

# ECLI:NL:GHAMS:2017:4946

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	28-11-2017
Datum publicatie	01-12-2017
Zaaknummer	200.172.843/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Financieel recht. Renteswap. Beroep op dwaling. Vervolg van ECLI:NL:GHAMS:2017:976. Artikel 1.1 Wft. Adviesrelatie. Geen handel voor eigen rekening. Het sluiten van de rentswap is het verlenen van een beleggingsdienst. Beroep op dwaling slaagt. Verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd. Zie ECLI:NL:GHAMS:2016:4022.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### **GERECHTSHOF AMSTERDAM**

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.172.843/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/546809 / HA ZA 13-805

### **arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 november 2017**

inzake

**1 EDRIE REKREATIE B.V.,**

**2. A.P.R. MANAGEMENT EN BELEGGINGEN B.V.**

beide gevestigd te Eersel,

appellanten,

advocaat: mr. J. Hagers te Amsterdam,

tegen:

**ABN AMRO BANK N.V.,**

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. F.R.H. van der Leeuw te Amsterdam.

## **1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna Edrie, APR (samen: Edrie c.s.) en ABN Amro genoemd.

In deze zaak is op 21 maart 2017 een tweede tussenarrest geweest. Voor het verloop van het geding tot aan die datum wordt verwezen naar dat tussenarrest. De zaak is bij dit tussenarrest aangehouden om partijen de gelegenheid te geven te beproeven of zij op basis van het 'Uniform herstellkader rentederivaten MKB' tot een minnelijke regeling kunnen komen.

Bij H16-formulier van 12 juli 2017 hebben Edrie c.s. bericht dat partijen niet tot een vergelijk zijn gekomen en is wederom arrest gevraagd.

## **2 De verdere beoordeling in hoger beroep**

- 2.1. Het hof heeft in het eerste tussenarrest van 4 oktober 2016 op grond van de wederzijds gestelde feiten en omstandigheden voorshands aangenomen dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap – het verlenen van een beleggingsdienst – binnen die rechtsverhouding moet worden beoordeeld. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover nader uit te laten.
- 2.2. Edrie neemt – kort gezegd – het standpunt in dat zij is geadviseerd door ABN Amro. Zij verwijst naar de daarvoor volgens haar relevante feiten en omstandigheden zoals die in de processtukken staan vermeld.
- 2.3. ABN Amro heeft allereerst verwezen naar de brochure OTC-derivatentransacties die aan Edrie is verstrekt. Daarin is het volgende vermeld:

“In het algemeen treedt ABN AMRO op als uw contractspartij. Bij de handel in derivaten heeft ABN AMRO dezelfde motieven als bij de handel in overige financiële producten. In dit kader kan ABN AMRO u informatie of commentaar geven. Gaat u er echter niet zonder meer van uit dat ABN Amro dan optreedt als uw adviseur. U dient te allen tijde zelfstandig de verschaft informatie te verifiëren, te evalueren en te interpreteren. Dit geldt voor de marktsituatie en marktontwikkelingen, maar ook voor uw juridische, fiscale, accounting- en kredietpositie.

U kunt er alleen dan van uitgaan dat ABN AMRO als uw adviseur optreedt als

1. ABN AMRO dit schriftelijk heeft bevestigd en

2 u ABN AMRO volledig en juist hebt ingelicht over uw financiële doelstellingen en de omvang, aard en financiële conditie van uw onderneming.”

- 2.4. Volgens ABN Amro brengt dit mee dat, wil sprake zijn van een adviesrelatie, daarvoor is vereist dat ABN Amro schriftelijk heeft bevestigd dat zij optreedt als adviseur. Nu die bevestiging ontbreekt, heeft ABN Amro geen adviserende rol gespeeld in de juridische zin van het woord.
- 2.5. Dit standpunt wordt verworpen. Aan de desbetreffende passage in de brochure ligt een onjuist uitgangspunt ten grondslag, namelijk dat ABN Amro zelf door het al of niet sturen van een bevestiging zou kunnen bepalen hoe de rechtsverhouding civielrechtelijk moet worden gekwalificeerd. De wijze waarop de rechtsverhouding tussen partijen is vormgegeven en feitelijk is ingevuld, is uitgangspunt voor de juridische kwalificatie van het optreden van ABN Amro.
- 2.6. ABN Amro betoogt verder dat zij niet heeft geadviseerd. Zij is bij het sluiten van de renteswap (slechts) als wederpartij van Edrie opgetreden. Zij heeft geen beleggingsdienst verleend. Tevens voert ABN Amro aan dat het aanbieden van een renteswap niet zonder meer kwalificeert als een beleggingsdienst. Dat is alleen het geval als Edrie de renteswap is aangegaan als belegging en dus als belegger heeft gesloten. Volgens ABN Amro dient het enkele aangaan van een renteswap ter afdekking van een renterisico niet als een belegging te worden aangemerkt, zodat zij daarom reeds geen beleggingsdienst heeft verleend.
- 2.7. Ten aanzien van het toezichtrechtelijke kader wordt het volgende overwogen. Een renteswap dient te worden aangemerkt als een financieel instrument (zoals ten tijde van het aangaan van de renteswap was gedefinieerd in artikel 1.1 Wft onder 'financieel instrument', sub f, thans in sub d van deze definitie). Het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële instrumenten aan een cliënt dient als 'adviseren' te worden aangemerkt (artikel 1.1 Wft onder 'adviseren'). Het voor rekening van cliënten uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten is het verrichten van een beleggingsdienst (artikel 1.1 Wft onder 'verlenen van een beleggingsdienst' sub b). Met de implementatie van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten (PB L 145, p. 1) (MiFID) in de Wft, wordt het adviseren over financiële instrumenten tevens aangemerkt als het verlenen van een beleggingsdienst (artikel 1.1 Wft onder 'verlenen van een beleggingsdienst' sub d). Binnen de systematiek van de Wft dient Edrie niet als een professionele belegger te worden aangemerkt.
- 2.8. In het tussenarrest van 4 oktober 2010 is overwogen dat tussen partijen vaststaat dat zij een kredietrelatie hadden. Edrie was sinds de jaren '90 cliënt van ABN Amro. Het initiatief tot het aangaan van de renteswap kwam geheel van ABN Amro. Zij heeft Edrie uitgenodigd voor een voorlichtingsbijeenkomst. Het was een bijeenkomst die speciaal voor Edrie was belegd. Namens ABN Amro waren haar medewerkers [X], Senior Relatiemanager Bedrijven Eindhoven, en [Y], Treasury-adviseur, aanwezig. Volgens Edrie is van de kant van ABN Amro gezegd dat Edrie met haar financiering bij ABN Amro veel te veel renterisico's zou lopen en dat ABN Amro daarvoor dé oplossing had (inleidende dagvaarding onder 19). ABN Amro heeft dat niet voldoende gemotiveerd weersproken. [X] heeft tijdens de comparitie in eerste aanleg verklaard dat hij in verband met een in 2006 aan Edrie verstrekte kredietofferte met [A] van Edrie heeft gesproken over het renterisico en dat ook is gesproken over renteswaps en rentecaps. Volgens ABN Amro (memorie van antwoord onder 32) is bij het verstrekken van de financiering in 2007 niet de voorwaarde gesteld dat het renterisico moest worden afgedekt. Het afdekken van het renterisico was volgens [X] in dit geval wel verstandig. Na de bijeenkomst is telefonisch contact geweest tussen [Y] en Edrie, waarna de renteswap is gesloten. Partijen hebben met de renteswap beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het op het krediet toepasselijke

eenmaands Euribortarief. Zonder de kredietovereenkomst en de bestaande kredietrelatie zou de renteswap niet zijn gesloten.

2.9. Onder de genoemde omstandigheden mocht Edrie in beginsel gerechtvaardigd ervan uitgaan dat bij het sluiten van de renteswap haar belangen werden behartigd door ABN Amro. De renteswap is gesloten in het kader van de bestaande kredietrelatie, in samenhang met een verstrekte financiering en is gepresenteerd door ABN Amro als zijnde in het belang van Edrie als cliënt en niet als voorwaarde voor de financiering. Edrie mocht aldus ervan uitgaan dat ABN Amro jegens haar optrad als dienstverlener en niet enkel als haar tegenpartij. De wijze waarop ABN Amro is opgetreden kan redelijkerwijs niet als enkel handel voor eigen rekening worden gekwalificeerd. Gelet op de aard van de verleende dienst, het aan Edrie aanbevelen van een specifiek financieel instrument – een renteswap – die voor haar geschikt is ter afdekking van haar renterisico, gaat het om een op de omstandigheden van de persoon van de cliënt toegespitste aanbeveling, zodat Edrie door ABN Amro is geadviseerd.

Door als dienstverlener te handelen is ABN Amro als beleggingsonderneming in ieder geval (ook) voor rekening van Edrie als haar cliënt opgetreden en dient te worden gesproken van het uitvoeren van orders met betrekking tot een financieel instrument voor rekening van een cliënt. ABN Amro heeft met het sluiten van de renteswap aldus een beleggingsdienst verleend. De stelling van ABN Amro dat een cliënt met het enkele aangaan van een renteswap ter afdekking van een renterisico niet als een belegger optreedt, is derhalve onjuist.

2.10. Edrie stelt dat zij heeft gedwaald omtrent de eigenschappen en risico's die zijn verbonden aan de renteswap. Dit betreft met name de gevolgen die intreden in geval van een tussentijdse beëindiging van de renteswap, namelijk dat dan een negatieve marktwaarde voor haar rekening komt als het variabele Euribortarief lager is dan de swaprente. Edrie stelt dat ABN Amro haar daarover onvoldoende heeft geïnformeerd en haar voor de gevolgen daarvan onvoldoende indringend heeft gewaarschuwd. ABN Amro betwist dat.

2.11. Op grond van artikel 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar, indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. ABN Amro diende aldus die inlichtingen te verschaffen, die zij, gelet op de aard van de rechtsverhouding met Edrie en van de te sluiten overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat Edrie omtrent die essentiële eigenschappen van de overeenkomst in dwaling zou kunnen komen. Anderzijds mag van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt. Edrie had dan ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat zij – binnen redelijke grenzen, mede afhankelijk van de rechtsrelatie met ABN Amro – was gehouden te voorkomen dat zij op basis van een onjuiste voorstelling van zaken de renteswap zou sluiten.

2.12. Op ABN Amro rustte in het kader van haar advisering een op artikel 7:401 BW gebaseerde zorgplicht. Deze kon meebrengen dat ABN Amro als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden Edrie uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's. Bij de beantwoording van de vraag of deze waarschuwingsplicht in het concrete geval daadwerkelijk bestaat, en zo ja, hoever deze strekt, dienen alle ter zake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren onder andere de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.

2.13. ABN Amro diende in het onderhavige geval – om aan de zojuist genoemde op haar rustende zorgplicht als adviseur te kunnen voldoen – de informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij diende onderzoek te doen naar de financiële positie, mede met

het oog op de extra (margin)verplichtingen die een renteswap kan meebrengen, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van Edrie. Niet is gesteld of gebleken dat ABN Amro een dergelijk onderzoek heeft gedaan (zij meende immers dat geen adviesrelatie bestond) om op basis van de uitkomst daarvan te kunnen beoordelen of een renteswap voor Edrie geschikt was. Niet is gesteld of gebleken dat Edrie kennis had van en ervaring had met een product als het onderhavige. Aangenomen moet daarom worden dat Edrie ter zake als ondeskundig en onervaren moet worden aangemerkt. Ten aanzien van het geadviseerde product geldt dat een renteswap in combinatie met langlopende leningen met een variabele rente een complex samenstel is van producten waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Een renteswap is een financieel instrument dat niet op de reguliere beurs wordt aangeboden of verhandeld en waarvan Edrie als niet-professionele partij niet geacht kan worden de kenmerken en risico's te kennen en te overzien. Het gaat om een derivatentransactie waarbij in geval van tussentijdse beëindiging een negatieve waarde kan ontstaan die voor rekening en risico komt van de cliënt.

2.14. Het voorgaande in aanmerking nemende en gezien de adviesrelatie tussen partijen rustte op ABN Amro voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting Edrie in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Zij kon niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. Op verschillende plaatsen in de overgelegde documentatie wordt in algemene termen gewezen op het feit dat een derivatentransactie is gerelateerd aan een bepaalde onderliggende waarde. Die waarde van de renteswap is afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. de koers van die onderliggende waarde. Verder wordt erop gewezen dat bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap aan de cliënt in voorkomende gevallen een negatieve waarde in rekening wordt gebracht. Op basis van die informatie alleen is echter niet voldaan aan verplichting om Edrie in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van een renteswap en dan met name de risico's die zijn verbonden aan een tussentijdse beëindiging daarvan. In de verstrekte informatie wordt immers niet uitgelegd wat in het geval van Edrie de 'onderliggende waarde' is en hoe en onder welke omstandigheden de 'prijs c.q. koers' daarvan kan fluctueren en wat een 'unwinding' precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico Edrie loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor Edrie kon op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben.

2.15. Op grond van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat ABN Amro met de schriftelijke informatie die zij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Weliswaar rustte op Edrie ook een verplichting om de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, zo de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan ABN Amro om opheldering te vragen. Edrie mocht echter, in aanmerking genomen de rol van ABN Amro als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat ABN Amro haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat ABN Amro als adviseur haar belang voor ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van Edrie ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld. Daarbij wordt verder in aanmerking genomen dat Edrie zich tot ABN Amro had gewend in het kader van de kredietverstrekking. Zij hoefde er in beginsel niet op bedacht te zijn dat ABN Amro haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienstverlener. ABN Amro heeft nog gesteld dat Edrie werd bijgestaan door een accountant en dat dit relevant is bij de beantwoording van de vraag of een eventuele dwaling voor rekening dient te komen van Edrie, maar ABN Amro heeft niet concreet toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot

het onderhavige product en ook niet dat en waarom de kennis van de accountant in de gegeven omstandigheden kan worden tegengeworpen aan Edrie.

2.16. ABN Amro stelt dat zij Edrie mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap en heeft van die stelling bewijs aangeboden (memorie van grieven onder 33):

“De Bank heeft tijdens het gesprek op 20 september 2006 de hiervoor (onder randnummer 9 en verder) beschreven eigenschappen van de renteswap uitgelegd. [X] kan dat verklaren; de Bank biedt bewijs aan van haar stellingen middels het horen van [X] als getuige.”

2.17. Het hof is van oordeel dat ABN Amro de stelling van Edrie, inhoudende dat ABN Amro niet heeft voldaan aan de verplichting om Edrie in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie waren verbonden, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Het enkele hiervoor aangehaalde verweer van ABN Amro dat de in de memorie van grieven beschreven eigenschappen van de renteswap zijn uitgelegd, volstaat daartoe in de gegeven omstandigheden niet. Met name is van belang dat ABN Amro niet gemotiveerd duidelijk maakt dat en hoe zij Edrie in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft *gewaarschuwd* voor de aan te derivatentransactie verbonden risico's. Bij gebreke daarvan moet ervan worden uitgegaan dat ABN Amro die waarschuwing niet heeft gegeven en wordt aan bewijslevering niet toegekomen.

2.18. Het voorgaande betekent dat Edrie heeft gedwaald. Ten aanzien van het causaal verband heeft Edrie zich op het standpunt gesteld dat als zij door ABN Amro juist en volledig was geïnformeerd, zij geen renteswap zou hebben gesloten. Haar standpunt houdt kort gezegd het volgende in (memorie van grieven onder 68): ABN Amro had Edrie juist en volledig moeten informeren over het geadviseerde product en had voldoende indringend op de risico's daarvan moeten wijzen. Nu dat niet is gebeurd, is sprake van een wilsgebrek en kan de overeenkomst worden vernietigd. Edrie kan een vordering uit onverschuldigde betaling geldend maken. Edrie stelt dat als zij voorafgaand aan het aangaan van de nieuwe financiering deugdelijk was voorgelicht, zij de keuze had uit de volgende alternatieven (memorie van grieven onder 117-118):

“(a) de risicovolle derivaten, (b) een rentecap (c) een vastrentecomponent, (d) een variabele rente, maar ook (e) afzien van de investering en simpelweg géén krediet. Als de Bank deze opties had toegelicht, met alle daarbij horende voor- en nadelen, dan had Edrie op gedegen informatie een eigen afweging kunnen maken, althans had de Bank passend kunnen én moeten adviseren. De Bank heeft dat evenwel niet gedaan en heeft een rentederivaat opgedrongen, omdat Edrie “*renterisico's*” zou lopen, dit met alle schade van dien. Daarmee heeft de Bank de keuze aan Eisers ontnomen, met name ook de keuze om van de investering af te zien omdat deze te duur of te risicovol is, c.q. zou kunnen zijn.”

Verder verwijst Edrie naar het door haar overgelegde rapport (productie 1 bij memorie van grieven) van een door haar ingeschakelde deskundige van Zeta Corporate Finance, die van oordeel is dat ABN Amro de renteswap had moeten ontraden en de mogelijke alternatieven, zoals niets doen, een rentecap of een swapstion aan Edrie had moeten presenteren.

2.19. De vordering van Edrie is uit verschillende onderdelen opgebouwd. Zij vordert uit onverschuldigde betaling de bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan (€ 63.720,54), vermeerderd met de negatieve marktwaarde van € 168.900,00 die Edrie aan ABN Amro heeft betaald. Verder vordert Edrie dat ABN Amro wordt veroordeeld een bedrag van € 46.242,00 te betalen ter zake van de verborgen marge die Edrie aan ABN Amro zou hebben betaald. Deze bedragen zijn ontleend aan het door Edrie overgelegde deskundigenrapport. Als bijlage V bij dit rapport is een berekening gevoegd van de beëindigingsvergoeding die Edrie verschuldigd zou zijn geweest als zij een rentevaste lening met een rente van 5% had gesloten in plaats van lening met een variabele rente in combinatie met de renteswap.

- 2.20. Voor het hof is niet aanstonds duidelijk wat Edrie in haar vordering bedoeld met “de bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan”. Uit de verwijzing van de Edrie naar de door de deskundige berekende beëindigingsvergoeding bij een 5% rentevast-lening, in combinatie met de vordering tot betaling van hetgeen het vaste rentepercentage te boven gaat, zou kunnen worden geconcludeerd dat Edrie het standpunt inneemt dat zij in de fictieve situatie waarin ABN Amro haar mededelingsplicht wel was nagekomen een 5% rentevast-lening had gesloten. Haar vordering uit onverschuldigde betaling belooft daarvan uitgaande het verschil tussen hetgeen zij daadwerkelijk aan ABN Amro heeft betaald en de betalingen onder een 5% rentevast-lening. ABN Amro leest de vordering van Edrie ook op deze wijze. Uit de hiervoor aangehaalde stellingen (en ook uit andere passages in de processtukken van Edrie) blijkt echter dat Edrie uitdrukkelijk het standpunt inneemt dat zij geen 5% rentevast-lening zou hebben gesloten in de bedoelde fictieve situatie. Dat was slechts één van de mogelijke alternatieven.
- 2.21. ABN Amro gaat er (eveneens) uitdrukkelijk vanuit dat Edrie geen 5% rentevast-lening zou hebben gesloten in de bedoelde fictieve situatie. Dat was volgens haar niet mogelijk, omdat het tarief (inclusief opslag) voor Edrie voor een rentevast-lening van 10 jaar toentertijd 6,6% was. Het standpunt van ABN Amro is dat Edrie geen reële alternatieven had voor een renteswap en Edrie in de genoemde fictieve situatie eveneens voor een renteswap had gekozen.
- 2.22. Het hof is van oordeel dat dit standpunt van ABN Amro niet kan worden gevolgd. ABN Amro heeft Edrie ter afdekking van het renterisico een renteswap geadviseerd. Edrie was op dat moment al een krediet aangegaan waarop het eenmaands Euribortarief van toepassing was. Volgens ABN Amro was Edrie op grond van de kredietvoorwaarden niet gehouden het renterisico geheel of gedeeltelijk af te dekken. ABN Amro neemt ook feitelijk het standpunt in dat Edrie het renterisico slechts wenste af te dekken uit oogpunt van risicobeheersing (zie het schema in de memorie van antwoord onder 66). ABN Amro heeft in het kader van haar advisering verzuimd het vereiste onderzoek te doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van Edrie. Evenmin heeft ABN Amro Edrie juist en volledig geïnformeerd over de kenmerken en risico's van de renteswap. In het licht daarvan is de enkele stelling van ABN Amro dat Edrie ook in de fictieve situatie waarin ABN Amro haar verplichtingen correct was nagekomen een renteswap had gesloten onvoldoende gemotiveerd. Het hof acht voldoende aannemelijk geworden dat als Edrie in de gegeven omstandigheden afdoende over de risico's en kosten van de renteswap was geïnformeerd, zij geen renteswap had gesloten. Daarmee slaagt het beroep van Edrie op dwaling.
- 2.23. De conclusie van hetgeen hiervoor is overwogen is dat Edrie de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd. Het hof komt daarmee tot een ander oordeel dan de rechtbank. De subsidiair onder A gevorderde verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd, is toewijsbaar. De datum waarop de buitengerechtelijke vernietiging heeft plaatsgevonden (13 november 2002) is niet door ABN Amro bestreden, zodat daarvan zal worden uitgegaan.
- 2.24. Aan de vernietiging van de renteswapovereenkomst komt terugwerkende kracht toe. De vernietiging leidt ertoe dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd. Dit betekent dat Edrie uit onverschuldigde betaling gerechtigd is tot hetgeen zij per saldo onder de renteswapovereenkomst heeft betaald, bestaande uit de swaprente en het bedrag dat ter zake van de negatieve waarde is betaald, verminderd met de van ABN Amro ontvangen Euriborrente. De concrete bedragen die Edrie in dit geding vordert, sluiten hierop niet geheel aan. Het gevorderde bedrag ter zake van de negatieve waarde zal worden toegewezen. Daarnaast vordert Edrie een bedrag van € 46.242,00 wegens een haar in rekening gebrachte ‘verborgen marge’. ABN Amro erkent dat een deel van de door haar in rekening gebrachte swaprente bestaat uit een marge en zij is niet concreet ingegaan op het door Edrie gevorderde bedrag, zodat het genoemde bedrag toewijsbaar is. Hiervoor is al overwogen dat – mede gelet op het verweer van ABN Amro – onduidelijk is waarop op de door Edrie gevorderde “bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan” betrekking hebben, zodat het in dat verband gevorderde bedrag van € 63.720,54

moet worden afgewezen.

- 2.25. Gezien de concrete bedragen die Edrie in dit geding vordert en de in hoger beroep geldende twee-conclusieregel, ziet het hof geen ruimte om Edrie in de gelegenheid te stellen haar vorderingen nader te specificeren en in verband daarmee haar eis te wijzigen. Een bedrag aan swaprente, verminderd met de van ABN Amro ontvangen Euriborrente, dat het bedrag van € 46.242,00 te boven gaat en waarop Edrie uit onverschuldigde betaling aanspraak kan maken, zal daarom door partijen buiten rechte of desnoods in een nieuwe procedure moeten worden vastgesteld.
- 2.26. Edrie vordert verder primair wettelijke handelsrente over de verschuldigde bedragen. De verschuldigdheid daarvan en de ingangsdatum (21 februari 2012) zijn door ABN Amro niet bestreden, zodat de gevorderde rente zal worden toegewezen.
- 2.27. Grief 12 heeft betrekking op de vordering van Erie c.s. ten aanzien van de terugbetaling van de risicofee. Edrie had in 2010 in het kader van de verhoging van het krediet aan ABN Amro een risicofee betaald van € 25.000,00. Op 9 september 2011 zijn Edrie en ABN Amro overeengekomen dat ABN Amro dit bedrag zou storneren als het krediet vóór of uiterlijk 1 januari 2012 zou zijn afgelost na de verkoop van de activa. Op 2 januari 2012 heeft Edrie met een koper een overeenkomst tot verkoop van de activa gesloten. Uiteindelijk heeft het notarieel transport plaatsgevonden op 17 februari 2012, waarna het krediet is afgelost. ABN Amro was niet bereid de risicofee te storneren. De rechtbank heeft de vordering van Edrie c.s. ter zake van deze € 25.000,00 afgewezen.
- 2.28. Het hof komt niet tot een andere afweging dan de rechtbank. Edrie c.s. wisten in september 2011 dat de risicofee zou worden gestorneerd als uiterlijk op 1 januari 2012 het krediet zou zijn afgelost. Het was dan ook aan hen ervoor te zorgen dat zij die datum zouden halen. Het krediet is echter pas op 17 februari 2012 afgelost. Ook als ervan wordt uitgegaan dat ABN Amro aan Edrie c.s. te kennen heeft gegeven dat zij de risicofee zou storneren als Edrie en de koper de koopovereenkomst 'op of omstreeks 1 januari 2012' zouden tekenen en er 'vervolgens op korte termijn' zou worden geleverd, maakt dat geen verschil. Mede in aanmerking genomen de duur van de in september 2011 overeengekomen termijn tot uiterlijk 1 januari 2012, kan een levering op 17 februari 2012 redelijkerwijs niet worden beschouwd als een levering op korte termijn na 1 januari 2012. Edrie c.s. gaan ook zelf ervan uit (zie de inleidende dagvaarding onder 111) dat ABN Amro een 'kleine termijnoverschrijding' niet bezwaarlijk zou vinden. Een overschrijding van meer dan een maand is onder de omstandigheden zoals hiervoor vastgesteld geen kleine termijnoverschrijding.
- 2.29. In de memorie van grieven (onder 195 en 196) wordt gesteld dat het notarieel transport eerder dan 17 februari 2012 had kunnen plaatsvinden, maar dat dat weinig nut had, omdat ABN Amro op 2 januari 2012 al had laten weten, in weerwil van eerdere uitlatingen, dat Edrie te laat was omdat '2 januari nu eenmaal geen 1 januari is', zodat het voor Edrie toen geen zin meer had om het transport op zeer korte termijn te regelen. ABN Amro heeft dit betwist. Zij stelt dat op 2 januari 2012 geen bericht met een dergelijke strekking te hebben overgebracht aan Edrie c.s.
- 2.30. Het hof overweegt dat Edrie c.s. niet concreet stellen door wie en op welke wijze namens ABN Amro de door hen bedoelde mededeling is gedaan. Zij verwijzen slechts naar eigen correspondentie van latere datum. Dat op 2 januari 2012 de door hen gestelde mededeling is gedaan, is betwist, zodat van de juistheid van deze stelling niet kan worden uitgegaan. Edrie c.s. hebben ter zake geen (gespecificeerd) bewijsaanbod gedaan. Voor bewijslevering is geen plaats. Los daarvan geldt dat de rechtbank – in hoger beroep onweersproken – in aanmerking heeft genomen dat als Edrie voorzag dat zij door omstandigheden (de notaris van de koper was niet beschikbaar) de overeengekomen datum niet zou gaan halen, zij met ABN Amro nadere afspraken had moeten maken over de inlosdatum. Dat heeft zij niet gedaan. ABN Amro heeft onweersproken gesteld (conclusie van antwoord onder 69) dat zij ervan mocht uitgaan dat de overeengekomen



termijn tot 1 januari 2012 redelijk was. Edrie c.s. hadden zelf toegezegd vóór deze datum de koop rond te hebben. ABN Amro mocht ervan uitgaan dat zij zich aan de overeengekomen termijn, die uit coulance was gegeven, zouden houden. Voorafgaand aan het verstrijken van de termijn hebben Edrie c.s. geen contact met ABN Amro opgenomen. Onder deze omstandigheden is het hof met de rechtbank van oordeel dat Edrie c.s. niet achteraf aan ABN Amro kunnen tegenwerpen dat zij hen geen verder uitstel heeft willen toestaan en hen aan de overeengekomen datum wenste te houden. Grief 12 faalt daarmee.

2.31. De slotsom is dat de vorderingen van Edrie deels worden toegewezen zoals hierna zal worden vermeld. De vordering van APR is terecht afgewezen. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal ABN Amro worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties. De restitutievordering van Edrie c.s. is onbestreden gebleven, zodat deze zal worden toegewezen.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de tussen Edrie en ABN Amro gesloten renteswapovereenkomst van 20 juni 2007 bij brief van 13 november 2012 rechtsgeldig is vernietigd;

veroordeelt ABN Amro € 168.900,00 aan Edrie te betalen vanwege de in rekening gebrachte negatieve marktwaarde, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW te rekenen vanaf 21 februari 2012 tot aan de dag van algehele betaling;

veroordeelt ABN Amro € 46.242,00 aan Edrie te betalen vanwege de in rekening gebrachte marge, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW te rekenen vanaf 21 februari 2012 tot aan de dag van algehele betaling;

veroordeelt ABN Amro in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Edrie c.s. begroot op € 3.791,71 aan verschotten en € 8.000,00 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 5.237,84 aan verschotten en € 6.526,00 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van dit arrest;

veroordeelt ABN Amro tot terugbetaling van hetgeen Edrie c.s. ter uitvoering van het geding in eerste aanleg aan ABN Amro hebben betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van algehele terugbetaling;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W. Hoekzema, M.P. van Achterberg en S.B. van Baalen en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 november 2017.