

ECLI:NL:GHARL:2018:9110

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	16-10-2018
Datum publicatie	05-11-2018
Zaaknummer	200.204.729
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBMNE:2016:2662, Bekrchtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	De renteswaps zijn afgesloten als onderdeel van een constructie om fluctuaties in de variabele financieringsrente op te vangen en zekerheid te verkrijgen over de langdurig te betalen rente. Moorland heeft onvoldoende onderbouwd dat bij het aangaan van de renteswapovereenkomst de (toekomstige) stand van Euribor en de manier waarop deze zou worden vastgesteld relevant waren. De onvoorziene omstandigheden rechtvaardigen geen beroep op ontbinding.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.204.729
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 390824)

arrest van 16 oktober 2018

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[naam] Investments B.V.,
gevestigd te [plaatsnaam] ,
appellante,

in eerste aanleg: eiseres,
hierna: [naam] ,
advocaat: mr. M.P. Huizingh,

tegen:

de naamloze vennootschap
De Volksbank (voorheen genaamd SNS Bank N.V.),
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: SNS,
advocaat: mr. K. Heemrood-van Dijk.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

- 1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 13 februari 2018 hier over.
- 1.2 Het verdere verloop blijkt uit de meervoudige comparitie van partijen die op 26 september 2018 heeft plaatsgehad (waarvan de griffier aantekeningen heeft bijgehouden).

2 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.20 van het bestreden vonnis (gepubliceerd onder ECLI:NL:RBMNE:2016:2662).

3 De motivering van de beslissing in hoger beroep

- 3.1 Het gaat in deze zaak kort gezegd over het volgende. [naam] heeft twee renteswapovereenkomsten gesloten met SNS (op 15 mei 2007 en 19 augustus 2008) op grond waarvan [naam] een vaste rente betaalt aan SNS van 4,52% respectievelijk 4,37% en SNS aan [naam] een variabele rente betaalt van (telkens) 1-maands Euribor. Die renteswaps hingen samen met leningsovereenkomsten die [naam] heeft gesloten met SNS Property Finance B.V. (destijds een dochtervennootschap van SNS en hierna te noemen: Property Finance), ter financiering van bedrijfspanden in Almere respectievelijk Haaksbergen (hierna ook lening I en lening II of gezamenlijk 'de geldleningen'). De geleende hoofdsommen bedroegen € 6.240.000 respectievelijk € 2,8 miljoen en de door [naam] aan Property Finance verschuldigde rente bedroeg 1-maands Euribor met een opslag van 0,9% respectievelijk 1-maands Euribor met een opslag van 1,1% (hierna ook wel: de vaste opslag of bankopslag). Property Finance heeft met ingang van 1 augustus 2008 liquiditeitsopslagen (oplopend tot 0,5%) in rekening gebracht aan [naam] en heeft gedurende de looptijd van de geldleningen ook de bankopslag verhoogd (met maximaal 2,1% wat

betreft lening I en maximaal 1,9% wat betreft lening II, zie productie 19 bij inleidende dagvaarding). Die opslagen hingen samen met hogere fundingskosten voor Property Finance, verband houdende met het feit dat Property Finance een zogenoemde "bad bank" betrof en met de het feit dat de Europese Centrale Bank (ECB) met ingang van 15 oktober 2008 (na de val van Lehman Brothers op 15 september 2008) heeft ingegrepen in de financiële markten. De interventie van de ECB heeft er mede toe geleid dat Euribor na een piek van bijna 5% begin oktober 2008, tot onder de 2% is gedaald en gebleven en op enig moment zelfs onder nul is uitgekomen (terwijl Euribor sinds haar introductie in 1999 altijd boven de 2% had gelegen).

- 3.2 In eerste aanleg heeft [naam] primair een beroep op vernietiging van de renteswapovereenkomsten wegens dwaling gedaan en subsidiair schadevergoeding gevorderd wegens schending door SNS van haar (bijzondere) zorgplicht. Aan beide vorderingen legde [naam] kort gezegd ten grondslag dat SNS haar ten onrechte niet had geïnformeerd over het risico dat verhogingen van de renteopslag onder de leningsovereenkomsten niet onder de swaps zouden worden vergoed. De rechtbank heeft het door SNS gedane beroep op verjaring gehonoreerd en de vorderingen van [naam] afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank wist [naam] uiterlijk begin september 2008 dat een eventuele verhoging van de opslag door Property Finance niet werd gedekt door de renteswaps, is de verjaringstermijn op dat moment gaan lopen en zijn er geen stuitingshandelingen verricht. De rechtsvordering tot vernietiging is daarom begin september 2011 verjaard en die tot schadevergoeding begin september 2013, aldus de rechtbank.
- 3.3 In hoger beroep stelt [naam] zich niet langer op het standpunt dat zij niet op de hoogte was van het feit dat renteopslag niet onder de renteswaps zou worden vergoed. [naam] wijzigt in hoger beroep de grondslag van haar vorderingen in die zin dat zij zich thans (enkel) op het standpunt stelt dat – samengevat weergegeven – i) Euribor als marktgraadmeter is opgehouden te bestaan, ii) het systeem van totstandkoming van Euribor manipuleerbaar is, en iii) de koers van Euribor daadwerkelijk door de panelbanken is gemanipuleerd. [naam] stelt dat zij hiervan eerst recentelijk op de hoogte is gekomen. Voormelde punten rechtvaardigen volgens [naam] primair een beroep op dwaling (althans bedrog) dan wel subsidiair op ontbinding van de overeenkomst met terugwerkende kracht wegens onvoorziene omstandigheden, terwijl daaruit voorts voortvloeit dat SNS haar zorgplicht heeft geschonden. Naast een verklaring van recht vordert [naam] SNS te veroordelen tot terugbetaling van alle onder de renteswapovereenkomsten betaalde bedragen (in totaal tot april 2015 een bedrag van € 1.620.099,91), vermeerderd met de wettelijke handelsrente, tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, vergoeding van buitengerechtigde incassokosten en een proceskostenvergoeding van beide instanties.
- 3.4 SNS voert als primair verweer aan dat [naam] beroep op dwaling, bedrog en schadevergoeding wegens schending van de (contractuele) zorgplicht is verjaard. Zij wijst er daartoe op dat de termijnen zijn gaan lopen vanaf oktober 2008, dat [naam] bij e-mail van 20 december 2013 gewag heeft gemaakt van de ECB interventie en de Euribor manipulatie en vervolgens pas bij memorie van grieven van 14 februari 2017 deze grondslag als inkleuring voor haar beroep op dwaling (c.q. bedrog) naar voren heeft gebracht.
- 3.5 Het hof stelt voorop dat ingeval een eiser in de loop van het geding zijn eis vermeerdert en de verweerder zich tegen de aldus bij wege van vermeerdere van eis ingestelde vordering beroept op verjaring, het tijdstip waarnaar moet worden beoordeeld of dit verweer doel treft, daarvan af hangt of de aldus ingestelde vordering al dan niet moet worden aangemerkt als een nieuwe rechtsvordering. Indien sprake is van een nieuwe rechtsvordering is voor de vraag of zij tijdig is ingesteld, het tijdstip van de eisvermeerdere beslissend; indien geen sprake is van een nieuwe rechtsvordering is het tijdstip van de rechtsingang doorslaggevend. Van een nieuwe vordering is geen sprake indien de bij wege van vermeerdere van eis ingestelde vordering berust op dezelfde juridische en feitelijke grondslag als waarmee het geding was ingeleid (zie onder meer HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7021).
- 3.6 Duidelijk is dat bij memorie van grieven een geheel nieuwe grondslag voor de vorderingen van

[naam] is aangevoerd. Voor de vraag of het beroep op verjaring slaagt, moet dus worden bezien of de vorderingen op 14 februari 2017 waren verjaard.

- 3.7 [naam] heeft in dit verband ter comparitie in hoger beroep gesteld dat zij eind 2013 nog onvoldoende duidelijkheid had omtrent de systeemwijziging en de manipuleerbaarheid/manipulatie van Euribor, doch dat wordt weersproken door de inhoud van de (als productie 22 bij inleidende dagvaarding overgelegde) e-mail van 20 december 2013 van [naam] aan SNS. Daarin zijn onder meer de volgende stellingen opgenomen (en uitgebreid uitgewerkt): "Een en ander wordt veroorzaakt door de marktomstandigheid dat Euribor geen benchmarktarief meer is voor banken. Deze marktomstandigheid is er echter een die gecreëerd wordt door alternatieve monetaire strategieën van de ECB en andere centrale banken. (...) Dat Euribor gemanipuleerd is en werd gedurende een langere periode is bewezen." Naar het oordeel van het hof volgt uit voormelde e-mail dat [naam] op dat moment in staat was een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen, zodat de verjaringstermijn in ieder geval eind 2013 is gaan lopen. Nu niet is gesteld of gebleken dat [naam] nadien stuitingshandelingen heeft verricht, was de rechtsvordering tot vernietiging (op grond van dwaling dan wel bedrog) ten tijde van het nemen van de memorie van grieven op 14 februari 2017 ingevolge de in artikel 3:52 lid 1 sub c BW genoemde verjaringstermijn van drie jaar, reeds verjaard.
- 3.8 Voor de vordering tot schadevergoeding wegens schending van de zorgplicht geldt een verjaringstermijn van vijf jaar (artikel 3:310 lid 1 BW). De e-mail van 20 december 2013, met daarin een verwijzing naar de zorgplicht van SNS en een verzoek om een gesprek om de ontstane situatie op te lossen, kan naar het oordeel van het hof als een stuitingshandeling worden beschouwd (het hof begrijpt uit de stellingen van SNS dat zij die e-mail ook als zodanig ziet). Nu SNS onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat [naam] eind 2008 er al van op de hoogte was dat Euribor als marktgraadmeter is opgehouden te bestaan, manipuleerbaar is en daadwerkelijk is gemanipuleerd, verwerpt het hof het verjaringsverweer op dit punt.
- Wat betreft de gevorderde ontbinding op grond van gewijzigde omstandigheden heeft SNS zich niet (voldoende duidelijk) op het standpunt gesteld dat deze vordering verjaard is.
- Hieronder zal het hof dus zowel de gevorderde ontbinding als de gevorderde schadevergoeding bespreken.
- 3.9 De onvoorziene omstandigheden bestaan volgens [naam] uit de manipulatie en systeemverandering van Euribor sinds oktober 2008 (toen de ECB overging tot een fixed rate full allotment, waardoor de hoogte van de rente op het door de ECB uitgeleende geld niet langer door een veiling werd bepaald maar door de ECB zelf en de ECB vanaf dat moment bovendien een onbeperkte hoeveelheid geld aan de banken leende); om de financieringskosten van banken te reduceren, werden door de ECB steeds grotere kredietvolumes tegen steeds gunstiger rentetarieven in de markt gepompt; die externe marktverstoring maakte dat Euribor niet langer tot stand kwam door vraag en aanbod en dat Euribor niet langer functioneerde als graadmeter van de markt. [naam] stelt dat zowel zijzelf als SNS bij het afsluiten van de renteswaps niet heeft voorzien dat Euribor grote veranderingen zou ondergaan, waarbij Euribor niet meer tot stand zou komen op basis van een door vraag en aanbod bepaalde interbancaire rente maar op basis van "gratis" geld van de ECB, en dat zij evenmin hebben voorzien dat het gepubliceerde Euribor-tarief, dat de basis vormt voor de renteswaps, door het ingrijpen door de ECB langjarig op een extreem laag niveau, ver onder marktniveau zou belanden. Dat brengt volgens [naam] met zich dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat SNS [naam] na oktober 2008 nog aan de renteswaps houdt.
- 3.10 SNS heeft niet voldoende gemotiveerd betwist dat sprake is van onvoorziene veranderingen wat betreft de verwachte hoogte van Euribor en het feit dat Euribor na het ingrijpen door de ECB niet meer functioneerde als een goede graadmeter voor de marktwaarde van geld. Daarbij weegt het hof mee dat SNS ter comparitie in hoger beroep heeft erkend dat banken, na het ingrijpen door de ECB, bij interbancaire leningen ter dekking van risico elkaar opslagen bovenop Euribor in rekening

brachten (waar dat voorheen niet gebeurde), dat Euribor nimmer onder de 2% had gestaan, en dat banken op hun geldleningen tegen Euribor nooit eerder liquiditeitsopslagen dan wel andere opslagverhogingen aan hun klanten in rekening hadden gebracht. Het hof gaat derhalve uit van het bestaan van onvoorziene omstandigheden.

SNS heeft wel gemotiveerd betwist dat die onvoorziene omstandigheden een beroep op ontbinding ex artikel 6:258 BW rechtvaardigen.

3.11 Het hof stelt in dit kader voorop dat voor een beroep op ontbinding nodig is dat de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhouding mag verwachten. Daaraan zal niet spoedig voldaan zijn: redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe. Daaruit volgt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587). Bovendien geldt ingevolge lid 2 van artikel 6:258 BW dat een ontbinding niet wordt uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

3.12 Bij de beoordeling van de vraag of SNS naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de renteswapovereenkomsten niet mag verwachten, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Hieronder zal het hof de omstandigheden van het geval kort weergeven.

[naam] is actief in de vastgoedbranche. Sinds de jaren '90 is Property Finance één van de vaste vastgoedfinanciers van [naam]. [naam] was voornemens om de onroerende zaken in Almere en Haaksbergen voor langere tijd in haar portefeuille te houden en is daarom met Property Finance op zoek gegaan naar een financieringsmogelijkheid die zekerheid bood voor de hoogte van haar renteverplichtingen op langere termijn. Property Finance was niet in staat een financiering aan te bieden met een vaste rente voor de lange termijn, maar kon samen met haar moedermaatschappij SNS wel een alternatief hiervoor bieden: Property Finance zou een financiering met een aan 1-maands Euribor gerelateerde variabele rente met een vaste opslag verstrekken, in combinatie met een met SNS te sluiten renteswapovereenkomst. In de met Property Finance gesloten leningen werden vervolgens de renteswaps als voorwaarde gesteld voor de financieringen. [naam] was, zo stelt zij zelf, op zoek naar zekerheid met betrekking tot fluctuaties in de variabele financieringsrente en dacht die te verkrijgen door de renteswaps. Ter comparitie in hoger beroep heeft [naam], desgevraagd verklaard dat zij (ten behoeve van die gewenste zekerheid) eigenlijk op zoek was naar een vaste rente, ten behoeve van de door hem gewenste zekerheid en dat zij, indien Property Finance haar destijds een vaste rente van 4,5% had geboden, zij die had aanvaard en geen renteswapovereenkomst zou zijn aangegaan. Door de onderhavige constructie zou [naam] feitelijk een vaste rente voor de financiering betalen: per saldo zou zij 4,52% respectievelijk 4,37% rente betalen (aan SNS) vermeerderd met de afgesproken vaste opslag (aan Property Finance); de door haar van SNS te ontvangen 1-maands Euribor zou zij de facto doorbetalen aan Property Finance. Aldus zou de variabele financieringsrente worden gefixeerd door de renteswaps. Dat dit anders heeft uitgepakt, is te wijten aan de kredietcrisis en het ingrijpen door de ECB (zie 4.1, 4.9 en 4.10). Property Finance heeft in verband met haar hogere fundingskosten en doordat Euribor niet meer functioneerde als marktgraadmeter, de vaste opslagen verhoogd en daarbovenop liquiditeitsopslagen in rekening gebracht. Daardoor is de bedoelde fixatie verstoord en betaalde [naam] vanaf augustus 2008 extra opslagen aan Property Finance (die zij niet door SNS onder de renteswaps vergoed kreeg).

3.13 [naam] heeft, ook naar eigen zeggen, de renteswaps dus niet afgesloten als separate overeenkomsten met SNS met de intentie om te speculeren op een stijging van Euribor ten opzichte van de door hem te betalen vaste rente, waardoor hij zo mogelijk meer van SNS zou ontvangen aan variabele rente dan dat hij aan haar zou moeten betalen aan vaste rente. Integendeel, de renteswaps zijn afgesloten als onderdeel van een constructie om fluctuaties in de

variabele financieringsrente op te vangen en zekerheid te verkrijgen over de langdurig te betalen rente. Gelet op die bedoeling heeft [naam] onvoldoende onderbouwd dat voor haar bij het aangaan van de renteswapovereenkomst de (toekomstige) stand van Euribor en de manier waarop deze zou worden vastgesteld relevant waren: een lage Euribor zou resulteren in een lage betalingsverplichting door SNS aan [naam] en een (afgezien van de voorziene vaste opslag) even lage betalingsverplichting van [naam] aan Property Finance, ongeacht of die lage Euribor (mede) zou zijn veroorzaakt door het ingrijpen van de ECB en/of door manipulatie door de panelbanken (als onbetwist staat overigens vast dat SNS nooit als panelbank voor Euribor heeft gefungeerd en dat niet duidelijk is wat het effect van de gestelde manipulaties op de stand van Euribor is geweest).

Dat [naam] nu meer moet betalen dan de afgesproken vaste rente en de bij het aangaan van de financieringsovereenkomsten bepaalde vaste opslagen, wordt veroorzaakt doordat Property Finance onvoorziene opslagverhogingen in rekening is gaan brengen. Niet gesteld of gebleken is dat SNS daar zeggenschap in heeft gehad dan wel daar voordeel door heeft genoten. De stelling die erop neerkomt dat omstandigheden die voorheen in de koers van Euribor waren verdisconteerd na de door [naam] omschreven wijziging van het systeem ten onrechte – met instandhouding van een extreem lage Euribor – in hogere opslagen resulteerden, regardeert SNS niet. Het was immers niet SNS, maar Property Finance die krachtens haar overeenkomsten met [naam] de bedoelde opslagen in rekening heeft gebracht. Niet gesteld of gebleken is dat dit desondanks SNS kan worden toegerekend; de omstandigheid dat Property Finance destijds een dochtervennootschap van SNS was en het sluiten van een renteswapovereenkomst in haar overeenkomsten met [naam] als voorwaarde had gesteld, is daarvoor onvoldoende.

Het voorgaande in samenhang bezien maakt dat het hof, in aanmerking nemend dat de rechter terughoudendheid moet betrachten, niet tot het oordeel komt dat SNS naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van de renteswapovereenkomsten mag verwachten. Dat [naam] , naar zij stelt, niet eerder renteswapovereenkomsten had gesloten en dat het initiatief voor deze renteswaps van Property Finance kwam, is – nog afgezien van de verstrekte informatie in het als productie 17 bij inleidende dagvaarding overgelegde risico inventarisatie formulier omtrent haar ervaring en deskundigheid op het gebied van renteproducten – gelet op het voorgaande van onvoldoende belang. Vaststaat immers dat de systeemwijziging, de enorme daling van Euribor en de in verband daarmee door banken berekende hogere opslagen voor partijen niet te voorzien waren, maar dat maakt niet dat [naam] de extra bedragen die zij heeft betaald doordat Property Finance haar heeft geconfronteerd met opslagverhogingen, kan doorbelasten aan SNS en dat SNS geen ongewijzigde instandhouding van de renteswapovereenkomsten mag verwachten.

3.14 Wat betreft de stelling dat SNS haar zorgplicht heeft geschonden, heeft [naam] niet meer aangevoerd dan dat SNS [naam] welbewust jarenlang in het ongewisse heeft gehouden over het feit dat Euribor als marktgraadmeter per medio oktober 2008 had opgehouden te bestaan. Volgens [naam] had SNS haar moeten waarschuwen voor de gevolgen van die wijziging en haar de mogelijkheid moeten bieden de renteswaps te beëindigen. Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen omtrent de intentie van partijen met betrekking tot de gekozen constructie en de reden dat [naam] aan Property Finance hogere rentebedragen heeft betaald dan op voorhand was voorzien, terwijl bovendien als onbestreden vaststaat dat [naam] uiterlijk begin september 2008 al wist dat opslagverhogingen niet werden gedekt onder de renteswapovereenkomsten, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat en waarom SNS [naam] de mogelijkheid had moeten bieden de renteswaps te beëindigen en/of schadeloos zou zijn jegens [naam] .

3.15 Nu [naam] geen voldoende concrete feiten of omstandigheden heeft gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden, passeert het hof het door haar gedane bewijsaanbod.

4 De slotsom

4.1 De grief faalt. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

4.2 Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal het hof [naam] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van SNS zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 5.213

- salaris advocaat € 11.002 (2 punten x appeltarief VIII)

4.3 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

5 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank te Midden-Nederland, locatie Utrecht van 25 mei 2016;

veroordeelt [naam] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van SNS vastgesteld op € 5.213 voor griffierecht en op € 11.002 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeederen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt [naam] in de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval [naam] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeederd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.J. de Kerpel-van de Poel, M.B. Beekhoven van den Boezem en A.S. Gratama en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 16 oktober 2018.