

ECLI:NL:GHDHA:2017:255

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	14-02-2017
Datum publicatie	14-02-2017
Zaaknummer	200.179.325/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Renteswaps. Verjaring van vordering tot vernietiging wegens dwaling. Schending zorgplicht. Klachtplicht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.179.325/01

Zaaknummer rechtbank : 461913 / HA ZA 14-1061

arrest d.d. 14 februari 2017

inzake

- 1. Kontinex Holding & Vastgoed B.V.,**
gevestigd te Moerdijk,
- 2. Kontinex Staal B.V.,**
gevestigd te Moerdijk,
- 3. Noordzij-van Kampen B.V** (voorheen Kontinex Beheer B.V.),
gevestigd te Barendrecht,
appellanten,
hierna gezamenlijk te noemen: Kontinex,
advocaat: mr. H.J. Bos te Amsterdam,

tegen

Coöperatieve Rabobank U.A., als rechtsopvolger onder algemene titel

van **Coöperatieve Rabobank Drechtsteden U.A.**,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Rabobank,

advocaat: mr. X.D. van Leeuwen te Amsterdam.

Het verloop van het geding

- 1.1 Bij exploit van 13 oktober 2015 is Kontinex in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis van 15 juli 2015. Bij memorie van grieven, tevens akte wijziging eis, met producties heeft zij negentien grieven tegen dat vonnis aangevoerd en toegelicht en haar eis gewijzigd. Bij memorie van antwoord met producties heeft Rabobank de grieven bestreden.
- 1.2 Vervolgens hebben partijen op 24 mei 2016 de zaak doen bepleiten, Kontinex door zijn hiervoor genoemde advocaat en door diens kantoorgenoot, mr. Q.F. Pluymaekers en Rabobank door haar hiervoor genoemde advocaat, aan de hand van overgelegde pleitnotities. Kontinex heeft bij die gelegenheid nog twee producties in het geding gebracht.
- 1.3 Ten slotte is arrest gevraagd op de voor het pleidooi ingediende kopiedossiers.

De beoordeling van het hoger beroep

2. De rechtbank heeft in haar vonnis onder 2. een aantal feiten vastgesteld. Tegen de vaststelling onder 2.4, 2.10, 2.11 en 2.16 heeft Kontinex grieven gericht, zodat het hof het daarin vermelde niet als vaststaande feiten zal aannemen. Voor het overige zijn tegen de vaststelling geen grieven of anderszins kenbare bezwaren gericht, zodat ook het hof van deze overige feiten zal uitgaan.

i. Kontinex is een bedrijf in staalproducten. Sinds 1975 was de Rabobank haar huisbankier. Rabobank verstrekke aan Kontinex leningen met een lange looptijd ter financiering van de productiemiddelen van Kontinex. Het balanstotaal van Kontinex bedroeg per ultimo 2006 ongeveer € 46.000.000,-, haar omzet was ongeveer € 42.000.000,-.

ii. Tussen Kontinex en Rabobank is gesproken over mogelijkheden voor Kontinex om zich tegen het risico van rentestijging te beschermen. De gesprekken zijn namens Kontinex mede gevoerd door [naam], haar financieel manager.

iii. Op 21 juli 2006 heeft Kontinex met Rabobank een overeenkomst financiële derivaten gesloten. Voor de ondertekening van de eerste twee swapovereenkomsten hebben Kontinex en Rabobank (eveneens) op 21 juli 2006 een zogenaamd Treasury Inventarisatie Formulier (TIF) ondertekend. In dit TIF wordt Kontinex als niet-professionele cliënt gekwalificeerd en is vastgesteld dat zij geen intern vastgelegd treasurybeleid had. Kontinex geeft in het TIF aan dat zij haar renterisico's gedeeltelijk wil afdekken.

iv. Vanaf 2006 heeft Kontinex zes swap-overeenkomsten en een semi super collar overeenkomst met de bank gesloten. Alle overeenkomsten, met uitzondering van de nrs 5 en 6, hebben een uitgestelde ingangsdatum, variërend van een paar maanden tot vijf jaar. Zij hebben de volgende kenmerken:

Referentie-nummer	Afsluitdatum	Ingangsdatum	Looptijd	Nominaal bedrag in €	Vaste rente in %
3876081	21 juli 2006	1 juli 2011	5 jaar	4.000.000,-	4,55
3876082	21 juli 2006	1 okt. 2007	5 jaar en 3 mnd	3.500.000,-	4,21
3881094	22 juni 2007	1 juli 2009	10 jaar	2.000.000,-	5,065
3881095	22 juni 2007	1 okt. 2007	10 jaar	1.500.000,-	4,985
159480/ 159490	25 sep. 2008	1 juli 2008	3 jaar	3.000.000,-	Floor 2% Cap 4%
4477632	25 sep. 2008	1 juli 2008	5 jaar	Aflopend: van 500.000,- tot 25.000	3,82
4718767	14 okt. 2008	1 jan. 2009	10 jaar	4.500.000,-	4,79

v. Alle renteswaps alsmede de onder 5 genoemde semi super collar combineerden de vaste rente met een variabele rente, berekend op basis van de 3-maands Euribor.

vi. In oktober 2006 is (met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006) CEP Holding en vastgoed BV (hierna: CEP) gefuseerd met Kontinex. Op het moment van de fusie had CEP een semi super collar en een renteswap van de ABN AMRO Bank. Deze rentederivaten zijn door de Rabobank overgenomen en omgezet in de hiervoor onder 5) en 6) genoemde derivaten.

vii. Na 14 oktober 2008 heeft Kontinex geen renteswaps meer afgesloten. Wel is de onder 2) genoemde renteswap met kenmerk 3876082 op 1 februari 2012 omgezet in een renteswap (kenmerk 23607153) met een looptijd van 2 jaar en 3 maanden (ingangsdatum 1 januari 2012), een variabele nominale waarde van € 2.192.162,- tot € 898.750,- en een vaste rente van 4,63%. Ook is er eind 2008 een aanvullende lening van € 3.700.000,- gesloten voor de uitbreiding van het machinepark.

viii. Op 27 november 2008 bedroeg de hoofdsom van alle leningen van Kontinex € 19.253.750,- (exclusief het rekening-courantkrediet van € 9.400.000,-). Deze hoofdsom zou jaarlijks met € 1.140.000,- verminderen.

ix. Begin 2010 heeft er een herfinanciering plaatsgevonden van de bestaande leningen en het rekening-courantkrediet teneinde de aandelenoverdracht van [N] sr. naar [N] jr. mogelijk te maken. Daarbij heeft de Rabobank de voorwaarden vastgelegd voor verdere financiering. De belangrijkste financiële voorwaarden betroffen minimale ratio's voor de DSCR (verhouding kasstroom en financieringslasten), de solvabiliteit, en de EBITDA (verhouding bankschuld en operationele kasstroom). Ook werd de renteopslag verhoogd. Op 8 januari 2010 bedroeg de hoofdsom van de leningen (exclusief het rekening-courantkrediet) € 17.653.750,-.

x. Op 9 juli 2010 vond een gesprek plaats tussen de directie van Kontinex en Rabobank in verband met de verslechterde financiële positie van Kontinex. Daarbij is de mogelijke verkoop van activa besproken in verband met de verslechterde EBITDA. Toen is aan de orde gekomen dat de aflossing van leningen zou kunnen betekenen dat er een overhedge zou ontstaan. Tijdens het gesprek drong Rabobank erop aan dat er een nieuwe CFO bij Kontinex zou worden aangesteld. Als interim-CFO is vervolgens [naam] benoemd.

xi. Op 24 augustus 2010 had [de interim-CFO] een gesprek met de Rabobank. De treasury-adviseur van Rabobank leidde uit het overzicht van de bestaande leningen af dat gehedged is op basis van een groeiscenario, wat impliceert dat het rekening-courantkrediet ook volledig is opgenomen als financiering. Ook wanneer de renteswaps mede werden gezien als afdekking van het rekening-courantkrediet dreigde er een overhedge wanneer er extra zou worden gaan afgelost. Tevens is besproken dat het (gedeeltelijk) beëindigen van de swaps ertoe zou leiden dat Kontinex de (aanzienlijke) negatieve marktwaarde zou moeten betalen, hetgeen onwenselijk werd geacht in verband met de financiële positie van Kontinex.

xii. Bij brief van 15 maart 2011 heeft de Rabobank als voorwaarde voor financiering onder meer gesteld dat bepaalde activa werden verkocht. Daarop heeft Kontinex haar bedrijfshallen verkocht (en weer teruggehuurd). De opbrengst is gebruikt om de leningen af te lossen. Daardoor bedroeg de hoofdsom van de leningen per 31 januari 2012 € 3.444.031,-. De renteswaps bedroegen in januari 2012 (afgerond) € 14.300.000,-.

xiii. Ter afdekking van de door de aflossing van de leningen ontstane overhedge is afgesproken dat de renteswaps ook zouden dienen ter dekking van de achtergestelde lening van € 8.000.000,- die door Kontinex Beheer aan Kontinex was verstrekt en ter dekking van het gedeelte van het rekening-courantkrediet van € 9.400.000,- dat permanent door Kontinex werd benut. Tevens werd renteswap (2) verlaagd van € 3.500.000,- naar € 2.192.162,-,- (zie hiervoor onder (vii)).

xiv. Bij brief aan de bank van 28 november 2013 heeft de advocaat van Kontinex aan de Rabobank meegedeeld dat zijn cliënten ruim € 3,8 miljoen verlies lijden ten gevolge van de door de bank geadviseerde financiële constructie en door de bank aan cliënten verkochte rentederivaten.

xv. Kontinex heeft in 2015 haar relatie met Rabobank beëindigd. De renteswaps zijn door de nieuwe huisbankier overgenomen.

3. Kontinex vorderde in eerste aanleg, zakelijk weergegeven, een verklaring voor recht dat Rabobank is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen of onrechtmatig heeft gehandeld, ontbinding van de renteswapovereenkomsten en vergoeding van de geleden schade, vermeerderd met rente en kosten. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

4. In hoger beroep heeft Kontinex haar eis gewijzigd. Zij vordert nu:

Primair:

I. vernietiging van de renteswapovereenkomsten wegens dwaling;

Subsidiar:

II. een verklaring voor recht dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Kontinex dan wel onrechtmatig heeft gehandeld, althans onzorgvuldig en in strijd met de redelijkheid en billijkheid met betrekking tot de advisering en de verkoop van de renteswaps;

Primair en subsidiar:

III. een verklaring voor recht dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Kontinex dan wel onrechtmatig, althans onzorgvuldig en in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld gedurende de periode 2009-2015 onder meer door het berekenen van verhoogde renteopslagen, additionele provisies en waiverfees en door het stellen van additionele voorwaarden waaraan Kontinex moest voldoen om de financiering bij Rabobank te kunnen continueren;

IV. Rabobank te veroordelen tot vergoeding van de door Kontinex geleden en te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

V. Rabobank te veroordelen tot vergoeding aan Kontinex van de buitengerechtelijke kosten ad € 6.422,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

VI. Rabobank te veroordelen tot restitutie van de door Kontinex aan Rabobank betaalde proceskosten in eerste aanleg, vermeerderd met de wettelijke rente tot aan de dag der algehele voldoening;

VII. Rabobank te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, alsmede in de nakosten.

Vernietiging van de renteswapovereenkomsten wegens dwaling

5.1 Kontinex vordert primair vernietiging van de renteswapovereenkomsten wegens dwaling, omdat zij een onjuist beeld had omtrent essentiële eigenschappen van deze overeenkomsten. Zij voert daartoe met name aan:

- dat het om een speculatieve belegging ging;
- dat een forward starting renteswap een zeer risicovol product is;

- dat renteswaps per definitie niet geschikt zijn voor het afdekken van het renterisico van een rekening-courant;
- dat de renteswaps bij aanvang reeds een negatieve waarde hadden die ten laste van Kontinex kwam;
- dat Kontinex niet verzekerd was van een vaste rente, omdat Rabobank de debiteurentoeslag eenzijdig kon verhogen;
- dat er een bijstortingsverplichting bestond, die werd gemaskeerd door het 'Afgesproken Bedrag', tot welk bedrag geen bijstorting werd gevraagd;
- dat het 'Afgesproken Bedrag' in feite een lening is, althans vergelijkbaar is met een lening, wat een negatieve invloed kan hebben op het risicoprofiel van Kontinex.

5.2 Rabobank voert daartegen als meest vergaand verweer aan dat de vordering tot vernietiging is verjaard. Kontinex was reeds in november 2009 op de hoogte van het feit dat de renteswaps een negatieve marktwaarde hadden, omdat zij toen in discussie ging met de accountant over het feit dat zij deze negatieve marktwaarde van de renteswaps in haar jaarcijfers moest verantwoorden.

5.3 Op grond van artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder c BW verjaart de vordering tot vernietiging op grond van dwaling drie jaar nadat de dwaling is ontdekt. Kontinex heeft de vordering voor het eerst ingesteld bij het indienen van de memorie van grieven, op 22 december 2015.

Uit de hiervoor vastgestelde feiten blijkt dat Kontinex in 2010 indringend werd geconfronteerd met een aantal negatieve kanten van de renteswaps. In 2011 kwam [naam], een voormalig Rabobankmedewerkster, bij Kontinex werken. Zij heeft tegen de directeur van Kontinex, [N], gezegd dat hij was bedonderd met de renteswaps (pleitnota, tevens wijziging eis ten behoeve van de comparitie na antwoord in de eerste aanleg, blz. 6, ad g). In datzelfde jaar heeft Kontinex de bank gevraagd om langs te komen omdat zij een onzeker gevoel had bij de renteswaps in verband met de publiciteit rondom Vestia (proces-verbaal van de comparitie na antwoord in de eerste aanleg). Uit deze feiten blijkt dat Kontinex meer dan drie jaar vóór 22 december 2015 op de hoogte was van de ongunstige eigenschappen van de renteswaps. Het verweer van Rabobank slaagt dus. De vordering tot vernietiging op grond van dwaling is verjaard.

Fase I: Schending zorgplicht bij advisering en verkoop van de renteswaps

6.1 Subsidiair stelt Kontinex dat Rabobank is tekortgeschoten in de advisering en verkoop van de renteswaps althans onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij de op haar rustende algemene en bijzondere zorgplicht heeft geschonden. Op grond daarvan vordert zij schadevergoeding, op te maken bij staat.

6.2 In navolging van de rechtbank zal bij de bespreking van deze grondslag voor aansprakelijkheid onderscheid gemaakt worden tussen fase I, waarin de renteswapovereenkomsten zijn gesloten en fase II, waarin Kontinex activa heeft verkocht.

6.3 In verband met de vaststelling van de zorgplicht in fase I voert Kontinex aan dat het initiatief tot de aanschaf van de renteswaps van Rabobank uitging en dat de relatie tussen Kontinex en Rabobank een beleggingsadviesrelatie was. De daarop betrekking hebbende grieven zullen eerst worden beoordeeld.

7.1 De grieven I, VI, IX en XVIII zijn gericht tegen de rov. 2.4, 2.10, 2.11, 4.7 en 4.8 en 4.21, voor zover daarin ligt besloten dat Kontinex al vanaf 2002 met Rabobank in gesprek was over renteswaps en over een swaption als alternatief en tegen de vaststelling dat Kontinex in 2006 en in 2008 het initiatief nam voor het afsluiten van renteswaps. Kontinex voert aan dat de contacten in 2002, waarop Rabobank haar stelling doet steunen, niet door haar zijn gelegd maar door CEP, die tot eind 2005 een separaat bedrijf was. Zij bestrijdt dat zij in 2006 en in latere jaren het initiatief nam tot het aangaan van renteswaps. Dat initiatief kwam volgens haar van Rabobank.

7.2 Rabobank betwist niet dat de gesprekken in de periode 2002 tot 2005 werden gevoerd met CEP, maar zij stelt zich op het standpunt dat nu CEP in 2006 deel uitmaakte van Kontinex, de laatste met de verwerving van CEP ook de kennis over rentederivaten in huis heeft gekregen. Daarmee heeft Rabobank onvoldoende weersproken dat het niet Kontinex was die in 2002 contact met haar legde in verband met de aanschaf van rentederivaten, maar CEP. De gedachte dat een bedrijf louter door het overnemen van

een onderneming de kennis en inzichten bezit (of: verkrijgt) die in de overgenomen onderneming aanwezig waren is in zijn algemeenheid onjuist. Daartoe is in elk geval nodig dat de persoon of personen die die kennis en inzichten had(den) (verkregen), deel zijn gaan uitmaken van het door de overname ontstane bedrijf in een functie waarin hun kennis en inzichten daadwerkelijk werden ingezet. Rabobank heeft onvoldoende gesteld dat dit het geval is en Kontinex heeft dit gemotiveerd betwist. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de contacten van Rabobank in 2002 met een andere persoon ([naam]) plaatsvonden dan in 2006, toen [N] en [de financieel manager] de contactpersonen van de kant van Kontinex waren. De stelling van Rabobank strookt ook niet met haar vaststelling in het Treasury Inventarisatie Formulier (TIF) van 2006 dat Kontinex geen of weinig ervaring had met de onderhavige treasury-producten (te weten renteswaps). Grief I slaagt derhalve in zoverre dat niet vaststaat dat vanaf 2002 op initiatief van Kontinex met Rabobank is gesproken over het aanschaffen van renteswaps. Ook grief VI is terecht voorgesteld. Niet kan worden aangenomen dat met Kontinex over een swaption als alternatief voor de renteswap is gesproken. Daarmee slaagt ook grief XVIII, voor zover het gaat om de kennis van Kontinex en CEP.

7.3 Met op het oog op de beantwoording van de vraag van wie de initiatieven in 2006 tot het aangaan van renteswaps en in 2007/2008 tot het uitbreiden daarvan afkomstig waren, hebben beide partijen in hoger beroep nog stukken overgelegd. Rabobank heeft een gespreksverslag geproduceerd van een gesprek van 16 december 2005, waarin staat dat [de financieel manager] op korte termijn een voorstel wil hebben inzake de rente; Kontinex heeft een e-mail van 1 juni 2006 van R. van den Berge, de treasury-adviseur van Rabobank, overgelegd waarin wordt gevraagd wanneer men om de tafel kan gaan zitten om nadere afspraken te maken over het indekken van het renterisico. Ook heeft Kontinex een gespreksverslag van 17 augustus 2009 overgelegd, waarin de Rabobank schrijft dat zij heeft geadviseerd de afdekking van 50% wat te verhogen. Op grond van deze en de overige overgelegde stukken kan, mede gezien het feit dat er ook vóór de gesprekken waarover deze notities gaan, contacten tussen partijen zijn geweest (de notitie van Rabobank verwijst naar een gesprek van 17 november (2005) en er zijn door Rabobank ook notities overgelegd van gesprekken vóór 17 augustus 2008 o.a. van 10 mei 2007 (productie 4 bij cva van Rabobank), niet met zekerheid worden vastgesteld wie (steeds) het initiatief nam tot het aangaan van renteswaps. In zoverre falen de grieven I en IX. Maar het antwoord op de vraag van wie het initiatief afkomstig was, is in zoverre irrelevant dat ook als dit initiatief (in een of meer gevallen) van Kontinex uitging, de Rabobank haar zorgvuldig diende te adviseren en eventueel het aangaan van renteswaps diende te ontraden.

8.1 Grief II betreft de kwalificatie van de relatie tussen Kontinex en Rabobank. Kontinex is van mening dat de relatie dient te worden bestempeld als adviesrelatie. Rabobank betwist dit niet, maar voert aan dat zij geen beleggingsadvies verleende.

8.2 Tussen partijen staat vast dat Rabobank Kontinex heeft geadviseerd bij de af te sluiten renteswaps. Een dergelijke advisering met betrekking tot een financieel instrument dient als beleggingsadvies te worden aangemerkt (art. 4 lid 1 sub 4 Mifid).

Omvang van de zorgplicht

9.1 Op Rabobank rust in het kader van haar advisering een zorgplicht op basis van artikel 7:401 BW. De omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals het type klant, het soort product of de dienst waarover geadviseerd wordt en de complexiteit en risico's die daaraan verbonden kunnen zijn. Met de grieven III, IV, V en VI keert Kontinex zich tegen de invulling van de omvang van de zorgplicht door de rechtbank.

9.2 Rabobank heeft in 2006 (en ook in 2010) in het kader van de op haar rustende zorgverplichting een Treasury Inventarisatie Formulier (TIF) opgesteld. In het TIF van 2006 werd Kontinex getypeerd als een niet-professionele klant, met geen of weinig ervaring in de van toepassing zijnde treasuryproducten en zonder een intern vastgelegd treasurybeleid. Het product waarover werd geadviseerd kan, anders dan Rabobank aanvoert, niet als een doorsnee plain vanilla renteswap worden gekarakteriseerd. Het feit dat het in een aantal gevallen, waaronder in 2006, om forward starting swaps ging, maakt dat dit financieel instrument als een gecompliceerder en meer risicovol product moet worden aangemerkt dan een gewone (plain vanilla) renteswap. De kans is dan immers aanwezig op een mismatch doordat het rentederivaat en de variabel rentende leningen niet op elkaar aansluiten wat betreft omvang of looptijd.

Verder is voor de beoordeling nog van belang dat Kontinex in 2006 de doelstelling had om ongeveer 50% tot maximaal 70% van het renterisico op haar variabel rentende leningen af te dekken (productie 4 bij conclusie van antwoord, vlg. ook de opmerkingen onder 5D in het TIF van 8 maart 2010, productie 2 bij dagvaarding). Overigens kan ook een plain vanilla swap niet worden beschouwd als een niet-complex product in de zin van de Wft / Mifid.

9.3 Kontinex stelt zich op het standpunt dat op Rabobank een vergaande zorgplicht rustte. Rabobank betwist dit. Voor zover Kontinex wil betogen dat zij (min of meer) gelijk gesteld kan worden met particulieren waarvoor een bijzondere zorgplicht geldt, is dit betoog ongegrond. Zij handelt immers bedrijfsmatig en kan niet op een lijn worden gesteld met een consument. Wel brengen de in 9.2 genoemde omstandigheden, de kwalificatie van Kontinex en de risicovolheid van het product, mee dat Rabobank Kontinex niet alleen de benodigde informatie moest verschaffen over renteswaps in het algemeen, maar haar ook in niet mis te verstane bewoordingen diende te informeren over de bijzondere risico's van de door haar geadviseerde en verkochte producten, met name:

- de gevolgen van een forward starting renteswap, mede gezien de doelstelling om ongeveer 50% van het renterisico af te dekken,
- de omstandigheid dat er een verhoogd risico op mismatch kan ontstaan als de renteswaps niet zijn afgestemd op de onderliggende leningen, (mvg nr. 3.61)
- de door de Rabobank (eventueel) in rekening te brengen debiteurenopslagen, welke opslagen niet door de renteswaps werden afgedekt,
- de bankmarges en de mogelijke gevolgen van een negatieve marktwaarde van de swaps.

Rabobank kon derhalve niet volstaan met de in de renteswapovereenkomst en de bijbehorende standaard bijlagen vervatte mededelingen, die uiterst summier van aard zijn. De grieven III, IV, V, VII en XIV slagen dan ook voor zover de rechtbank een meer terughoudende invulling aan de zorgplicht van Rabobank heeft gegeven.

9.4 Uit het voorgaande vloeit voort dat het verweer van Rabobank dat zij Kontinex niet verder behoefde voor te lichten dan zij heeft gedaan omdat Kontinex een eigen onderzoeksplicht heeft, wordt verworpen. De omstandigheid dat Kontinex een eigen financieel manager in dienst had maakt dat niet anders. Rabobank wist dat bij het opstellen van het eerste TIF, maar dat heeft er niet toe geleid dat aan Kontinex een ander predikaat werd gegeven dan de aanduiding dat zij geen of weinig ervaring had met renteswaps en bovendien werd genoteerd dat Kontinex geen eigen treasurybeleid had. Dat betekent dat Rabobank ervan uitging, of er in elk geval vanuit moest gaan, dat Kontinex geen deskundigheid in huis had op het gebied van de onderhavige financiële instrumenten. Een en ander wordt onderstreept door het feit dat Rabobank enige jaren later Kontinex heeft verplicht om deze financieel manager te vervangen door een interimmanager. De stelling van Rabobank dat Kontinex bij het afsluiten van de renteswapovereenkomsten ook werd bijgestaan door haar accountant heeft zij tegenover de gemotiveerde betwisting door Kontinex onvoldoende onderbouwd, zodat daaraan wordt voorbijgegaan. Dit betekent ook dat grief XVIII slaagt, voor zover daarin wordt geklaagd over het oordeel van de rechtbank dat Kontinex de werking van de renteswaps voldoende heeft begrepen.

9.5 Dit alles leidt ertoe dat Rabobank in fase I is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht door Kontinex niet in duidelijke bewoordingen voor te lichten over de risico's van forward starting renteswaps, mismatch, debiteurenopslag, bankmarges en de negatieve marktwaarde.

9.6 Ten aanzien van de in 2008 afgesloten renteswap voert Kontinex naast het voorgaande aan dat Rabobank in deze periode wist dat de rente niet zou stijgen dan wel zou dalen en ook daarom onjuist heeft geadviseerd.

9.7 Dat betoog wordt verworpen. De door Kontinex in haar pleitnota weergegeven cijfers betreffen, zoals zij zelf ook aangeeft, een renteverwachting, geen zekerheid. Het zou speculatie zijn als Rabobank op grond van die cijfers Kontinex een hard advies zou geven. Grief VIII faalt dan ook.

9.8 De grieven X en XI, waarin wordt betoogd dat het bedrag van de renteswaps niet in de pas liep met de omvang van de financieringen, slagen voor zover dit uiteenlopen van renteswaps en financieringsbehoefte het gevolg is van de forward starting renteswaps. Zoals hiervoor is overwogen

diende Rabobank Kontinex voor te lichten over de risico's daarvan, waaronder de mogelijkheid dat de renteswaps in de toekomst een ander percentage van de financieringen zouden afdekken dan Kontinex gezien haar doelstelling wenselijk achtte.

- 9.9 Ook grief XII slaagt, in die zin dat Rabobank Kontinex diende in te lichten over de hoogte van de toegepaste marges. Aan het verzoek van Kontinex om de passage in het contract waarin staat dat de bank altijd als wederpartij optreedt nietig te verklaren, wordt voorbijgegaan. Kontinex heeft daarbij geen belang meer nu Rabobank in haar memorie van antwoord erkent dat zij Kontinex adviseerde en dat geen sprake was van execution only dienstverlening.

Fase II: onjuiste advisering in de periode 2010-2013

- 10.1 Wat betreft fase II verwijt Kontinex Rabobank dat zij Kontinex heeft gedwongen om haar leningen af te lossen zonder haar te waarschuwen voor de nadelige gevolgen daarvan, bestaande in een overhedge van omstreeks € 10 miljoen, mede ten gevolge van het feit dat juist in deze periode de forward starting renteswaps in werking kwamen.
- 10.2 Rabobank voert hiertegen als algemeen bezwaar aan dat Kontinex, door in de memorie van grieven alleen te verwijzen naar artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden, haar vordering volstrekt onvoldoende heeft onderbouwd.
- 10.3 Dat verweer wordt verworpen. Uit hetgeen Rabobank vervolgens aanvoert, blijkt dat zij heeft begrepen dat Kontinex haar niet alleen verwijt dat zij artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden schond maar ook inhoudelijk heeft toegelicht dat zij Rabobank verwijt dat deze Kontinex dwong tot het nemen van maatregelen die leidden tot een overhedge.
- 10.4 Voor zover Kontinex met betrekking tot fase II aan Rabobank verwijt dat zij haar onvoldoende heeft voorgelicht over het aan de forward starting renteswaps verbonden gevaar van het ontstaan van een overhedge bij teruglopende investeringen, is dat verwijt hiervoor in fase I al beoordeeld in het kader van de zorgplicht van Rabobank bij het aangaan van de renteswapovereenkomsten.
- 10.5 Voor zover Kontinex in fase II een afzonderlijk verwijt aan Rabobank maakt dat deze haar heeft gedwongen tot het aflossen van de leningen en het verkopen van onroerend goed, is dat verwijt ongegrond. Kontinex heeft niet betwist dat het vanaf 2009 financieel slecht met het bedrijf ging. Ook heeft zij niet weersproken dat Rabobank in haar verhouding met Kontinex gerechtigd was om maatregelen te nemen en dat zij daarmee door ondertekening van de brief van 15 maart 2011 (productie 17 bij dagvaarding, inzake covenants 2011) heeft ingestemd. Verder wordt erkend dat de maatregelen een positieve invloed hadden op de solvabiliteit van Kontinex. Kontinex voert echter aan dat dit maar schijn was, omdat de werkelijke solvabiliteit van Kontinex verslechterde door de negatieve waarde van de renteswaps en het onzichtbare krediet van het 'Afgesproken Bedrag'. Dat betoog kan niet worden gevolgd. Doordat de renteswaps niet werden verkocht, werd de negatieve waarde van de renteswaps niet verwezenlijkt; zij bestond alleen op papier. Kontinex voert aan dat door de negatieve waarde haar financiële positie verslechterde en Rabobank om die reden overging tot het nemen van maatregelen, maar daarvan is onvoldoende gebleken, mede nu Kontinex ook zelf aangeeft dat het bedrijf in 2009 verlies draaide als gevolg van de economische crisis. Ook het 'Afgesproken Bedrag', het bedrag waarmee het totaal van de negatieve waarden van transacties het totaal van de positieve waarden mag overschrijden zonder dat dit aanleiding is voor maatregelen door de bank (productie 11 bij dagvaarding), is een fictief bedrag dat niet als krediet wordt aangemerkt. De conclusie is dus dat Rabobank maatregelen mocht nemen en dat die maatregelen ook hebben geleid tot een verbetering van de positie van Kontinex. Dit betekent dat grief XIX vergeefs is voorgesteld.
- 10.6 Grief XIII slaagt in die zin dat niet vast staat dat de in de brief van 15 maart 2011 bedoelde ratio's zijn verbeterd. Meer gevolgen kunnen aan het slagen van de grief niet worden verbonden.
- 10.7 Bij het in 10.5 overwogene is ervan uitgegaan dat Rabobank in 2010 en 2011 maatregelen nam. Grief XV is in zoverre terecht voorgesteld. In die overweging is er niet van uitgegaan dat de kwestie van de genomen maatregelen los staat van de renteswaps, waarmee voldoende recht is gedaan aan grief XVI.

- 10.8 Met grief XVII keert Kontinex zich tegen het oordeel van de rechtbank dat er geen sprake was van een overhedge omdat de renteswaps ook fungeerden als afdekking van het rekeningcourantkrediet en de lening van Kontinex Beheer. Kontinex stelt dat de renteswaps zowel naar hun aard als op grond van het afwijkende rentetarief niet geschikt waren om het krediet en de lening af te dekken.
- 10.9 Aangenomen kan worden dat renteswaps niet (langer) geschikt waren om een rekeningcourant krediet af te dekken. Dit blijkt uit het gespreksverslag van treasury van 24 augustus 2010 (productie 14 bij conclusie van antwoord), waarin op bladzijde 2 staat dat banken in essentie geen vaste kernen in rekeningen-courant meer wensen af te dekken middels derivaten. Maar gezien het feit dat sprake zou zijn van een overhedge, die Kontinex verplichtte tot het aflossen van de renteswaps die op dat moment een negatieve waarde hadden, heeft de afdekking van het rekeningcourantkrediet en de lening Kontinex geen nadeel, maar slechts voordeel gebracht, omdat zij daardoor de renteswaps niet behoefde te verkopen.

Verjaring en rechtsverwerking

- 11.1 Ook tegen de vordering tot schadevergoeding voert Rabobank als meest vergaand verweer aan dat deze vordering is verjaard, omdat Kontinex al op 21 juni 2006 de eerste renteswap aanging en toen op alle risico's is geweest.
- 11.2 De vordering tot vergoeding van schade verjaart vijf jaar nadat Kontinex zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geraakt. Dit moment is, anders dan Rabobank betoogt, niet aangebroken op het moment dat Kontinex de renteswaps aanging, maar eerst toen zij besepte of moest beseffen dat deze beleggingsproducten voor haar tot schadelijke gevolgen leidden. Dat moment was niet al aangebroken toen Kontinex ermee bekend werd dat de accountant de financiële instrumenten voor een passieve waarde van ongeveer 1,1 miljoen in de jaarrekening moest opnemen, omdat daarmee nog niet duidelijk behoefde te zijn dat de renteswaps schade veroorzaakten. Dat moment is wel aangebroken in 2011 toen een voormalig Rabobankmedewerkster Kontinex erop wees dat zij "bedonderd" was met de renteswaps. Nu Kontinex de vordering tot schadevergoeding geldend heeft maakt bij brief van 28 november 2013 van zijn advocaat, is de vordering niet verjaard.
- 11.3 Verder beroept Rabobank zich erop dat Kontinex haar recht heeft verwerkt om zich op de gebreken in de renteswaps te beroepen, omdat zij niet tijdig heeft geklaagd (art. 6:89 BW).
- 11.4 De in art. 6:89 BW neergelegde klachttermijn gaat lopen op het moment dat Kontinex het gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken. Zoals hiervoor reeds is overwogen moet worden aangenomen dat deze termijn een aanvang nam in 2011. Uit de verklaring van de bestuurder van Kontinex kan worden opgemaakt dat door Kontinex in datzelfde jaar bij Rabobank is geklaagd in die zin dat een gesprek met de bank is aangevraagd omdat zij een onzeker gevoel had bij de renteswaps en dat van de zijde van de bank toen geruststellende mededelingen zijn gedaan. Dat brengt enerzijds mee dat Rabobank reeds in 2011 ervan op de hoogte kon zijn dat Kontinex klachten had over de renteswaps en anderzijds dat Kontinex meer tijd mocht nemen voor onderzoek voordat zij een formele klacht indiende dan zonder dit gesprek en de geruststellende woorden van haar mocht worden verwacht. Als dan vervolgens ook de complexiteit van de producten en de ingewikkeldheid van de gebreken in aanmerking worden genomen, kan niet worden gezegd dat Kontinex te laat heeft geklaagd.

Causaal verband en schade

- 12.1 Kontinex stelt dat zij door de tekortkoming van Rabobank in de op haar rustende zorgplichten schade heeft geleden. De schade bestaat erin dat zij bij deugdelijke nakoming van de zorgplicht geen forward starting renteswaps zou hebben afgesloten. Aannemelijk is dat Kontinex als zij geen forward starting renteswaps zou hebben afgesloten, vastrentende leningen zou hebben gekozen.
- 12.2 Rabobank betwist dat er causaal verband bestaat tussen haar tekortkoming en de door Kontinex gestelde schade. Zij voert aan dat Kontinex als zij vastrentende leningen zou zijn aangegaan, meer zou hebben betaald, omdat het rentetarief daarvan, exclusief opslag, zich in de periode 2006-2008 op een hoger niveau bevond dan de renteswaps.

- 12.3 Dit verweer van Rabobank wordt verworpen. Kontinex vordert schadevergoeding op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Voor verwijzing naar de schadestaat is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is gemaakt. Dat heeft Kontinex gedaan, doordat zij heeft aangevoerd dat zij door de forward starting renteswaps uiteindelijk meer renteswaps had dan nodig was ter afdekking van haar leningen, waardoor zij tevens te veel (en te hoge) bankmarges en later ook opslagen heeft moeten betalen.
- 12.4 Kontinex voert aan dat haar kredietrisico substantieel lager zou zijn geweest, als zij geen renteswaps zou hebben aangeschaft. Rabobank zou haar dan geen of minder vergaande maatregelen hebben opgelegd, waardoor zij haar activa niet had behoeven te verkopen en geen of minder verhuis- en huurkosten zou hebben gemaakt, dan wel zouden na verkoop van activa haar financieringslasten substantieel zijn afgenomen.
- 12.5 Gelet op het feit dat de verkoop van de activa noodzakelijk werd doordat Kontinex hard werd getroffen door de economische crisis, is het goed mogelijk dat Kontinex ook als zij vastrentende leningen was aangegaan, maatregelen had moeten nemen om haar kredietrisico te beperken. Dit zal bij de vaststelling van de omvang van de schade moeten worden nagegaan, waartoe wellicht een deskundige zal moeten worden aangezocht.
- 12.6 Rabobank voert ook nog aan dat er sprake is van eigen schuld van Kontinex, op grond waarvan de schadevergoedingsplicht moet worden gematigd. De eigen schuld bestaat hierin dat Kontinex op eigen initiatief ertoe is overgegaan het renterisico van haar leningen af te dekken.
- 12.7 Zoals hiervoor in 7.3 is overwogen kan niet met zekerheid worden vastgesteld van wie steeds het initiatief tot het aangaan van renteswaps is uitgegaan. Zelfs als het initiatief voor het sluiten van een of meer renteswaps van Kontinex zou zijn uitgegaan geeft dat enkele feit onvoldoende reden om eigen schuld aan te nemen, omdat dit in de gegeven omstandigheden niets afdoet aan de zorgplicht van de Rabobank.
- 12.8 Rabobank verzet zich tegen de gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Zij stelt zich op het standpunt dat de kosten van de deskundige om de rentederivaten te beoordelen en de bankmarge te berekenen, slechts hebben gediend tot instructie van de zaak en dus vallen onder de forfaitaire proceskostenveroordeling.
- 12.9 Volgens art. 6:96 lid 2 aanhef en onder b BW komen redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking. Daartoe kunnen de onderhavige kosten van de deskundige worden gerekend. Zij waren redelijkerwijze noodzakelijk en ook naar omvang redelijk. Zij zijn gericht op het beoordelen van de schade en kunnen als zodanig niet gelijkgesteld worden met de kosten ter voorbereiding van dagvaarding of andere gedingstukken en kosten van de instructie van de zaak.

Bewijs

- 13.1 Aan het door Kontinex aangeboden bewijs wordt voorbijgegaan, omdat zij geen concreet bewijsaanbod heeft gedaan.
- 13.2 Ook aan de door Rabobank gedane bewijsaanbiedingen wordt voorbijgegaan. Wat betreft het bewijsaanbod onder (a) is niet in geschil dat Rabobank in de periode van 2002 tot 2005 voorlichting heeft gegeven aan CEP (rov. 7.2). De overige bewijsaanbiedingen betreffen feiten waarvan is uitgegaan of die niet van belang zijn.
- 13.3 Bij pleidooi in hoger beroep heeft Rabobank nog aangeboden stukken in het geding te brengen. Kontinex heeft daartegen bezwaar gemaakt. Aan dit aanbod wordt voorbijgegaan. Van een partij die zich beroept op stukken waarover zij beschikt, mag worden verlangd dat zij die uit zichzelf in het geding brengt. Nu Rabobank dat tot nu toe niet heeft gedaan, komt het in strijd met de goede procesorde om in dit late stadium nog stukken te overleggen.

Slotsom

14. De slotsom is dat de grieven voor een deel slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De primaire vordering onder I en de primair en subsidiair onder III in hoger beroep ingestelde vorderingen zullen worden afgewezen. De subsidiaire vordering onder II en de primair en subsidiair onder IV, V, VI en VII ingestelde vorderingen zullen worden toegewezen, de vordering onder VII zoals hierna wordt weergegeven.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam van 15 juli 2015;

en opnieuw recht doende:

- verklaart voor recht dat Rabobank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Kontinex met betrekking tot de advisering en de verkoop van renteswaps;

- veroordeelt Rabobank tot vergoeding van de Kontinex geleden en te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

- veroordeelt Rabobank tot vergoeding aan Kontinex van de buitengerechtelijke kosten van € 6.422,-;

- veroordeelt Rabobank tot restitutie van de door Kontinex aan Rabobank betaalde proceskosten in eerste aanleg, vermeerderd met de wettelijke rente tot aan de dag der algehele voldoening;

- veroordeelt Rabobank in de kosten van de procedure in eerste aanleg, aan de zijde van Kontinex begroot op € 86,02 aan exploitkosten, € 608,- aan griffierecht en € 6.422,- voor salaris van de advocaat;

- veroordeelt Rabobank in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van Kontinex begroot op € 77,84 aan exploitkosten, € 711,- aan griffierecht en € 2.682,- voor salaris van de advocaat;

- veroordeelt Rabobank in de nakosten, aan de zijde van Kontinex bepaald op € 131,- voor nasalaris van de advocaat, te vermeerderen, met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

- wijst het meer of anders gevorderde af;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M. Olthof, C.A. Joustra en D. Aarts en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 februari 2017 in aanwezigheid van de griffier.