

ECLI:NL:RBAMS:2016:1508

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	23-03-2016
Datum publicatie	18-10-2018
Zaaknummer	576379
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Renteswap. Klant onervaren met derivaten. Bank - zowel in productdocumentatie als tijdens presentatie - onvoldoende op specifieke risico's gewezen (afrekenen negatieve waarde bij voortijdige aflossing lening/doorverkoop pand). Bewijslevering mbt schade.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/576379 / HA ZA 14-1122

Vonnis van 23 maart 2016

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres] ,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

eiseres,

advocaat: mr. L.A.H. Jie Sam Foek te Amsterdam,

tegen

de naamloze vennootschap

ABN AMRO BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

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

Partijen zullen hierna [eiseres] en ABN AMRO worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 5 november 2014, met producties;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- het tussenvonnissen van 18 februari 2015, waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- het proces-verbaal van de comparitie gehouden op 11 augustus 2015, met de daarin genoemde akte vermindering van eis en overlegging nadere productie, met één productie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. [eiseres] is de holdingmaatschappij van een groep vennootschappen die zich bezighoudt met de verkoop van kantoorartikelen en luxe schrijfwaren. [eiseres] wordt bestuurd door [bedrijf 1] en [bedrijf 2] [naam 1] is de enig [functie] en enig [functie] van [bedrijf 1] [naam 2] is enig [functie] en enig [functie] van [bedrijf 2]

2.2. [eiseres] was in 2006 eigenaar van twee kantoorpanden; het ene was gelegen aan de [straat 1] te [plaats] , het andere aan de [straat 2] te [plaats] . In 2006 wilde [eiseres] – in het kader van de uitbreiding van haar ondernemingsactiviteiten – een derde winkelpand aankopen, gelegen aan de [straat 3] te [plaats] . [eiseres] heeft ABN AMRO verzocht om financiering voor de aankoop daarvan. Tussen [eiseres] en ABN AMRO bestond op dat moment reeds een langjarige financieringsrelatie.

2.3. Met het oog op voormelde uitbreiding is tussen (onder meer) [eiseres] en ABN AMRO op 11 september 2006 een kredietovereenkomst (hierna: de kredietovereenkomst) tot stand gekomen. Het verleende krediet bedroeg EUR 3.904.000,-- en bestond uit een rekening-courantkrediet van EUR 300.000,-- en een twintigjarige Euribor-lening van EUR 3.604.000,-- . De kredietovereenkomst vermeldt met betrekking tot de Euribor-lening als overeengekomen rentetarief de éénmaands Euribor, vermeerderd met een opslag van 0,85% per jaar. ABN AMRO verkreeg – voor zover hier van belang – zekerheid in de vorm van een krediethypotheek ter waarde van EUR 3.500.000,-- , vermeerderd met 40% voor rente en kosten, op elk van de aan [eiseres] toebehorende panden. Verder vermeldt de kredietovereenkomst, voor zover hier van belang:

"Het renterisico van de Euriborlening groot EUR 3.604.000,= zal voor 75% middels een rentederivaat worden afgedekt.

OTC-derivaten

- ABN AMRO is bereid om (...) derivatentransacties aan te gaan met de Cliënt [rechtbank: [eiseres] en haar mede-contractanten] (...).

(...)

- De bijgesloten Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zijn van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Cliënt en ABN AMRO. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van deze Algemene Bepalingen te hebben ontvangen.

- In aanvulling op artikel 8 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zal gelden dat ABN AMRO, zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling vereist zal zijn, eveneens één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel kan beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, is verschuldigd, onmiddellijk in zijn geheel tussentijds kan opeisen, indien en zodra de kredietfaciliteit bij ABN AMRO wordt beëindigd.

- Tevens zendt ABN AMRO de Cliënt ter informatie de brochure OTC-Derivatentransacties met de Bank. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt deze brochure te hebben ontvangen."

2.4. Bij de kredietovereenkomst behoort een brief van ABN AMRO van 11 september 2006. Als bijlagen bij de brief worden onder meer vermeld de Algemene Bepalingen voor Derivatentransacties (hierna: de ABD) en de Brochure Derivatentransacties (hierna: de OTC-brochure).

2.5. In de ABD wordt vermeld, voor zover hier van belang:

" **8.2** ABN AMRO kan één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan verschuldigd is, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds opeisen zonder dat enige sommatie of ingebrekestelling zal zijn vereist:

[rechtbank: volgt een lijst van situaties waarin de genoemde mogelijk tot tussentijdse beëindiging zich kan voordoen]

(...)

9. Vergoeding

9.1 In geval van opeising stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro's vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gederfde wist verschuldigd is.

Deze vergoeding bestaat uit de som van:

door de Cliënt niet nagekomen betalingsverplichtingen uit hoofde van de transacties.

de waarde van de transacties, berekend op basis van de vervangingswaarde van de transacties.

door ABN AMRO gemaakte fundingkosten, kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties."

2.6. In de OTC-brochure wordt vermeld, voor zover hier van belang:

" Derivatennisico's

(...)

Hoewel een derivatentransactie veelal wordt afgesloten in combinatie met een financiering (...), is er geen direct verband met die waarde. Bij voortijdige beëindiging of bij tussentijdse wijziging van de onderliggende waarde, blijven de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de derivatentransactie

van kracht tot het moment dat ook de derivatentransactie wordt beëindigd.

(...)

Termijncontracten

Een termijncontract is een overeenkomst tussen twee partijen, waarbij de ene partij zich verplicht een specifieke waarde op een bepaald tijdstip in de toekomst tegen een vooraf vastgestelde prijs te ontvangen. De andere partij verbindt zich dan de desbetreffende waarde op dat tijdstip tegen die prijs te leveren. De onderliggende waarden betreffen vaak grondstoffen (...) maar kunnen ook effecten, valuta en rente zijn. (...) Termijncontracten zijn instrumenten die een hoog risico met zich mee kunnen brengen doordat de prijs van de onderliggende waarde in de periode tussen het sluiten van de overeenkomst en de levering en betaling (sterk) kan stijgen of dalen.

(...)

Kosten van voortijdige beëindiging

Indien u – om welke reden dan ook – een derivatentransactie wilt of moet beëindigen, voordat de looptijd is verstreken, kan dit aanzienlijke kosten met zich meebrengen. (...)

Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt gekeken of die transactie op dat moment een positieve, dan wel een negatieve waarde heeft (waardering tegen marktwaarde). In geval van een positieve waarde zal ABN AMRO deze met u verrekenen. Bij beëindiging van een transactie met een negatieve waarde dient u een bedrag aan ABN AMRO te betalen.”

- 2.7. Op 11 september 2006 heeft ABN AMRO, bij monde van [naam 3] , aldaar werkzaam, een Powerpoint-presentatie aan [eiseres] gegeven over afdekking van het renterisico door middel van een rentederivaat. Op één van de tien getoonde Powerpoint-slides is vermeld:

"Advies

Uitsluiten renterisico door kredietportefeuille te hedgen

Rente tarieven zijn historisch laag => nu rente lang fixeren

Let op: alle tarieven zijn exclusief kredietopslag, afhankelijk van de leningstructuur, en aan marktschommelingen onderhevig”.

- 2.8. [eiseres] is op 12 september 2006 telefonisch een renteswapovereenkomst (hierna: de renteswap) met ABN AMRO overeengekomen. ABN AMRO heeft de overeengekomen renteswap dezelfde dag schriftelijk aan [eiseres] bevestigd. De renteswap werd overeengekomen voor een periode van tien jaar vanaf 1 oktober 2006, met een hoofdsom van EUR 3.604.000,--. [eiseres] betaalde onder de renteswap een vaste rente van 4,24%. ABN AMRO betaalde een variabele rente. De éénmaands Euribor diende als referentierente. Op de renteswap zijn de ABD van toepassing verklaard.
- 2.9. In 2009 is gebleken dat bij het afsluiten van de renteswap een vergissing was gemaakt. Hoewel in de kredietovereenkomst was opgenomen dat voor de Euribor-lening het éénmaands Euribor-tarief werd berekend, werd feitelijk het driemaands-Euribor-tarief berekend. Daardoor ontstond een verschil tussen het rentepercentage onder de renteswap en de kredietovereenkomst. ABN AMRO heeft [eiseres] verzocht een aangepaste renteswap met haar te sluiten.
- 2.10. [eiseres] is de aangepaste renteswap op 12 oktober 2009 telefonisch met ABN AMRO overeengekomen. ABN AMRO heeft de aangepaste renteswap dezelfde dag schriftelijk aan [eiseres] bevestigd. De renteswap werd overeengekomen voor de periode van 1 november 2009 tot 1 oktober 2016, met een hoofdsom van EUR 3.123.536,--. [eiseres] was onder de aangepaste renteswap betaler van een vaste rente van EUR 4,24%. ABN AMRO was de betaler aan [eiseres] van een variabele rente die werd berekend op basis van het driemaands Euribor-tarief. Op de renteswap zijn wederom de ABD van toepassing verklaard, alsmede de Voorwaarden Treasurydienstverlening ABN AMRO. In de bevestiging wordt verder vermeld, voor zover hier van belang:

"Genoemde documenten [rechtbank: de hiervoor genoemde voorwaarden] maken deel uit van de brochure "Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO", welke u via uw Treasuryadviseur of Accountmanager heeft ontvangen."

Voorafgaand aan het sluiten van de aangepaste renteswap heeft ABN AMRO een cliëntenprofiel voor [eiseres] opgesteld. In het cliëntenprofiel heeft [eiseres] aangekruist dat haar vertegenwoordigers geen kennis hebben van de eigenschappen, voor- en nadelen en risico's van derivaten in het algemeen.

De renteswap van 12 september 2006 is door ABN AMRO bij brief van 13 oktober 2009 beëindigd.

- 2.11. [eiseres] en ABN AMRO hebben op 8 oktober 2013 met elkaar gesproken over het voornemen van [eiseres] om het pand aan de [straat 3] te koop te zetten.
- 2.12. [eiseres] heeft ABN AMRO bij e-mail van 19 maart 2014 een conceptovereenkomst gezonden, betreffende de verkoop van haar aandelen in [straat 3] Onroerend Goed B.V., eigenaar van het pand aan de [straat 3], met het verzoek om een reactie. ABN AMRO heeft [eiseres] bij e-mail van 21 maart 2014 laten weten dat zij bereid was haar hypothecaire inschrijvingen op het pand aan de [straat 3] te royeren, tegen volledige inlossing door [eiseres] van haar schulden aan ABN AMRO. Bij brief van 26 mei 2014 heeft ABN AMRO aan [eiseres] laten weten dat dit ook zou betekenen dat [eiseres] eventuele kosten uit hoofde van de renteswap aan haar diende te vergoeden.
- 2.13. [eiseres] en ABN AMRO hebben met elkaar gesproken en gecorrespondeerd, maar zijn niet tot een vergelijk gekomen.
- 2.14. [eiseres] heeft bij brief van haar raadvrouw van 18 juni 2014 ABN AMRO aansprakelijk gesteld uit hoofde van toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad. Verder heeft [eiseres] met haar brief de vernietiging van de renteswap ingeroepen wegens dwaling aan haar zijde en heeft de renteswap ontbonden, voor zover de vernietiging wegens dwaling geen stand zou houden.
- 2.15. ABN AMRO heeft in de eerste week van juli 2014 EUR 193.242,-- afgeschreven van de bankrekening van [eiseres], ter zake van de negatieve marktwaarde van de renteswap.

3 Het geschil

- 3.1. [eiseres] vordert – na eisiwijziging en verkort weergegeven – dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair:

- voor recht verklaart dat de renteswap (en de algemene voorwaarden) bij brief van 18 juni 2014 zijn vernietigd, althans wordt (worden) vernietigd;

subsidiar:

- voor recht verklaart dat ABN AMRO tegenover [eiseres] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de renteswap, althans dat zij onrechtmatig tegenover [eiseres] heeft gehandeld, en dat de renteswap (en algemene voorwaarden) bij brief van 18 juni 2014 buitengerechtelijk is (zijn) ontbonden, althans wordt (worden) ontbonden;

meer subsidiar:

- dat ABN AMRO ten koste van [eiseres] ongerechtvaardigd is verrijkt, althans dat ABN AMRO tegenover [eiseres] in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld;

zowel primair, subsidiar als meer subsidiar:

- ABN AMRO veroordeelt om aan [eiseres] EUR 193.242,-- te betalen, althans tot betaling van

zodanig bedrag in hoofdsom als de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, vermeerderd met wettelijke rente ex artikel 6:119a Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en subsidiair ex artikel 6:119 BW;

- ABN AMRO veroordeelt tot vergoeding aan [eiseres] van buitengerechtelijke kosten van EUR 2.786,--, althans een zodanig bedrag als de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren.

[eiseres] vordert tot slot veroordeling van ABN AMRO in de (na)kosten van deze procedure, onder bepaling dat wettelijke rente hierover verschuldigd is, indien zij niet binnen veertien dagen na het te dezen te wijzen vonnis zijn voldaan.

- 3.2. [eiseres] legt – onder verwijzing naar de door haar gestelde feiten en in het geding gebrachte producties – aan haar primaire vordering ten grondslag, dat zij de renteswap onder invloed van dwaling heeft gesloten. Zij heeft gedwaald omtrent de omstandigheid dat de renteswap een negatieve marktwaarde zou kunnen hebben en dat zij die aan ABN AMRO zou moeten voldoen bij verkoop van haar onderneming en/of aflossing van de financiering gedurende de looptijd van de renteswap. ABN AMRO heeft haar nooit op dit specifieke risico gewezen.

Subsidiair stelt [eiseres] dat ABN AMRO is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht. ABN AMRO had de renteswap niet aan [eiseres] mogen adviseren, omdat dit product niet bij haar paste. Daarnaast heeft zij niet gewaarschuwd voor het risico van een negatieve marktwaarde bij voortijdige beëindiging van de renteswap. Op grond van deze tekortkomingen vordert [eiseres] ontbinding van de overeenkomst en vergoeding van de schade die zij als gevolg van de toerekenbare tekortkomingen c.q. de onrechtmatige gedragingen van ABN AMRO heeft geleden.

Meer subsidiair stelt [eiseres] , mede onder verwijzing naar de onder primair en subsidiair genoemde omstandigheden, dat ABN AMRO in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid. ABN AMRO heeft haar gedrag niet afgestemd op de gerechtvaardigde belangen van [eiseres] .

Meest subsidiair is volgens [eiseres] sprake van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van ABN AMRO, omdat zij (naar de rechtbank, gelet op de eiswijziging, begrijpt:) EUR 193.242,-- heeft ontvangen, zonder dat partijen dat waren overeengekomen.

[eiseres] heeft buitengerechtelijke kosten moeten maken, die zij overeenkomstig de Staffel Buitengerechtelijke Incassokosten begroot op EUR 2.786,--. ABN AMRO dient ook deze kosten te vergoeden, aldus [eiseres] .

- 3.3. ABN AMRO voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover voor de beoordeling van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

schending klachtplicht

- 4.1. ABN AMRO heeft als meest verstrekkend verweer naar voren gebracht dat ten aanzien van alle vorderingen geldt dat [eiseres] geen beroep meer kan doen op een gebrek in de door ABN AMRO te leveren prestatie, omdat zij niet tijdig heeft geklaagd (artikel 6:89 BW).
- 4.2. Bij de beoordeling van dit verweer wordt vooropgesteld, dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op artikel 6:89 BW kunnen dragen, in beginsel op ABN AMRO rusten. Het ligt op haar weg voldoende feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, waaruit kan volgen op welk moment [eiseres] heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van haar te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat de verrichte prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, alsmede dat het tijdsverloop vanaf dat moment tot aan het moment waarop [eiseres] geklaagd heeft, zo lang is geweest dat naar bedoelde maatstaven niet kan worden gesproken van een tijdige klacht als bedoeld in artikel 6:89 BW. ABN AMRO heeft in dit verband slechts in algemene zin gesteld dat [eiseres] op 12 september 2006 dan wel 12 oktober

2009 bekend was (althans moest zijn) met alle informatie die nodig is voor het uitvoeren van een onderzoek dan wel die nodig is om aan te nemen dat ABN AMRO in de nakoming van haar verbintenis was tekortgeschoten. Waarom dit volgens haar toen het geval was, heeft ABN AMRO onvoldoende concreet gesteld, terwijl dat - ook gelet op de aard en inhoud van de verwijten die [eiseres] ABN AMRO maakt - juist van haar mocht worden verwacht. Weliswaar voert ABN AMRO nog aan dat na 2009 overleg met [eiseres] heeft plaatsgevonden, maar omdat dit niet nader is geconcretiseerd, wordt ook daaraan voorbij gegaan. Het beroep op het schenden van de klachtplicht faalt al daarom.

dwaling

- 4.3. [eiseres] heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de renteswap onder een verkeerde voorstelling van zaken tot stand is gekomen. In de kern komt haar betoog erop neer dat zij van mening is dat zij niet begreep dat de renteswap op enig moment mogelijk een negatieve marktwaarde zou kennen, die bij tussentijdse beëindiging van de financiering en de renteswap door [eiseres] aan ABN AMRO diende te worden vergoed. ABN AMRO heeft [eiseres] hierover niet geïnformeerd, aldus [eiseres] .
- 4.3.1. Uitgangspunt is dat degene die een overeenkomst aangaat, moet voorkomen dat hij de overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Van hem mag worden verlangd dat hij het verstrekte voorlichtingsmateriaal voldoende grondig bestudeert en vragen stelt indien deze stukken onduidelijkheden bevatten.
- 4.3.2. Tussen partijen is evenwel in geschil waaruit het voorlichtingsmateriaal betreffende de renteswap bestond. [eiseres] heeft gesteld dat zij over de renteswap geen andere informatie heeft gekregen dan de informatie die is verstrekt tijdens de powerpoint presentatie. ABN AMRO heeft dit, onder verwijzing naar de contractsdocumentatie, bestreden. ABN AMRO heeft aangevoerd dat [eiseres] bij de kredietovereenkomst zowel de ABD als de OTC-brochure heeft ontvangen, waarin volgens haar wordt duidelijk gemaakt dat renteswaps een negatieve marktwaarde kunnen hebben. Met de ondertekening van de kredietovereenkomst in 2006 heeft [eiseres] , aldus ABN AMRO, bovendien zelf verklaard dat zij de ABD en OTC-brochure heeft ontvangen. Tegenover deze gemotiveerde betwisting door ABN AMRO, heeft [eiseres] onvoldoende aangevoerd ter staving van haar stelling dat zij geen productinformatie betreffende de renteswap heeft ontvangen waarin op het risico van een negatieve waarde is gewezen. Bovendien geldt de kredietovereenkomst als een akte als bedoeld in artikel 157 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) en levert deze als zodanig dwingend bewijs op van het feit dat [eiseres] de ABD en de brochure OTC-derivatentransacties heeft ontvangen. Zelfs indien [eiseres] geacht wordt aan haar stelplicht te hebben voldaan, geldt dat [eiseres] geen aanbod heeft gedaan tot het leveren van (tegen)bewijs. De rechtbank zal er daarom van uitgaan dat de ABD en OTC-brochure door [eiseres] zijn ontvangen.
- Dit is anders waar het gaat om de informatie opgenomen in de Brochure Informatie Treasurydienstverlening. Dat deze brochure aan [eiseres] zou zijn verstrekt, kan niet worden aangenomen. [eiseres] heeft gemotiveerd toegelicht dat zij in 2009 op verzoek van een bankmedewerker naar het kantoor van ABN AMRO is gegaan om documentatie te ondertekenen die diende om de door de bank bij de renteswap 2006 gemaakte vergissing (althans de in de praktijk opgetreden discrepantie) te herstellen. In dat kader is haar toen verzekerd, zo is van de zijde van [eiseres] herhaaldelijk gesteld, dat - behalve het Euribor-tarief - niets zou veranderen. ABN AMRO heeft deze gang van zaken op haar beurt niet weersproken. Omdat zij ter comparitie heeft beaamd dat er voor [eiseres] in 2009, als gevolg van voormelde correctie, feitelijk niets veranderde en omdat zij geen concrete feiten en omstandigheden heeft aangereikt waaruit kan worden afgeleid dat - in weerwil van wat in de onder 2.10 bedoelde documentatie is vermeld - voormelde brochure voorafgaand aan het aangaan van de renteswap ook daadwerkelijk aan [eiseres] is verstrekt, wordt, met

[eiseres] , aangenomen dat zulks dan ook niet is gebeurd.

4.3.3. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de kredietovereenkomst, de ABD en de OTC-brochure wat de kenmerken van een renteswap en de aan een renteswap verbonden (algemene) risico's zijn. In de kredietovereenkomst is vermeld dat op derivatentransacties de ABD van toepassing zijn en dat ABN AMRO lopende derivatentransacties kan beëindigen en alles wat uit hoofde daarvan is verschuldigd kan opeisen, indien en zodra de kredietfaciliteit bij ABN AMRO wordt beëindigd (zie 2.3). In de ABD is bepaald dat in geval van opeising de verschuldigde vergoeding bestaat uit – onder meer – de waarde van de transacties, berekend op basis van de vervangingswaarde van de transacties, en voorts de door ABN AMRO gemaakte kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties (zie 2.5). In de OTC-brochure wordt onder het kopje 'Derivatennisico's' vermeld (zie 2.6):

"Hoewel een derivatentransactie veelal wordt afgesloten in combinatie met een financiering (...) is er geen direct verband met die waarde. Bij voortijdige beëindiging of tussentijdse wijziging van de onderliggende transactie, blijven de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de derivatentransactie van kracht tot het moment dat ook de derivatentransactie wordt beëindigd"

De OTC-brochure vermeldt verder, onder het kopje 'Kosten van voortijdige beëindiging', dat indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd deze wordt gewaardeerd tegen marktwaarde. Er wordt dan gekeken of de transactie op dat moment een positieve dan wel een negatieve waarde heeft. In geval van een positieve waarde zal ABN AMRO deze met de klant verrekenen. Bij beëindiging van een transactie met een negatieve waarde dient de klant een bedrag aan ABN AMRO te betalen. De wederpartij van ABN AMRO kan – afhankelijk van de (markt)omstandigheden, dus worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten bij voortijdige beëindiging.

4.3.4. Naar het oordeel van de rechtbank was het voor [eiseres] mogelijk om, met een redelijke mate van inspanning, uit de onder 4.3.3 genoemde passages te begrijpen dat de renteswap gedurende haar looptijd een negatieve marktwaarde zou kunnen krijgen, die bij (gedwongen) voortijdige beëindiging voor haar rekening zou komen. Voor zover zij meende dat zij te weinig tijd had om de haar ter beschikking gestelde documentatie goed door te lezen, lag het - zo wordt in het kader van het beroep op dwaling overwogen - op haar weg ABN AMRO om meer tijd te vragen. Het beroep op dwaling gaat dan ook niet op.

4.3.5. Het beroep van ABN AMRO op verjaring van de vordering uit hoofde van de vernietigingsactie wegens dwaling behoeft, nu het beroep op dwaling faalt, geen beoordeling.

Zorgplichtschendingen

4.4. [eiseres] heeft zich verder – subsidiair – op het standpunt gesteld dat ABN AMRO tegenover [eiseres] in strijd met de op haar rustende bijzondere zorgplicht heeft gehandeld. Hiertoe heeft [eiseres] gesteld dat ABN AMRO haar een product heeft geadviseerd dat niet bij haar, [eiseres] , paste. Zij heeft er in dit verband op gewezen dat de renteswap niet voldeed aan haar (risico)doelstelling en dat de renteswap van dien aard was dat [eiseres] de daarmee gepaard gaande risico's niet kon en wilde dragen. Verder heeft [eiseres] aan haar beroep op zorgplichtschending ten grondslag gelegd dat ABN AMRO haar onvoldoende heeft gewaarschuwd voor het aan de renteswap verbonden risico van een negatieve marktwaarde, waarover mogelijk moest worden afgerekend bij voortijdige aflossing van het uitstaande krediet aan ABN AMRO.

4.4.1. ABN AMRO heeft betwist dat op haar tegenover [eiseres] een bijzondere zorgplicht rust. Verder heeft ABN AMRO betwist dat sprake is geweest van een niet passend product, alsmede dat zij [eiseres] niet afdoende zou hebben gewaarschuwd.

4.4.2. De rechtbank stelt vast dat ABN AMRO jegens [eiseres] niet alleen is opgetreden als aanbieder van een financieel product en als haar contractuele wederpartij, maar ook als haar adviseur. ABN AMRO heeft immers - zo is ook niet in geschil - de renteswap aan [eiseres] geadviseerd.

4.4.3. Uit inmiddels vaste rechtspraak volgt dat op de bank - als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener - die een product adviseert, een zorgplicht rust die mede ertoe strekt de klant te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een financiële dienstverlener, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten. De omvang van die zorgplicht is steeds afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder ook de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regels. Deze zorgplicht brengt onder meer mee dat de bank, mede afhankelijk van de aard en complexiteit van het te verstrekken advies en of te adviseren product, vooraf voldoende onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, de deskundigheid en doelstellingen van de klant, om in te kunnen schatten of en, zo ja, in hoeverre en op welke wijze zij de klant dient te informeren over de werking en kenmerken van een voorgenomen transactie of toegepaste constructie en hem moet waarschuwen voor de (bijzondere) risico's die daaraan verbonden zijn, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste strategie mogelijk niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid (vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914). Deze zorgplicht is niet alleen van toepassing in de verhouding tussen de bank en een particuliere klant. De eisen van redelijkheid en billijkheid brengen mee dat een financiële dienstverlener in de verhouding tot een ondeskundige wederpartij steeds dient te onderzoeken welke informatie en/of waarschuwingen zij aan een specifieke klant dient te verstrekken, teneinde hem in staat te stellen een voldoende geïnformeerde beslissing te nemen een bepaalde transactie of (combinatie van) product(en) al dan niet aan te gaan of af te nemen. Dit betekent dat deze zorgplicht, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verder zal kunnen strekken dan hetgeen waartoe de bank in het kader van de toepasselijke publiekrechtelijke regelgeving reeds gehouden is.

a. geen passend product?

4.5. Ter ondersteuning van de gestelde zorgplichtschending stelt [eiseres] ten eerste dat ABN AMRO haar geen passend financieel product heeft geadviseerd. Hiertoe heeft [eiseres] nadrukkelijk aangevoerd dat zij voorafgaand aan het aangaan van de renteswap aan ABN AMRO heeft laten weten dat zij een financieringsvorm wenste waarmee zij 'flexibel' was, in die zin dat zij op ieder gewenst moment onroerend goed wilde kunnen aan- en verkopen. Dit laatste diende ook te gelden voor het pand aan de [straat 3]. [eiseres] stelt dat zij voorheen, in verband met de aankoop van onroerend goed, steeds variabel rentende leningen had aangetrokken en dat zij ook de nieuwe lening kosteloos wilde kunnen aflossen. Volgens [eiseres] heeft zij dit besproken met [naam 3 en naam 4], destijds beiden werkzaam bij ABN AMRO. Omdat ABN AMRO dit een en ander heeft betwist (althans heeft betwist dat zij de door [eiseres] geuite wens tot flexibiliteit in de door [eiseres] gestelde zin moest begrijpen), kan er niet zonder meer van worden uitgegaan dat deze mededelingen door [eiseres] zijn gedaan en/of dat deze in de hiervoor bedoelde zin moesten worden begrepen. [eiseres] zou daartoe, zo volgt ook uit de hoofdregel van artikel 150 Rv, nader bewijs moeten leveren.

b. Voldoende gewezen op risico's?

4.6. Ten tweede voert [eiseres] aan dat ABN AMRO haar onvoldoende heeft gewaarschuwd voor het risico dat over een eventuele negatieve marktwaarde van de renteswap zou moeten worden afgerekend in het geval de lening gedurende de looptijd van de renteswap werd of moest worden afgelost.

- 4.6.1. Onweersproken is gebleven dat [eiseres] voorafgaand aan het aangaan van de onderhavige transactie geen kennis of ervaring had van/met derivaten van welke aard ook. Zij was evenmin op de hoogte van de daaraan verbonden risico's. Die onervarenheid komt in het – pas in 2009 opgemaakte – cliëntprofiel ook tot uitdrukking (zie hiervoor onder 2.10).
- 4.6.2. Vast staat dat [eiseres] de renteswap is aangegaan met het doel om het risico van een stijgende rente te beteugelen. Zij is de renteswap dus niet om speculatieve redenen aangegaan. Dit brengt mee dat de lening en de renteswap niet los van elkaar worden gezien en als een samengesteld geheel moeten worden beschouwd.
- 4.6.3. Aan de combinatie van een lening en een renteswap zijn specifieke risico's verbonden, waarvoor een bank de klant onder omstandigheden moet waarschuwen. Immers: indien na het afsluiten van de renteswap de Euribor-rente sterk daalt ontwikkelt de renteswap voor de klant een negatieve waarde. Wanneer de onderliggende geldlening vervroegd wordt afgelost (zoals hier is gebeurd) of de onderliggende kredietfaciliteit wordt beëindigd, en ook de renteswap tussentijds moet worden beëindigd, dient over de negatieve waarde daarvan te worden afgerekend. Ook als de renteswap alsdan in stand wordt gelaten (in feite enkel als speculatief middel) kan dit voor de klant met name bij een dalende Euribor-rente nadelige financiële gevolgen hebben. Op ABN AMRO rustte als de bij uitstek deskundig te achten financiële dienstverlener tegenover [eiseres] bij de totstandkoming van de renteswap de plicht om voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomst volledig, juist en begrijpelijk te informeren over deze mogelijke gevolgen en deze specifieke risico's van het afsluiten van dit samenstel van overeenkomsten.
- 4.6.4. Met het enkel verstrekken van de kredietovereenkomst, de ABD en de OTC-brochure, heeft ABN AMRO jegens [eiseres] niet aan de hiervoor bedoelde informatieplicht voldaan. Voldoende duidelijke en begrijpelijke informatie over de hiervoor bedoelde specifieke risico's van een renteswap in combinatie met een geldlening, is daarin, zeker voor een klant die geen ervaring had met derivaten, niet te vinden. Niet gebleken is dat ABN AMRO [eiseres] op andere wijze schriftelijk - aan de hand van voldoende duidelijke rekenvoorbeelden of anderszins - op de risico's van dit samengestelde product heeft gewezen.
- 4.6.5. Evenmin kan worden aangenomen dat ABN AMRO [eiseres] mondeling op voldoende duidelijke en begrijpelijke wijze over bedoelde risico's heeft geïnformeerd. Hiertoe geldt het volgende.
- 4.6.6. [eiseres] heeft steeds benadrukt dat ABN AMRO haar, ook tijdens de presentatie op 11 september 2006, in het geheel niet op de hiervoor bedoelde risico's heeft gewezen. Gezien dit verwijt van [eiseres], mocht ABN AMRO er niet mee volstaan slechts in algemene zin aan te voeren dat tijdens die presentatie uitgebreid over de werking van de renteswap en de daaraan verbonden risico's zou zijn gesproken. Het had, bij deze stand van zaken, op de weg van ABN AMRO gelegen om nader te concretiseren door wie dan welke uitlatingen zijn gedaan dan wel om handvatten te bieden hoe kan worden vastgesteld dat de bank in voldoende begrijpelijke termen gewezen heeft op de hiervoor bedoelde risico's. Omdat ABN AMRO dergelijke informatie niet heeft aangereikt - integendeel, ter comparitie is gemeld is dat de betrokken treasury-medewerker zich het gesprek met [eiseres] niet kon herinneren - wordt aan haar standpunt dat zij [eiseres] voldoende op de risico's heeft gewezen, voorbij gegaan. Daartoe is ook in aanmerking genomen dat uit de door ABN AMRO in dit kader overgelegde slides van de Powerpoint-presentatie op 11 september 2006 evenmin volgt dat ABN AMRO [eiseres] voldoende heeft geïnformeerd. In de slides wordt niet gerept over enig specifiek aan dit samengestelde product verbonden risico; de enige waarschuwing die hierin valt aan te treffen is die dat alle tarieven 'afhankelijk zijn' van de 'leningstructuur' en aan 'marktschommelingen onderhevig' zijn (zie 2.7 hiervoor). De Powerpoint-presentatie bevat daarmee veel minder duidelijke en expliciete waarschuwingen dan de presentaties die in

vergelijkbare zaken zijn getoond (in diezelfde zin: ECLI:RBAMS:2014:5019, rov. 4.11).

4.6.7. ABN AMRO heeft dus onvoldoende concreet en aan de hand van voor bewijs vatbare feiten en omstandigheden betwist de stelling van [eiseres] dat ABN AMRO heeft verzuimd haar - voldoende duidelijk en begrijpelijk - op de hiervoor bedoelde specifieke risico's te wijzen. De slotsom is dat ABN AMRO in zoverre in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht.

Schade als gevolg van zorgplichtschendingen

4.7. Beoordeeld moet worden of en, zo ja, welke schade [eiseres] heeft geleden als gevolg van het niet voldoen aan haar informatieplicht door ABN AMRO.

Hier veronderstellenderwijs aannemende dat [eiseres] zou slagen in het hiervoor onder 4.5 bedoelde bewijs, moet daarnaast beoordeeld worden of, en zo ja, welke schade [eiseres] heeft geleden als gevolg van het niet voldoen door ABN AMRO aan haar verplichting om aan [eiseres] een (bij haar doelstellingen) passend product te adviseren. Uitgangspunt daarbij is telkens dat [eiseres] zoveel mogelijk in de positie wordt gebracht waarin zij zou hebben verkeerd wanneer ABN AMRO haar zorgplicht niet had geschonden (dus wanneer [eiseres] wel volledig, juist en begrijpelijk over de risico's was geïnformeerd danwel passend was geadviseerd).

4.7.1. De rechtbank begrijpt dat [eiseres] haar schade ten aanzien van deze *beide* normschendingen heeft begroot op de bij haar in rekening gebrachte negatieve marktwaarde ad EUR 196.362,30. [eiseres] heeft in dit verband naar voren gebracht dat zij, wanneer zij wél juist zou zijn geïnformeerd over de risico's dan wel passend zou zijn geadviseerd, zou hebben gekozen voor een lening met een variabele rente. ABN AMRO heeft dit een en ander betwist. Volgens ABN AMRO moet ervan worden uitgegaan dat [eiseres] bij het wegdenken van de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben gekozen voor een lening met een vaste rente. Bovendien had [eiseres] van ABN AMRO, zoals ABN AMRO aanvoert, van haar nooit een lening met een variabele rente kunnen verkrijgen.

4.7.2. Juist omdat [eiseres] bij voortijdige aflossing van de lening ook een vergoedingsrente had moeten voldoen waarvan de hoogte, zo mag op basis van de in zoverre niet weersproken stellingen van ABN AMRO worden aangenomen, zeer vergelijkbaar is met het nu aan [eiseres] in rekening gebrachte bedrag ter vergoeding van de negatieve waarde, wordt ABN AMRO niet gevolgd in haar betoog dat [eiseres] voor een vastrentende lening had gekozen wanneer ABN AMRO haar zorgplicht op juiste wijze had nageleefd.

4.7.3. Rest de vraag of [eiseres] , zoals zij stelt, bij voldoende informatie dan wel passende advisering, inderdaad zou hebben gekozen voor een lening met een variabele rente, en, zo ja, met welke kosten zij dan zou zijn geconfronteerd (zoals de dan verschuldigde rentetermijnen en eventuele kosten bij voortijdige aflossing). Daarbij is ook van belang of [eiseres] , zoals ABN AMRO betwist, destijds een dergelijke financiering bij ABN AMRO had kunnen verkrijgen, dan wel (zoals volgens [eiseres] ook mogelijk was geweest) bij een andere bank.

4.7.4. Omdat [eiseres] heeft gesteld dat zij door de zorgplichtschending schade heeft geleden, wordt aan haar het bewijs opgedragen van haar stellingen dat zij, wanneer zij juist en volledig over de risico's was geïnformeerd dan wel passend advies had gekregen, (i) had geopteerd voor een lening met een variabele rente, (ii) ABN AMRO danwel een andere bank tot het verstrekken daarvan ook bereid was geweest en (iii) dat, en in hoeverre, zij in dat geval financieel in een betere positie was geweest dan nu het geval is.

4.7.5. [eiseres] zal dit bewijs met alle middelen rechtens kunnen leveren. Wanneer zij dit bewijs wil leveren door schriftelijke stukken of andere gegevens, dan moeten deze bij akte in het

geding worden gebracht. Wenst zij (daarnaast) getuigen te horen, dan dient zij dit bij akte kenbaar te maken, en opgave te doen van de verhinderdata van alle betrokkenen.

Overig

4.8. Omdat het bij de schadeberekening volgens de stellingen van [eiseres] zelf, geen verschil maakt welke norm is geschonden (de verplichting om de klant passend te adviseren dan wel de verplichting om de klant volledig, juist en begrijpelijk over de risico's te informeren), kan de onder 4.5 bedoelde bewijslevering achterwege blijven.

4.8.1. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. laat [eiseres] toe tot het leveren van bewijs van haar stellingen dat zij, wanneer zij door ABN AMRO juist en volledig over de risico's was geïnformeerd dan wel passend advies had gekregen, (i) had geopteerd voor een lening met een variabele rente, (ii) dat ABN AMRO danwel een andere bank tot het verstrekken daarvan ook bereid was geweest en (iii) dat, en in hoeverre, zij in dat geval financieel in een betere positie was geweest dan nu het geval is,

5.2. verwijst de zaak naar de rolzitting van **20 april 2016** voor akte aan de zijde van [eiseres] strekkende tot:

(

a) mededeling of [eiseres] van de gelegenheid tot bewijslevering door getuigen gebruik wenst te maken en, zo ja, met vermelding van het aantal getuigen alsmede met een opgave van de verhinderdata van alle betrokkenen in de eerstvolgende drie maanden; en/of

(

b) overlegging van bewijsstukken,

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. K.M. van Hassel, rechter, bijgestaan door mr. E.R. Mac-Donald, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 23 maart 2016.¹

¹ type: ERM coll:
