nieuwe swaps, dwaling*

- 4.4. De rechtsoverdracht tot vernietiging van een rechtshandeling wegens dwaling verjaart krachtens artikel 3:52 lid 1 onder c BW drie jaar nadat de dwaling is ontdekt. De nieuwe swaps zijn tot stand gekomen op 31 juli 2012 tussen Amarantis en de Bank. In de swapdocumentatie is vermeld dat deze een looptijd hebben tot 30 september 2032. Bovendien was toen bij Amarantis bekend dat de oude renteswaps een negatieve waarde hadden ontwikkeld die verdisconteerd werd in de nieuwe financiering, zoals onder meer blijkt uit artikel 26 onder c van de kredietovereenkomsten (2.6) en waarover met de Bank gecorrespondeerd is door Zanders. De door de bestuurder van Amarantis ( [betrokkene 1] ) verworven kennis met betrekking tot de eigenschappen van renteswaps kan voorts worden toegerekend aan ROC TOP c.s., omdat laatstgenoemde bij de herstructurering werd vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder. Nu partijen niet voor 1 augustus 2015 de verjaring hebben gestuit, is de verjaring van de vordering tot vernietiging wegens dwaling per laatstgenoemde datum voltooid. Amarantis en ROC TOP c.s. werden bovendien in 2012 bijgestaan door de dezelfde interne en externe treasury-specialisten. Voor zover de eigenschappen waaromtrent gedwaald zou zijn bij het aangaan van de swaps (tegenvallende flexibiliteit en 'verborgen marge') nog niet aan ROC TOP c.s. bekend waren, dient

de dwaling daarom voor haar rekening te blijven. Het beroep op dwaling en de daarop gebaseerde nevenvorderingen stranden daarop.

*Nieuwe swaps, misbruik van omstandigheden*

- 4.5. De omstandigheden waarvan de Bank volgens ROC TOP c.s. misbruik zou hebben gemaakt, betreffen de financiële problemen van Amarantis. Ook deze rechten van Amarantis zijn niet overgegaan op ROC TOP c.s. Daarbij komt – ten overvloede – dat niet is gesteld of gebleken waarom de medewerking van de Bank aan de (als gevolg van financiële problemen van Amarantis noodzakelijk geworden) herstructurering gekwalificeerd moet worden als misbruik van omstandigheden. Daarvoor is immers vereist dat hetgeen de Bank bekend was omtrent de financiële noodtoestand van Amarantis haar van medewerking aan de herfinanciering had behoren te weerhouden (artikel 3:44 lid 4 BW). Een faillissement van Amarantis – waarbij het nog maar de vraag zou zijn in hoeverre de Bank haar kredieten en de negatieve waarden van de oude swaps zou kunnen verhalen – moest blijkbare (om andere redenen) voorkomen worden. Dan stond het de Bank ook vrij aan de gewenste herstructurering van de financiering de haar goeddunkende zakelijke voorwaarden te verbinden, waarop Amarantis al dan niet kon ingaan.

*Nieuwe swaps, zorgplichtschending*

- 4.6. De omvang van de zorgplicht van de Bank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener jegens haar cliënt is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de relatie, de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de cliënt en de door deze ingeschakelde adviseurs, diens inkomens- en vermogenspositie, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.
- 4.7. Bij brief van 28 februari 2020 is namens de Bank kenbaar gemaakt dat zij haar verjaringsverweer prijsgeeft voor zover dit betrekking heeft op enige zorgplichtschending ten tijde van de herstructurering, aangezien partijen lopende de verjaringstermijn (de rechtbank begrijpt vanaf 1 maart 2016) gesprekken zijn gaan voeren over het Uniform Herstelkader. Overigens was de verjaring van de vordering tot vernietiging wegens een wilsgebrek per 1 maart 2016 al wel voltooid, zodat het verjaringsverweer in zoverre gehandhaafd blijft, aldus de Bank. De rechtbank zal daarom nu overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de verwijten van zorgplichtschendingen.
- 4.8. Allereerst zal worden beoordeeld of ROC TOP c.s. in relatie tot de nieuwe swaps kan worden aangemerkt als degene die een beroep kan doen op de zorgplicht van de Bank, nu niet ROC TOP c.s. maar Amarantis optrad als contractuele wederpartij van de Bank. De Bank was er destijds van op de hoogte dat Amarantis de nieuwe swaps aanging uitsluitend ten behoeve van de overnemende partijen zoals ROC TOP c.s.. Daarom diende de Bank naar het oordeel van de rechtbank rekening te houden met de belangen van ROC TOP c.s.. De keerzijde hiervan is dat de kennis en ervaring van Amarantis met betrekking tot derivaten kan worden toegerekend aan ROC TOP c.s., zeker nu sprake was van een personele unie tussen deze entiteiten in de persoon van de heer [betrokkene 1] en professionele bijstand van dezelfde treasury-adviseur (Zanders).
- 4.9. Amarantis en (mede daarom ook) ROC TOP c.s. voldeden ten tijde van het aangaan van de nieuwe swaps aan de omvangeisen van de Wft om te worden aangemerkt als professionele belegger. Zij hadden zich daarnaast voorzien van interne en externe deskundige adviseurs op het gebied van onder meer treasury. Alvorens medewerking te verlenen aan de herstructurering ontving de Bank onder meer een herstelplan, de businesscases en de door de accountant opgestelde meerjarenprognoses (met toelichting) per entiteit en een advies van Zanders met betrekking tot het verwachte financieringsverloop. Daarmee heeft de Bank voldaan aan de op haar rustende verplichting om informatie in te winnen. Het gevolg hiervan is dat de Bank in elk geval onder de Wft c.a. verder kon volstaan met het verstrekken aan Amarantis en ROC TOP c.s. van een algemene beschrijving van de aard en risico's van de renteswaps die gedetailleerd genoeg is om hen in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen (artikel 58f Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen). Het verschijnsel negatieve marktwaarde, de verplichting tot betaling

daarvan bij vervroegde (gedeeltelijke) beëindiging van de swaps en dat gedeeltelijke beëindiging van de swaps bij vervroegde deelaflossing van de daarmee afgedekte kredieten verplicht was, was bij alle betrokkenen voorafgaand aan het aangaan van de nieuwe swaps bekend. Sterker nog, zij wisten dat de negatieve waarde van de oude swaps werd meegefinancierd in de nieuwe swaps, zoals onder meer blijkt uit de brieven van 31 december 2012 (2.8). De zorgplichtschending kan dan ook niet worden gebaseerd op (een gebrek in de voorlichting met betrekking tot) de negatieve waarde en de daarmee samenhangende eigenschappen van de swaps.

4.10. Het initiatief voor de herstructurering (en daarmee ook voor de gerelateerde herfinanciering in het kader waarvan de nieuwe swaps zijn afgesloten) was afkomstig van de hiervoor genoemde externe adviseurs van ROC TOP c.s.; zij heeft (ook desgevraagd ter zitting) niet kunnen duidelijk maken dat en op welke wijze de Bank betrokken was bij de vormgeving van de herstructurering. De looptijd van de nieuwe swaps sloot aan op de duur van de variabele leningen van ROC TOP c.s.. De verplichting tot afdekking van het renterisico was voorts in overeenstemming met de voorschriften van het Waarborgfonds (10 jaar 100%), de eigen treasury statuten (afdekking tenminste 85%) en de Bank (afdekking tenminste 90%). Andere vormen van renterisicoafdekking waren daarnaast door de negatieve waarde van de oude swaps (circa € 8,5 miljoen), de hoogte van de vergelijkbare swaption of cap-premie (circa € 2,85 miljoen), het liquiditeitstekort van Amarantis en ROC TOP c.s. en de voorwaarde van de minister dat de Continuïteitsgarantie niet mocht worden aangewend voor betaling van de negatieve waarde, niet mogelijk, althans lagen allerm minst voor de hand. ROC TOP c.s. heeft nog aangevoerd dat de oude swaps hadden kunnen worden gecontinueerd, waardoor betaling althans verdiscontering van hun negatieve waarde achterwege had kunnen blijven. De Bank heeft in reactie daarop aangevoerd dat dat onmogelijk was, omdat Amarantis na de herstructurering geen activiteiten meer had en ophield te bestaan. Voor haar was het onder die omstandigheden niet acceptabel de oude swaps op naam van Amarantis voort te zetten. Splitsing van de vijf oude swaps van Amarantis in ieder vijf nieuwe swaps (naar rato van de financiering van iedere nieuwe entiteit) zou wel mogelijk zijn geweest, zij het dat er dan nog voor iedere entiteit een zesde swap had moeten worden afgesloten om te voldoen aan de vereiste afdekking. Gevolg van een en ander zou, naar de Bank onweersproken heeft aangevoerd, zijn geweest dat de rentelasten in de eerste 10 jaar na herstructurering hoger zouden zijn geweest en aan het eind van de rit per saldo gelijk aan de lasten van Amarantis. Daarbij komt nog dat ROC TOP c.s. ter zitting heeft verklaard dat het voor haar niet onmogelijk (maar uit publiciteitsoogpunt wel onwenselijk) is om de negatieve waarde te betalen die verschuldigd zou worden nadat het liquiditeitsoverschot vanaf 2013 gebruikt zou zijn om vergoedingsvrij vervroegd af te lossen. Overigens is onvoldoende komen vast te staan dat dit liquiditeitsoverschot en de daarmee samenhangende mogelijkheid om vervroegd af te lossen in 2012 waren voorzien. De Bank heeft ter zitting verklaard dat zij in 2012 wel wist dat het pand aan de Vrolikstraat zou worden verkocht, maar dat dit pand niet door haar meegefinancierd werd. Voor zover de Bank al een verantwoordelijkheid had als adviseur (hetgeen naar het oordeel van de rechtbank gelet op zowel de execution only-verhouding als de deskundigheid aan de zijde van ROC TOP c.s. dus niet het geval was), valt haar niet te verwijten dat zij bij het aangaan van de swaps geen rekening heeft gehouden met de al snel blijkende vervroegde aflossingsmogelijkheden van ROC TOP c.s. De Bank heeft in 2012 met de nieuwe swaps een passend product aan Amarantis verkocht. De looptijd van de variabele lening was immers een gegeven en de voorgeschreven afdekking van het renterisico kon alleen door middel van renteswaps met gelijke looptijd worden bewerkstelligd, aangezien de premie voor een cap of swaption (naast de op dat moment verschuldigde negatieve waarde) voor Amarantis niet op te brengen was.

Voor het aannemen van een zorgplichtschending bestaat dan ook geen grond. Dat de Bank in 2012 mogelijk de verwachting had dat de rente zou gaan dalen, maakt het voorgaande niet anders. De swaps zijn niet aangegaan om te speculeren op renteontwikkelingen, maar juist om het risico van een (onverwachte) rentestijging over een periode van 20 jaar af te dekken.

4.11. De vorderingen wegens dwaling, misbruik van omstandigheden, tekortkoming en onrechtmatige

daad zullen worden afgewezen, evenals de daarmee verbonden geld- en andere nevenvorderingen. ROC TOP c.s. wordt zal als de in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de kosten van de Bank. Deze worden tot heden begroot op:

Vastrecht € 4.030,-

Salaris advocaat (2 punten tarief € 3.856,-) € 7.712,-

Totaal € 11.742,-

Het nasalaris zal worden toegewezen zoals hierna vermeld.

## **5 De beslissing**

De rechtbank:

5.1. wijst af het gevorderde;

5.2. veroordeelt ROC TOP c.s. hoofdelijk in de kosten van het geding aan de zijde van de Bank, tot heden begroot op € 11.742,- te vermeerderen met nasalaris advocaat begroot op een bedrag van € 157,00, te verhogen met een bedrag van € 82,00 onder de voorwaarde dat ROC TOP c.s. niet binnen veertien dagen na aanschrijving vrijwillig aan het vonnis heeft voldaan en betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, voornoemde bedragen van € 11.742,- en € 157,00 te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de veertiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag der voldoening, voornoemd bedrag van € 82,00 te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag van betekening van het vonnis tot de dag der voldoening;

5.3. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.C.H. Blankevoort, mr. O.J. van Leeuwen en mr. J.W. Bockwinkel en in het openbaar uitgesproken op 25 maart 2020.