

# ECLI:NL:RBAMS:2020:1726

## □ Rechtspraak.nl, Rechtbank Amsterdam, 18-03-2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1726, C/13/660758 / HA ZA 19-98

overname renteswap, deel vorderingen verjaard, geen schending zorgplicht, geen OD, overwegingen geen directe aanspraak op het Herstelkader (UHK)

### GEGEVENS

|                      |                             |
|----------------------|-----------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Amsterdam         |
| Datum uitspraak      | 18-03-2020                  |
| Datum publicatie     | 08-04-2020                  |
| Publicatie           | Rechtspraak.nl              |
| ECLI                 | ECLI:NL:RBAMS:2020:1726     |
| Zaaknummer           | C/13/660758 / HA ZA 19-98   |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig |
| Rechtsgebied         | Burgerlijk procesrecht      |

### UITSpraak

vonnis

#### RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/660758 / HA ZA 19-98

#### Vonnis van 18 maart 2020

in de zaak van

1 *PAUL WILLEM CAREL* [eiser 1],  
wonende te [woonplaats],  
eiser,  
advocaat mr. G.T.J. Hoff te Haarlem,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**PLAN 10 VASTGOEDONTWIKKELING B.V.**,  
gevestigd te 's-Hertogenbosch,  
eiseres,  
advocaat mr. G.T.J. Hoff te Haarlem,

3. [eiser sub 3],

wonende te [woonplaats],  
eiser,  
advocaat mr. W.M. Schonewille te 's-Gravenhage,

tegen

de naamloze vennootschap  
**ABN AMRO BANK N.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
gedaagde,  
advocaat mr. R.L. Ubels te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eisers] en de bank genoemd worden. Eisers zullen ieder voor zich [eiser 1], Plan 10 en [eiser sub 3] genoemd worden.

#### 1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 15 januari 2019 van [eisers], met producties,
- de conclusie van antwoord van de bank, met producties,

- het tussenvonnissen van 23 oktober 2019, waarin de zaak wordt verwezen naar comparitie van partijen,
- de akte overzicht ongemotiveerde en/of onjuiste stellingen, bewijsaanbod en aanvulling eis van [eisers], met een productie,
- de akte overlegging producties van de bank, met producties,
- het proces-verbaal van comparitie van 31 januari 2020,
- de brief van mr. Ubels van 14 februari 2020 met opmerkingen ten aanzien van het proces-verbaal,
- de brief van mr. Hoff en mr. Schonewille van 24 februari 2020 met opmerkingen ten aanzien van het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2 De feiten

- 2.1. In 2003 is Wilhelminahof Vastgoed VOF opgericht ten behoeve van de ontwikkeling van een vastgoedcomplex aan het Koningin Wilhelminaplein in Amsterdam (hierna: Wilhelminahof). Haar vennoten waren destijds Plan 10 en Delkzicht B.V. (hierna: Delkzicht). De bestuurder van Plan 10 was Bouwconsulting Beheer B.V. en de bestuurder van Delkzicht was Maarsen Groep Management B.V. [eiser 1] en [eiser sub 3] waren indirect enig aandeelhouders van Plan 10.
- 2.2. In 2006 heeft Wilhelminahof bij Fortis, de rechtsvoorganger van de bank, een renteswap afgesloten voor een hoofdsom van € 83.850.00 en een looptijd van 15 jaar. Daarnaast heeft Fortis in oktober 2006 een geldlening verstrekt van € 80 miljoen ten behoeve van de bouw van fase I en II en de onderliggende parkeergarage van het vastgoedcomplex.
- 2.3. In 2008 is Wilhelminahof voortgezet onder de naam Oranjekwartier Appartementen VOF. In datzelfde jaar is er tussen Plan 10 en Delkzicht een dispuut ontstaan, waarna zij een mediationtraject zijn ingegaan. In dat traject is een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen, waarin is vastgelegd dat Plan 10 fase I zou overnemen voor een bedrag van € 32 miljoen en dat Plan 10 en Delkzicht ieder de helft van de bestaande renteswap zouden overnemen.
- 2.4. In september 2008 heeft [eisers] Fortis benaderd voor de financiering van de coopsom van € 32 miljoen en de omzetting van de (halve) renteswap.
- 2.5. Op 12 december 2008 heeft [medewerker Fortis], destijds relatie manager bij Fortis (hierna: [medewerker Fortis]) in een interne e-mail met als onderwerp: "RE: [eiser sub 3] etc." het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
 "(...)  
 2. IRS (de renteswap, rechtbank) heeft momenteel een negatieve waarde van Eur 3.5 mio; 50% is Eur 1.75 mio; 75% hiervan hebben ze in elk geval voor de hedge van de beleggingsfinanciering nodig. De 25% die resteert zou dan een (ongerealiseerde) negatieve waarde van ca. Eur 450/m hebben. Het is aan [eiser 1] / [eiser sub 3] of ze die gaan afkopen; waarschijnlijk niet; ze hebben zelf aangegeven dat ze die IRS ook voor de hedge van andere vastgoedinfinancieringen kunnen benutten.(...)"
- 2.6. Op 6 februari 2009 heeft [medewerker Fortis] in een interne e-mail het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
 "(...) Ik kreeg zojuist groen licht (...) om de bestaande IRS voor Oranjekwartier Appartementen v.o.f. te overnemen op de heren [eiser 1] en [eiser sub 3] in privé. Dat gebeurt niet met de hele IRS, maar de bestaande IRS zal in twee gelijke delen worden gesplitst. 50% wordt genoveerd op de heren [eiser 1] en [eiser sub 3] en de andere 50% blijft vooralsnog in Oranjekwartier Appartementen v.o.f.  
 (...)  
 P.s. (...) [naam 2] vroeg zich nog af of er een afspraak komt met [naam 3]. Zoals je weet hebben ze maar Eur 32 mio nodig voor de herfinanciering van fase I, de andere ca. Eur 8 mio willen ze gewoon aanhouden en niet 'verschmerzen' over de Eur 32 mio."
- 2.7. Op 12 februari 2009 heeft Fortis aan [eiser 1] en [eiser sub 3] een algemene kredietofferte uitgebracht waarin Fortis een *single purpose faciliteit* heeft aangeboden met een limiet van € 32 miljoen ten behoeve van de financiering van de aankoop van fase I met een looptijd van maximaal één jaar.
- 2.8. Op 25 februari 2009 heeft [naam 3] (hierna: [naam 3]), destijds [functie] van Bouwconsulting Beheer B.V., in een e-mail aan Fortis ten aanzien van de renteswap het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
 "(...) We buigen ons wederom even over de swap. Zou je mij aub de waarde kunnen opgeven inclusief een berekening zodat ik kan zien tegen welke huidige marktrente onze swap wordt afgezet.(...)"
- 2.9. Op 27 februari 2009 en/of 17 maart 2009 heeft Fortis een powerpointpresentatie gegeven aan [eisers], waarin Fortis drie mogelijkheden heeft gepresenteerd om de helft van de renteswap uit Wilhelminahof te halen. In deze powerpointpresentatie staat het volgende vermeld, voor zover hier van belang:  
 "(...)  
**Uitgangspunten**  
 1) Op naam van Projekt Wilhelminahof VOF is er in 2006 een Renteswap afgesloten met de volgende modaliteiten:  
 (...)  
 2) Bouwconsult heeft te kennen gegeven om te onderzoeken wat de mogelijkheden zijn om de helft van bovenstaande Renteswap uit Wilhelminahof te halen.  
**Mogelijkheden**  
 1) Tegensluiten van de helft van de bestaande Renteswap  
 De negatieve waarde van de helft van de huidige renteswap is momenteel ca EUR 3.900.000  
 2) Noveren naar prive  
 De helft van de bestaande Renteswap wordt overgeboekt naar prive nadat de benodigde documentatie is getekend  
 3) Tegensluiten en zero-cost herstructureren naar een rentestructuur die mogelijkheden geeft om te profiteren van de huidige lage Euribor rente (momenteel 1,8480). Kortom: er vindt geen cash outflow plaats u/v de negatieve marktwaarde van de huidige Renteswap  
**Herstructureren bestaande IRS**  
**De herstructurering heeft de volgende stappen:**  
 1) De negatieve waarde van de huidige renteswap wordt uitgesmeerd middels een opslag bovenop 3m Euribor voor de periode 1 april 2009 t/m 1 april 2014. (...)  
 2) Gelijktijdig wordt er een Renteswap afgesloten voor de periode 1 juli 2014 t/m 1 juli 2021 op 4,35. Dit is gelijk aan het renteniveau van de huidige Renteswap.  
 3) Om het renterisico in de periode 1 april 2009 t/m 1 april 2014 te elimineren stellen wij voor om een knock-in Collar af te sluiten (...)"

- 2.10. Op 2 maart 2009 heeft [naam 3] in een e-mail aan Fortis het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
*“(…) Langs deze weg en voortbouwend op ons gesprek van afgelopen vrijdag de vraag wat de rente zou zijn voor een 13 jarige vaste lening en als referentie daarbij het tarief van een 13 jarige IRS.  
 Specifiek voor de afgesloten swap oranjekwartier de vraag naar de exacte berekeningswijze van de waarde per 1 maart.”*
- 2.11. Op 9 maart 2009 heeft [eiser 1] in een brief aan Fortis het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
*“(…) In oktober 2006 sloten wij een kredietovereenkomst, die voorzag in een 15-jarige lening gebaseerd op Euribor + 0,7% toeslag voor 15 jaar met daar boven een swap van 15 jaar teneinde fluctuerende rentelasten voor 15 jaar te voorkomen. (...)  
 Maarsen en Bouwconsulting spraken in juli 2008 af dat de toen nogeenoeg gereed zijnde fase I (164 woningen) niet gezamenlijk in belegging zou worden genomen maar door een aan Bouwconsulting Beheer B.V. gelieerde partij. Aangezien er voor Fortis een verbetering zal plaatsvinden in de goedheid van de debiteur, zagen wij geen reden waarom de kredietovereenkomst uit 2006 niet onverkort gehandhaafd kon blijven. Wij wijzen u in dit verband ook op de offerte d.d. 28 februari 2006 (zie bijlage) waarin de meeneemregeling wordt aangeboden. Niettemin hebben wij uw voorstel van 24 september 2008 geaccepteerd, waartoe wij twee keer overleg hebben gevoerd. In dit voorstel van 24 september 2008 spraken wij af dat de looptijd van de lening van 15 jaar zou worden verkort tot 5 jaar; de opslag zou worden verhoogd van 0,7 naar 0,9 bij 65% loan to value en 105 basispunten bps tussen 65 en 75%. De 15-jarige swap zouden we daarin meenemen.  
 (...)  
 De aanbidding, die Fortis ons nu doet op 12 februari 2009 formeel doet, betreft een wederopzegbare lening met een looptijd van maximaal 1 jaar met een liquiditeitsvoet van 0,3% op jaarbasis met behoud van de 15-jarige swap. Dit komt in het geheel niet overeen met de door ons geaccepteerde aanbidding van september 2008.  
 In ons gesprek van 10 februari jl. bespraken wij de op dat moment nog mondeling gedane veranderingen, die Fortis wenste door te voeren. Wij brachten in dat gesprek naar voren, dat de 1-jarige faciliteit ver afstaat van de afgesproken 5-jarige faciliteit en nog verder afstaat van de huidige vaststaande overeengekomen 15-jarige faciliteit. Wij deden ook de mededeling dat een liquiditeitsvoet behorend bij een 5-jarige faciliteit, waarbij de toeslag volgens u dan 1,4% zou zijn, voor ons mogelijk wel bespreekbaar zou kunnen zijn indien de bank ons verlost van de swap. U zou dit bekijken maar nochtans kunnen wij dit niet terug vinden in de offerte van 12 februari 2009. (...)”*
- 2.12. Op 10 mei 2009 heeft [naam 3] in een e-mail aan Fortis het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
*“Ik heb onze jurist ‘‘opgelijnd’’ tav een paar openstaande juridische formulering in de diverse sub overeenkomsten mbt Oranjekwartier/ [eiser sub 3] en [eiser 1] . Hij heet [naam 4] (...)  
 Als het goed is heb je nu ook de laatste statuten van onze juridische topholding ontvangen (...)”*
- 2.13. Op 27 mei 2009 heeft Fortis in een interne e-mail het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
*“(…) Bijgaand twee ako's inzake de financiering op [eiser 1] / [eiser sub 3] en plan 10. Wij hadden hiervoor al – op basis van een eerder besluit – een ako uitgebracht. Relatie wilde achteraf de derivatenfaciliteit op een andere entiteit hebben en niet in privé. (...)”*
- 2.14. Op 1 juli 2009 heeft Fortis aan [eiser 1] en [eiser sub 3] een kredietofferte uitgebracht voor een geldlening van een bedrag van € 32.000.000 ten behoeve van de financiering van de aankoop van fase 1 met een looptijd tot 1 juli 2014 tegen een rente bestaande uit het 3-maands euribortarief verhoogd met een opslag van 0,70% dan wel 0,85% en een liquiditeitspremie van 0,50%. Deze offerte is op 14 juli 2009 door [eiser 1] en [eiser sub 3] ondertekend.
- 2.15. Daarnaast heeft Fortis op 1 juli 2009 aan Plan 10 een kredietofferte uitgebracht voor een renteswap bestaande uit 50% van de eerder door Wilhelminahof afgesloten renteswap, welke op 14 juli 2009 door [eiser 1] en [eiser sub 3] namens Plan 10 is ondertekend. Hierin is onder meer bepaald dat Plan 10 een raamovereenkomst voor financiële derivaten zal sluiten. De renteswap van Plan 10 heeft als “effective date” 4 januari 2010 en als “maturity date” 1 juli 2021.
- 2.16. Op 13 oktober 2009 heeft [naam 3] in een e-mail aan Fortis voorgesteld om niet [eiser 1] en [eiser sub 3] borg te laten staan voor de negatieve waarde van de renteswap van Plan 10, maar Bouwconsulting beheer, de moedermaatschappij van Plan 10.
- 2.17. Op 9 december 2009 hebben [eiser 1] en [eiser sub 3] zich borg gesteld voor Plan 10 ieder tot een bedrag van € 6.150.000.
- 2.18. Op 14 januari 2010 heeft [naam 5], accountmanager bij Fortis, (hierna: [naam 5]) in een interne e-mail het volgende geschreven, voor zover hier van belang:  
*“(…) Gisteren zeeeeeeeer uitgebreid met [voornaam] [rb: [eiser 1]] bijgesproken. (...)  
 Overigens heb ik hem ook geadviseerd nog eens opnieuw naar de hedge te laten kijken om te bezien of daar nog mogelijkheden tot aanpassing zijn (bijv omzetten naar een cap constructie) (...)”*
- 2.19. Op 25 mei 2010 heeft [naam 5] in een interne e-mail geschreven dat hij op 21 mei 2010 met [eiser 1] en [naam 3] heeft gesproken over de herfinanciering van een ander vastgoedproject, waarbij de overhedge van de renteswap(s) aan de orde is geweest.
- 2.20. Medio 2010 is Fortis gefuseerd met de bank. Fortis zal hierna als de bank worden aangeduid.
- 2.21. Op 27 november 2014 heeft de bank de kredietovereenkomst van 14 juli 2009 met [eiser 1] en [eiser sub 3] verlengd, met dien verstande dat de looptijd van deze financiering zeven jaar bedraagt, tot het einde van de looptijd van de renteswap, en de rente is gewijzigd in Euribor plus een opslag van 2,05%. Ook is in deze overeenkomst opgenomen dat [eiser 1] en [eiser sub 3] de kosten zullen vergoeden die worden gemaakt door Plan 10 voor de afwikkeling van het rentederivaat.
- 2.22. In een brief van 6 juli 2016 heeft de advocaat van [eisers] de bank aansprakelijk gesteld voor de schade voortvloeiend uit de renteswap en de verjaring van die vorderingen gestuit.
- 2.23. In mei 2017 hebben [eiser 1] en [eiser sub 3] het vastgoedproject verkocht aan een derde partij. Ter verkrijging van geheel royement van de hypotheekrechten van de bank op het vastgoedproject hebben [eiser 1] en [eiser sub 3] de negatieve waarde van het rentederivaat ten bedrage van € 6.751.883 aan de bank voldaan.
- 2.24. Bij brief van 20 oktober 2017 heeft [eisers] de bank verzocht het Uniform Herstellkader toe te passen op de door hem afgesloten renteswap. Op 20 augustus 2018 heeft de advocaat van de bank de advocaat van [eisers] het volgende bericht:  
*“In begin februari van dit jaar berichtte ik u dat ABN AMRO Bank N.V. tot het oordeel gekomen was dat uw cliënt buiten het toepassingsbereik van het Uniform Herstellkader vallen, maar dat dit besluit nog niet door de extern dossierbeoordelaar was gefatteerd. Inmiddels kan ik u berichten dat de externe dossierbeoordelaar dit besluit heeft gecontroleerd en gefatteerd, waarmee dat besluit definitief geworden is.”*

- 3.1. [eisers] vordert, na aanvulling van eis, samengevat - dat de rechtbank primair: verklaart voor recht dat de bank jegens [eisers] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende bijzondere zorgplicht, althans onrechtmatig heeft gehandeld en de bank veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan [eiser 1] en [eiser sub 3] (hoofdelijk) van een bedrag van € 12.850.114,56, althans € 10.501.945,08, te vermeerderen met wettelijke rente, althans tot vergoeding van schade op te maken bij staat, subsidiar: de bank gebiedt het rentederivaat van Plan 10 af te wikkelen met toepasselijkheid van het Uniform Herstelkader, en wel door toepassing van de vier stappen die daarin zijn benoemd, met veroordeling van de bank in de proceskosten en het nasalaris, beide te vermeerderen met de wettelijke rente.
- 3.2. [eisers] legt aan haar vorderingen kort gezegd ten grondslag dat de bank haar bancaire zorgplicht heeft geschonden zowel bij het aanbieden van de renteswap in 2006 aan Wilhelminavastgoed als bij het splitsen en noveren van de renteswap in 2009/2010 als bij het verlengen van de financiering aan [eiser 1] en [eiser sub 3] in 2014.
- 3.3. De bank voert verweer.
- 3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4 De beoordeling

##### *schending zorgplicht 2006?*

- 4.1. [eisers] stelt zich om te beginnen op het standpunt dat de bank haar zorgplicht jegens Wilhelminahof heeft geschonden door Wilhelminahof een renteswap aan te bieden, terwijl dit gezien de wensen van Wilhelminahof een niet passend en niet geschikt product was. Ook heeft de bank haar niet gewaarschuwd voor de aanzienlijke risico's van de renteswap zoals een mogelijke negatieve waarde en de marginverplichtingen. Door de renteswap vooruitlopend op de financiering af te sluiten, werd de renteswap direct een speculatief product en betaalde Wilhelminahof rentelasten terwijl er nog geen onderliggende financiering was. Daarnaast kwam het verloop van de financiering niet overeen met de hoofdsom van de renteswap, waardoor er sprake was van een mismatch. In 2013 bleek voor het eerst op grote schaal welke problemen en schade de renteswaps bij MKB-ondernemingen en particulieren hadden veroorzaakt en pas toen werd bekend dat de banken hun zorgplicht hadden geschonden. [eisers] heeft de bank met haar brief van 6 juli 2016 dus tijdig aansprakelijk gesteld. Aldus steeds [eisers]
- 4.2. Het meest verstrekkende verweer van de bank ten aanzien van de gestelde zorgplichtschending in 2006 is, los van de vraag of [eisers] aanspraken kan ontlenen aan een zorgplichtschending jegens Wilhelminahof, dat de vermeende vordering is verjaard. Volgens de bank was Wilhelminahof er vanaf het begin al mee bekend dat de renteswap was aangegaan voordat de financiering was aangevangen en dat de renteswap een grotere hoofdsom afdekte dan aan financiering werd verstrekt. De stuitingsbrief van [eisers] van 6 juli 2016, die overigens niet door of namens Wilhelminahof is verstuurd, kan [eisers] dus niet baten, omdat de verjaringstermijn van vijf jaren toen al ruimschoots was verstreken. Aldus steeds de bank.
- 4.3. Indien veronderstellenderwijs ervan uit wordt gegaan dat er in 2006 sprake is geweest van een zorgplichtschending en [eisers] daar rechten aan kan ontlenen wordt als volgt overwogen. Op grond van artikel 3:310, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (BW) verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van artikel 3:310, eerste lid BW begint pas 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 (zie Hoge Raad 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, Mispelhoef/Staat). Dit houdt niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden.
- 4.4. Uit de weergegeven correspondentie en de powerpoint presentatie (zie 2.5, 2.6, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12 en 2.13) komt naar voren dat de bank in elk geval in de periode december 2008 tot en met maart 2009 meerdere malen met [eisers] heeft gesproken over de bestaande renteswap, de negatieve waarde van de renteswap en het oplopen daarvan, de overhedge van de helft van de renteswap van € 40 miljoen ten opzichte van de benodigde lening van € 32 miljoen en de verschillende opties om de negatieve waarde (van die overhedge) af te kopen of uit te smeren over de resterende looptijd. Alle narigheden omtrent de renteswap waren dus onderwerp van intensief gesprek met [eisers]. Dat er risico's verbonden waren aan de renteswap en welke dat waren moet [eisers], voor zover dit hem, dan wel Wilhelminahof, in 2006 niet duidelijk was, in 2008 en 2009 dus zonnklaar zijn geweest. Dit spoort ook geheel met wat [eiser 1] tijdens de comparatie van partijen heeft verklaard: dat hij in 2006 weliswaar nog niet goed wist wat een renteswap inhield, maar dat hem dat in 2008 wel duidelijk werd. Ook begreep hij toen dat er een mismatch was van € 8 miljoen tussen de renteswap en de financiering, dat de renteswap een negatieve waarde had die op dat moment al aanzienlijk was en bleef oplopen en dat de overhedge afgekocht kon worden voor een hoog bedrag. [eisers] is dus in elk geval in 2008/2009 bekend geworden met de werking van de in 2006 afgesloten renteswap en de nadelige gevolgen die het afsluiten daarvan had gehad, in het bijzonder de negatieve waarde en het oplopen daarvan, en de (volgens [eisers] in deze procedure) daarvoor aansprakelijke persoon, te weten de bank.
- 4.5. Voor zover, zoals [eisers] stelt, [eiser sub 3] niet bij de gesprekken in 2008/2009 betrokken was en [eiser 1] minder intensief bij die gesprekken betrokken was dan [naam 3], maakt dat deze conclusie niet anders. [naam 3] werd naar voren geschoven als de financiële man van [eisers] heeft niet gemotiveerd betwist dat zij zich door [naam 3] heeft laten vertegenwoordigen. De rechtbank concludeert daarom, mede gezien de inhoud van de overgelegde correspondentie met [naam 3], dat [eisers] zich heeft laten vertegenwoordigen door [naam 3] en dat de kennis van [naam 3] daarom eveneens aan [eisers] kan worden toegerekend.
- 4.6. Zoals hiervoor weergegeven is het voor het gaan lopen van de verjaringstermijn niet vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. De bank heeft gemotiveerd gesteld dat Wilhelminahof en haar bestuurders professionele partijen waren met juridische en financiële kennis en ervaring. Uit de correspondentie (zie 2.6, 2.8, 2.12 en 2.16) is in elk geval op te maken dat [naam 3] als [functie] van Bouwconsulting B.V. [eisers] voorzag van financieel advies en advocaat Schuttelaar werd ingeschakeld voor juridisch advies. Zonder nadere toelichting die ontbreekt, valt daarom niet in te zien waarom zij niet al in 2009 juridisch advies had kunnen inwinnen over het handelen van destijds Fortis en een vordering wegens schending van de zorgplicht had kunnen instellen of de verjaring had kunnen stuiten. Onbetwist is gebleven dat de eerste stuitingshandeling dateert van 6 juli 2016. Dit betekent dat een mogelijke vordering voor zover die voortvloeit uit de gestelde zorgplichtschending in 2006 is verjaard en niet kan worden toegewezen.

##### *schending zorgplicht 2008-2010?*

- 4.7. [eisers] stelt zich op het standpunt dat de bank ook in de periode 2008-2010 op verschillende vlakken haar zorgplicht jegens [eisers] heeft geschonden. De door [eisers] gestelde verwijten zullen hierna elk voor zich hierna worden beoordeeld. De rechtbank stelt echter het volgende voorop. De maatschappelijke

functie van banken brengt een bijzondere zorgplicht met zich mee. Die zorgplicht geldt zowel jegens cliënten van banken uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding als jegens derden met de belangen van wie de banken rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De zorgplicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

#### *overname swap, risico dragen in privé*

- 4.8. Het meest vergaande verwijt dat [eisers] de bank maakt over deze periode (het grootste onderdeel van de gevorderde schade, een bedrag van € 6.751.883, te weten de op 29 mei 2017 betaalde negatieve waarde, is kennelijk gekoppeld aan dit verwijt) is dat de bank heeft nagelaten deugdelijk onderzoek te doen naar de bereidheid van [eisers], en meer specifiek [eiser 1] en [eiser sub 3], om (in privé) het risico van de negatieve waarde van de renteswap te dragen. De bank heeft hen niet deugdelijk over de werking van de renteswap en dit risico geïnformeerd en heeft hen er ook niet indringend voor gewaarschuwd. Als de bank dat wel had gedaan, was [eisers] de genoveerde renteswap niet overeengekomen.
- 4.9. De bank voert hier tegen aan dat [eisers] haar benaderde met het verzoek hem te informeren over de mogelijkheden voor het overnemen van de helft van de bestaande renteswap, dus een deel van € 40 miljoen, in combinatie met een financiering van € 32 miljoen voor de overname van een deel van het vastgoedproject. Daarop heeft de bank verschillende mogelijkheden uitgedacht waaronder het (deels) afkopen van de renteswap waarbij de negatieve waarde van (het betreffende deel van) de renteswap kon worden afgekocht of het uitsmeren van de negatieve waarde van (een deel van) de renteswap over de resterende looptijd. Zij heeft die opties ook meermalen met [eisers] besproken. [eisers] werd in dit traject bijgestaan door juridisch en financieel deskundigen en begreep de kenmerken en de risico's van de renteswap. Bovendien heeft [eisers] niet aannemelijk gemaakt dat [eisers] de renteswap niet zou hebben overgenomen als de bank meer of andere informatie zou hebben verstrekt. Aldus steeds de bank.
- 4.10. Vast staat dat [eisers] in 2008 met Delkzicht is overeengekomen dat hij de helft van de bestaande renteswap van Wilhelminahof zou overnemen, dat hij Fase I zou overnemen voor € 32 miljoen en dat hij de bank heeft gevraagd hem te informeren over de mogelijkheden. Uit de mail van 12 december 2008 van [medewerker Fortis] (zie 2.5) blijkt dat de negatieve waarde van de renteswap eind 2008 al € 3,5 miljoen (voor de hele swap) bedroeg. [eisers] kon de renteswap, althans de helft die hij moest overnemen, op dat moment sowieso niet kosteloos beëindigen. Met de powerpoint presentatie aan [eisers] (zie 2.9) heeft de bank begin 2009 de status van de halve renteswap en de negatieve waarde geschetst, die in die korte tijd was opgelopen tot € 3,9 miljoen voor de helft van de swap, en verschillende opties tot herstructurering besproken. In de correspondentie van 25 februari 2009, 2 maart 2009 en 9 maart 2009 (zie 2.8, 2.10 en 2.11) is te lezen dat [eisers] meermalen vraagt naar de waarde van de renteswap, de renteswap afzet tegen andere financieringsvormen en verschillende voorstellen van de bank tegen elkaar afzet. Hieruit concludeert de rechtbank dat [eisers] inzicht had in de problematiek rondom de negatieve waarde en de werking van de renteswap, niet lichtvaardig met de problematiek omging en kennelijk afdoende was geïnformeerd. Dat de bank is tekortgeschoten in haar zorgplicht is dan ook niet vast komen staan.
- 4.11. Ten overvloede geldt dat de rechtbank ook niet is gebleken van enig causaal verband tussen het vermeende tekortschieten door de bank en het moeten betalen van de negatieve waarde in 2017. [eisers] stelt dat hij de genoveerde renteswap niet overeen was gekomen als de bank hem beter had voorgelicht en hem voldoende indringend had gewaarschuwd voor de risico's, maar heeft onvoldoende met concrete feiten en omstandigheden onderbouwd dat hij, als de bank hem nog meer had gewaarschuwd, een andere beslissing zou hebben genomen, en hoe dat dan had uitgespeeld, meer in het bijzonder waarom hij dan niet in 2017 de negatieve waarde had hoeven afrekenen. Uit de verklaring van [eiser 1] ter terechtzitting blijkt dat [eisers] geenszins genegen was anders te beslissen dan hij heeft beslist. [eisers] moest, als gevolg van een commerciële beslissing waar de bank geheel buiten stond, de helft van de renteswap, die al een forse negatieve waarde had, overnemen. [eisers] had besloten de negatieve waarde niet af te kopen, omdat die toen heel hoog was en de algemene verwachting was, ook die van hem, dat de rente na verloop van tijd wel weer zou stijgen en de negatieve waarde van de swap kleiner zou worden. De rechtbank concludeert hieruit dat ook als de bank nog meer informatie zou hebben verstrekt of nog indringender had gewaarschuwd voor de risico's [eisers] tot dezelfde beslissing zou zijn gekomen. Dus zelfs als het oordeel onder 4.10 zou zijn geweest dat de bank haar zorgplicht op dit punt had geschonden, zou het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de gestelde schade ontbreken. Dit betekent dat de vordering voor zover die ziet op de negatieve waarde van € 6.751.883 zal worden afgewezen.

#### *overhedge in bedrag*

- 4.12. Ook het verwijt dat de bank onvoldoende heeft gewaarschuwd voor het risico dat voortvloeide uit het verschil in bedrag tussen de renteswap van € 40 miljoen en de onderliggende financiering van € 32 miljoen gaat niet op. Het ontstaan van dit verschil was het gevolg van een commerciële beslissing van [eisers] waar de bank geheel buiten stond. Zoals hiervoor weergegeven heeft de bank [eisers] op verschillende manieren geïnformeerd over de verschillende mogelijkheden om hiermee om te gaan en zoals blijkt uit de correspondentie van 12 december 2008 en 6 februari 2009 (zie 2.5 en 2.6) was [eisers] zich bewust van het verschil tussen de twee hoofdsommen en was zij kennelijk afdoende geïnformeerd zodat van een zorgplichtschending geen sprake is. Daar komt bij dat ook ten aanzien van dit punt geldt dat [eisers] onvoldoende heeft gesteld, en is niet gebleken, dat [eisers] een andere beslissing zou hebben genomen als de bank meer of andere informatie zou hebben verstrekt.

#### *overhedge in looptijd*

- 4.13. Voorts verwijt [eisers] de bank dat zij haar een financiering voor vijf jaar heeft verstrekt terwijl de resterende looptijd van de renteswap nog 12 jaar was. Hierdoor ontstond een overhedge in tijd en werd de renteswap vanaf 2014 een speculatief product, aldus [eisers]. De bank heeft hier tegen aangevoerd dat zij in die periode beperkingen opgelegd had gekregen ten aanzien van de aan te bieden looptijd van nieuwe financieringen in die zin dat de looptijd beperkt moest worden tot vijf jaar. Zij kon dus niet anders dan een financiering van die duur aanbieden, maar [eisers] en de bank vertrouwden er in 2009 echter op dat de financiering in 2014 verlengd zou worden. Dat laatste is ook gebeurd, aldus de bank.
- 4.14. [eisers] heeft ter terechtzitting erkend dat zowel zij als de bank er in 2009 op vertrouwden dat de financiering in 2014 zou worden verlengd tot het einde van de looptijd van de renteswap en dat dat ook daadwerkelijk is gebeurd. Het gestelde risico op een overhedge in tijd of dat de renteswap speculatief zou worden heeft zich dus niet verwezenlijkt. Wat [eisers] de bank precies kwalijk neemt en wat het verband is tussen dat het betreffende verwijt en de gevorderde schade, is de rechtbank niet duidelijk geworden, zodat de rechtbank het punt verder onbesproken laat. Het deel van de vordering waarin [eisers] alle onder de renteswapovereenkomst betaalde rente na het einde van de van 2009 tot 2014 lopende leningsovereenkomst claimt, kan niet anders dan worden afgewezen.

#### *nieuwe financiering tegen andere voorwaarden*

- 4.15. Voor zover [eisers] zich op het standpunt stelt dat de bank een financiering had moeten verstrekken tot het einde van de looptijd van de renteswap tegen dezelfde rentelasten als de oorspronkelijke financiering van Wilhelminahof, althans zonder de opslagen te verhogen, geldt dat partijen een nieuwe financiering overeenkwamen waarbij de bank gehouden was aan de genoemde beperking van vijf jaar. [eisers] en de bank hebben onderhandeld over de tarieven en zijn tot overeenstemming gekomen. Een dergelijke onderhandeling heeft in 2014 bij de daaropvolgende financiering nogmaals plaatsgevonden. Dit kan op zichzelf geen schending van de zorgplicht, noch een toerekenbare tekortkoming opleveren.

#### *zorgplichtschending begin 2010*

- 4.16. Ter terechtzitting heeft [eisers] betoogd dat de bank begin 2010 haar zorgplicht jegens [eisers] heeft geschonden door geen gevolg te geven aan haar signalering dat er iets aan de overhedge gedaan zou moeten worden, terwijl uit de e-mails van 14 januari 2010 en 25 mei 2010 (zie 2.18 en 2.19) blijkt dat [eisers] aan de bank heeft gevraagd daar iets aan te doen. De bank had, aldus [eisers], moeten ingrijpen, wat het prijskaartje daarvan ook was. De rechtbank is van oordeel, zoals de bank ook terecht aanvoert, dat uit de e-mail van 25 mei 2010 juist blijkt dat de bank uitvoerig met [eisers] in gesprek is gebleven over de overhedge, haar van advies heeft voorzien en dat daaruit blijkt dat er bij [eisers] verregaande kennis en kunde was ten aanzien van de overhedge. [eisers] heeft onvoldoende gesteld wat de bank nog meer had moeten doen en waarom [eisers], indien de bank meer had gedaan, op dat moment wel zou hebben besloten tot (gedeeltelijke) afkoop van de renteswap. [eisers] was niet bereid het prijskaartje van een van de alternatieven, die hem zijn voorgelaten, te betalen.
- 4.17. Uit dit alles volgt dat niet is komen vast te staan dat de bank in 2008-2010 haar zorgplicht jegens [eisers] heeft geschonden, noch dat de bank op andere wijze toerekenbaar tekort is geschoten jegens [eisers], dan wel dat zij onrechtmatig heeft gehandeld.

#### *schending zorgplicht 2014?*

- 4.18. Ten aanzien van de verlenging van de financiering 2014 verwijt [eisers] de bank dat zij de opslag heeft verhoogd en dat zij [eiser 1] en [eiser sub 3] hoofdelijk in privé schuldenaar heeft gemaakt voor de renteswap. Nog daargelaten dat aan deze gestelde zorgplichtschending geen vordering lijkt te zijn gekoppeld, die lijkt namelijk te zijn gekoppeld aan de gestelde zorgplichtschending in 2008-2010, geldt dat er in 2014 een nieuwe financiering tot stand is gekomen die door beide partijen voor akkoord is getekend. Gesteld noch gebleken is dat de bank de opslag niet mocht verhogen en niet mocht verlangen dat Van de Bijl en [eiser sub 3] zich hoofdelijk aan de renteswap verbonden. Voor een zorgplichtschending in deze heeft [eisers] onvoldoende gesteld.

#### *conclusie primaire vordering*

- 4.19. Vorenstaande leidt tot de slotsom dat de primaire vordering zal worden afgewezen.

#### *Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB*

- 4.20. [eisers] vordert - na aanvulling van eis - subsidiair dat de bank de renteswap afwikkelt met toepassing van het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (hierna het UHK). Zij stelt zich op het standpunt dat de renteswap van [eisers] binnen het temporele bereik van het UHK valt, dat [eisers] als niet-professioneel en niet-deskundig kwalificeert en de bank derhalve gehouden is de renteswap onder het UHK af te wikkelen.
- 4.21. De bank voert primair aan dat deze eiswijziging in strijd is met de goede procesorde en buiten beschouwing gelaten dient te worden, nu de bank door de late indiening slechts twee weken voor de mondelinge behandeling, in haar verweermogelijkheden is geschaad. Subsidiair voert de bank het volgende aan. Het UHK is een uniform en openbaar richtsnoer voor een te volgen beleidslijn bij het aanbieden van schikkingen aan rentederivatenklanten die daarvoor in aanmerking komen. Hiermee is beoogd de rentederivatendiscussie op een vlotte, eenduidige en transparante wijze en zonder langlopende discussies en juridische procedures te beëindigen. De toepassing daarvan kan niet bij de civiele rechter worden afgedwongen. In plaats van rechterlijk toezicht op de uitvoering van het UHK is er voor gekozen dat het toezicht wordt uitgeoefend door onafhankelijke externe dossierbeoordelaars en de AFM. De bank heeft ook deze renteswap getoetst aan het UHK en geoordeeld dat die buiten het bereik van het UHK valt. Deze conclusie is vervolgens beoordeeld en goedgekeurd door de onafhankelijke externe beoordelaars. Aldus steeds de bank.
- 4.22. Ten aanzien van het primaire verweer overweegt de rechtbank als volgt. Zoals de bank terecht aanvoert heeft [eisers] haar eis in een laat stadium aangevuld en had de subsidiaire vordering ook al in de dagvaarding opgenomen kunnen worden. Desondanks is de bank in staat gebleken tijdens de mondelinge behandeling grondig verweer te voeren. Nu de eiswijziging daarnaast niet heeft geleid tot vertraging van de procedure, oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van strijd met de goede procesorde. De eiswijziging wordt dus – de rechtbank had op dat punt nog niet beslist – toegestaan.
- 4.23. De rechtbank komt dan bij het subsidiaire verweer. [eisers] heeft, mede in reactie op dit verweer, het volgende gesteld om zijn vordering te onderbouwen:
- het UHK heeft te gelden als een aanbod aan de markt onder de voorwaarde dat de klant voldoet aan de drie daarin genoemde criteria; een partij die meent aan de drie criteria te voldoen kan dus bij de rechter vorderen dat de bank het UHK toepast (zie hierna onder 4.24);
  - in paragraaf 2.1.3. van het UHK is bepaald dat cliënten die niet onder het UHK vallen er geen rechten aan kunnen ontlenuen, dus a contrario geldt dat cliënten die er wel onder vallen er wel rechten aan kunnen ontlenuen (zie hierna onder 4.25)
  - [eisers] mocht op grond van artikel 3:35 van het Burgerlijk Wetboek (BW) er op vertrouwen dat hem een aanbod zou worden gedaan; de banken hebben dat vertrouwen opgewekt door breeduit in de media te kennen te geven hun cliënten een aanbod te doen uit hoofde van het herstelkader (zie hierna onder 4.26); en
  - de bank heeft onrechtmatig gehandeld door geen uitvoering te geven aan het UHK (zie hierna onder 4.27).
- 4.24. Het is de rechtbank om te beginnen niet duidelijk wat [eisers] bedoelt met een “aanbod aan de markt” of een “collectief aanbod”. Voor zover [eisers] meent dat het feit dat de bank zich aan het UHK heeft geëngaat en publiekelijk heeft laten weten dit te zullen uitvoeren een aanbod aan hem inhoudt, verwijst de rechtbank naar wat zij hierna onder 4.26 overweegt. Voor zover [eisers] meent dat het UHK zelf een aanbod inhoudt aan klanten van de banken die zich daaraan geëngaat hebben, volgt de rechtbank hem niet. [eisers] heeft niet gesteld waar hij deze veronderstelling op baseert (anders dan de verwijzing naar paragraaf 2.1.3, zie daarover hierna onder 4.25). In het UHK wordt slechts gesproken over “aanbod” als een bank in een individuele zaak een klant een zogeheten “aanbod tot Herstel” doet. Het UHK verplicht banken ertoe hun dossiers door te nemen en alle klanten die volgens de bank en de externe dossierbeoordelaar aan de drie criteria voldoen een aanbod tot Herstel te doen. Het is vervolgens aan de klant om dat aanbod wel of niet te aanvaarden. Het initiatief tot handelen ligt geheel bij de banken. Alleen in geval van de zogeheten temporele opt-in (paragraaf 3.1.5) wordt er initiatief bij de klant gelegd, maar die uitzondering is hier niet relevant. [eisers] kan zich dus niet op een in het UHK vervat aanbod beroepen; dat is er niet. Het UHK biedt klanten geen ingang om hun bank om een aanbod te vragen en biedt klanten die geen aanbod van hun bank krijgen, omdat de bank en de externe dossierbeoordelaar van oordeel zijn dat ze niet kwalificeren, geen mogelijkheid daartegenop te komen.
- 4.25. Ook het beroep op paragraaf 2.1.3. van het UHK faalt. Dat partijen die niet onder het bereik van het UHK vallen daar geen rechten aan kunnen ontlenuen, heeft niet de strekking (en dat is wat [eisers] hier lijken te stellen) een ingang te creëren voor partijen die geen aanbod hebben gekregen maar, anders dan de bank en de externe dossierbeoordelaar, van mening zijn toch wel onder het UHK te vallen. Het ligt in de rede dat als de opstellers van het UHK – dat is opgesteld om in een grote hoeveelheid zaken te worden toegepast – zo’n ingang hadden willen creëren, zij dat expliciet hadden gedaan.
- 4.26. [eisers] wordt niet concreet waar hij stelt dat de banken in de media hebben laten weten hun klanten een aanbod te zullen doen uit hoofde van het UHK. Niettemin wil de rechtbank wel aannemen dat de bank – al is het maar omdat zij zich publiekelijk heeft geëngaat aan het UHK – dergelijke uitlatingen

heeft gedaan. Maar die uitlatingen zullen logischerwijs hebben gezien op klanten die in aanmerking kwamen voor een aanbod. Daarmee heeft de bank evident geen toezegging gedaan om het UHK toe te passen in dossiers van klanten die naar het oordeel van de bank en de externe beoordelaar *niet* aan de criteria voor toepassing van het UHK voldoen. Het beroep op art. 3:35 BW faalt dus. Voor zover [eisers] algemene uitlatingen van de bank over toepassing van het UHK heeft mogen opvatten als mede jegens hem gerichte verklaringen, heeft hij die niet mogen opvatten als verklaringen met de strekking dat de bank een aanbieding aan hem zou doen, zelfs als zij en de externe beoordelaar van oordeel waren dat hij er niet voor in aanmerking kwam.

- 4.27. De stelling ten slotte dat de bank onrechtmatig handelt door [eisers] geen aanbod te doen, ontbeert iedere onderbouwing met feiten, en faalt daarmee ook.
- 4.28. Geheel ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat de manier waarop [eisers] zijn beroep op het UHK insteekt, namelijk als subsidiaire vordering voor het geval de procedure waarin hij schadevergoeding eist geen resultaat oplevert, hoe dan ook niet kan. Klanten van een bank die – anders dan [eisers] – een aanbod tot Herstel onder het UHK krijgen, kunnen dat ofwel accepteren, ofwel weigeren; in dat laatste geval staat het ze vrij een civiele procedure te starten tegen hun bank. Een aanbod tot Herstel aanvaarden voor het geval een procedure waarin schadevergoeding wordt geëist nergens toe leidt, is geen optie; het is of het een, of het ander. Een andere visie zou tot een onaanvaardbare doorkruising van het UHK leiden. De rechtbank verwijst naar eerdere, onder ECLI:NL:RBAMS:2017:3681 en ECLI:NL:RBAMS:2017:3683 gepubliceerde uitspraken.
- 4.29. De rechtbank komt tot de conclusie dat ook de subsidiaire vordering moet worden afgewezen.
- 4.30. [eisers] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de bank worden begroot op:
  - griffierecht 4.030,00
  - salaris advocaat 7.712,00 (2 punten × tarief € 3.856,00)Totaal € 11.742,00

#### 5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt [eisers] in de proceskosten, aan de zijde van Abn Amro tot op heden begroot op € 11.742, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling
- 5.3. veroordeelt [eisers] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [eisers] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening
- 5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.A.J. Purcell, rechter, bijgestaan door mr. S.A.M. Groot, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 18 maart 2020.