

ECLI:NL:GHAMS:2019:75

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	15-01-2019
Datum publicatie	22-01-2019
Zaaknummer	200.219.032/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Renteswap. verhoging debiteurenopslag is onrechtmatig; geen sprake van strijd met Wet op de kansspelen, tegengesteld belang, doeloverschrijding en wilsgebreken; aanvulling (van de grondslagen) van de eis afgewezen
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I
zaaknummer : 200.219.032/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/596395 / HA ZA 15-988

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 15 januari 2019

inzake

1 SCHNEIDER REAL ESTATE B.V.,

gevestigd te Delfgauw,

2. SCHNEIDER GROUP B.V.,

gevestigd te Delft,

3. VACU-PRODUCTS B.V.,

gevestigd te Delft,

4. DUTCH CREATIVE BRANDS B.V.,

gevestigd te Delft,

5. INTERNATIONAL INNOVATION COMPANY SUBSIDIARIES B.V.,

gevestigd te Delft

6. de rechtspersoon naar buitenlands recht

DUTCH CREATIVE BRANDS GERMANY GmbH,

gevestigd te Hattingen, Duitsland

7. de rechtspersoon naar buitenlands recht

DUTCH CREATIVE BRANDS SPAIN SL,

gevestigd te Onda, Spanje

8. de rechtspersoon naar buitenlands recht

DUTCH CREATIVE BRANDS USA Inc.,

gevestigd te Indian Trail, Verenigde Staten

9. de rechtspersoon naar buitenlands recht

DUTCH CREATIVE BRANDS Ltd.,

gevestigd te Rushock, Verenigd Koninkrijk

10. de rechtspersoon naar buitenlands recht

INTERNATIONAL INNOVATION COMPANY BELGIUM BVBA,

gevestigd te Malle, België

11. de rechtspersoon naar buitenlands recht

INTERNATIONAL INNOVATION COMPANY FRANCE SARL,

gevestigd te Lille, Frankrijk

12. de rechtspersoon naar buitenlands recht

INTERNATIONAL INNOVATION COMPANY CANADA Inc.,

gevestigd te Surrey, Canada

appellanten,

advocaat mr. J.C.J. Wouters te Hilversum,

tegen

1 COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

gevestigd te Amsterdam,

2 FGH BANK NV,

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerden,

advocaat mr. A. van Hees te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellanten zullen hierna gezamenlijk Schneider Groep in mannelijk enkelvoud en Rabobank c.s. worden genoemd. Appellante sub 1 wordt SRE genoemd, geïntimeerde sub 1 Rabobank en sub 2 FGH.

Schneider Groep is bij dagvaarding van 14 juni 2017 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 15 maart 2017, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen Schneider Groep als eiser en Rabobank en FGH als gedaagden.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven en vermeerdering van de grondslagen van de eis en van de eis zelf, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Schneider Groep heeft met instemming van Rabobank bij brief van 13 september 2018 opgave gedaan van de juiste namen van appellanten en op verzoek van Rabobank meegedeeld dat FGH op 30 juni 2018 is gefuseerd met Rabobank.

Partijen hebben de zaak op 21 september 2018 doen bepleiten, Schneider Groep door mr. Wouters voornoemd en mr. R. Ludding, advocaat te 's-Gravenhage en Rabobank door mr. E.M. Sniijders, advocaat te Utrecht en mr. M.W.A. Schimmel, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd aan het hof. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft Schneider Groep bij akte nog de producties 26 tot en met 35 in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Schneider Groep heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, uitvoerbaar bij voorraad:

- I) ter zake van de renteswapovereenkomst 21 verklaringen voor recht uit te spreken, nader omschreven onder I op bladzijde 47 e.v. van de memorie van grieven;
- II) Rabobank c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Schneider Groep van primair € 6.910.602 althans subsidiair € 5.857.661, beide bedragen te vermeerderen, met de aangroei na 31 augustus 2017 van de schadeposten zoals omschreven op bladzijde 49 onder II van de memorie van grieven;
- III) Rabobank c.s. hoofdelijk te veroordelen om aan Schneider te betalen de schade als uiteengezet in onderdeel 9 van de inleidende dagvaarding, nader op te maken bij staat met rente;
- IV) Rabobank c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Schneider van € 106.512, met rente.
- V) Rabobank c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Schneider van 25% van de betalingsveroordelingen ingevolgde dit petitum;
- VI) Rabobank c.s. hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding.

Rabobank heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Schneider Groep in de kosten van het hoger beroep.

Rabobank heeft in hoger beroep bewijs van haar stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het vonnis onder 2, 2.1 tot en met 2.15, de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. De vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat komen de feiten neer op het volgende.

(i) Schneider Groep heeft vestigingen in elf landen; haar producten worden in meer dan tachtig landen verkocht. In 2006 bedroeg haar jaaromzet € 18,2 miljoen. Haar CEO was een academisch geschoolde econoom en haar controller, die eerder werkzaam was geweest als registeraccountant, had een MBA behaald aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

(ii) SRE is een *special purpose vehicle*, opgericht voor de bouw van een nieuw bedrijfspand.

(iii) In verband met onder meer de financiering van de bouw van haar nieuwe bedrijfspand voor ca. € 16 miljoen heeft Schneider Groep eind 2006 het accountants- en advieskantoor Mazars ingeschakeld.

(iv) Schneider Groep heeft in 2006 in verband met de onder (iii) genoemde financiering een vijftal banken benaderd, waaronder Rabobank (in combinatie met FGH). Na enkele oriënterende gesprekken heeft Mazars aan drie banken een stuk genaamd "Termsheet Financiering bedrijfspand te Delfgauw ten behoeve van Vacu Vin en BIN-groep" (hierna: de Termsheet) uitgebracht.

(v) In de Termsheet is, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"Financieringsbehoefte

* Financiering aan onroerend goed vennootschap (op te richten bv) 100%

* Te vestigen zekerheden: hypotheek op onroerend goed

cessie van huurpenningen

geen ander onroerend goed geen garantstelling door aandeelhouder

geen eigen inbreng door verkoop huidig pand

(...)

Financieringsvraag

* Optimalisatie van de rentestructuur op langere termijn (periode van 10 jaar)

* Fixatie van de rente op een geoptimaliseerd maximum

* Financiering per object (grond, magazijn, kantoor)

* Financieringsvorm

(...)

* In bouwperiode geen renteverlies door bouwdeposito

* Gebruik van interest rate derivaten op basis van een low cost-zero cost basis"

(vi) Rabobank heeft in samenwerking met FGH een financiering aangeboden. Op 10 juli 2007 is er een gesprek gevolgd tussen Schneider Groep en Rabobank. Schneider Groep heeft zich in dit

gesprek laten bijstaan door Mazars. In een van dit gesprek door Rabobank opgesteld verslag is, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"- Met cliënt gesproken over de rentemarkt en de risico's in het kader van de nieuwe financieringsopzet. Cliënt heeft geen visie op de rente, maar wil het renterisico graag afdekken. (perceptie van renterisico en renterisicogevoeligheid bij klant en accountant is m.i. ruim aanwezig. Men is uitstekend in staat een goed afweging te maken m.b.t. het hedgen van dit risico).

- Met name de wens om de renterisico's beheersbaar te houden en een calculatiebasis te hebben zijn argumenten die de ondernemer duidelijk heeft weergegeven.

- (...)

- We hebben de Renteruil (SWAP) uitgebreid doorgesproken, waarna de cliënt heeft aangegeven dit in principe een passende oplossing voor hun vraagstuk te vinden.

- Er is voor de volledigheid wel gesproken over het alternatief van een collarconstructie, de klant heeft aangegeven de voorkeur te hebben voor een SWAP. (primair vanuit het standpunt dat men wil weten waar men aan toe is, men wil kunnen calculeren)."

(vii) Een tweede gesprek vond plaats op 8 augustus 2007 en een derde gesprek op 2 november 2007. In dit laatste gesprek heeft Schneider Groep besloten om in te gaan op het financieringsvoorstel van Rabobank. De voorlichting over renteswap aan Schneider Groep is gegeven aan de hand van een gepersonaliseerd document getiteld "Uitgestelde Renteruil". In dit document is vermeld dat de rentelasten 4,64% zullen bedragen, exclusief debiteurenopslag. Tevens is in dit document vermeld:

"Tenslotte kan de transactie altijd aangepast of beëindigd worden. Afhankelijk van marktomstandigheden ontvangt of betaalt u hiervoor een premie. Bij algehele aflossing van de onderliggende financiering(en) kan uit hoofde van de renteruil een verplichting resteren."

Op 2 november 2007 hebben SRE en de Rabobank een stuk getekend, genaamd "Overeenkomst Financiële Derivaten", met als bijlagen de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank, de Bijlage Informatie Financiële Derivaten, de Bijlage Verschaffing van Dekking en het Treasury Inventarisatie Formulier.

(viii) Op 2 november 2007 zijn SRE en Rabobank een renteswap overeengekomen met ingangsdatum 1 januari 2009, een looptijd van 10 jaar, een aflopend nominaal bedrag van € 12.720.000 en een vaste rente van 4,65%. De afgesloten renteswap is een zogenoemde payer swap.

(ix) Op 9 november 2007 is voor de bouw van het nieuwe bedrijfspand door FGH aan SRE een lening verstrekt met een looptijd van in eerste instantie 5 jaar van € 12 miljoen op basis van 3-maands Euribor (per 15 november 2007 gewijzigd in 1-maands Euribor), met een opslag van 115 basispunten, te verlagen tot 90 basispunten na afwikkeling van het bouwdepot (hierna: de FGH-lening).

Op diezelfde dag is voor de bouw van het nieuwe bedrijfspand door Rabobank aan (indirect) SRE een aanvullende lening van € 4,5 miljoen verstrekt met een looptijd van maximaal 5 jaar op basis van 1-maands Euribor, met een opslag van 100 basispunten (hierna: de Rabo-lening).

Eveneens op 9 november 2007 is door Rabobank een krediet in rekening-courant verstrekt ter financiering van werkkapitaal van Schneider Groep, tegen 1-maands Euribor en met een opslag van 125 basispunten (hierna: het rekening-courant krediet).

(x) Halverwege 2008 werd duidelijk dat de marges en Ebitda (Earnings before interest, tax, deductions and amortization) van Schneider Groep dalende waren. In het vierde kwartaal van 2008 ontstond er een liquiditeitstekort. Vanaf mei 2009 is het beheer van Schneider Groep overgedragen aan de afdeling Bijzonder Beheer van Rabobank.

(xi) In 2010 heeft er een herstructurering van de Rabo-lening en het rekening-courant krediet plaats gevonden onder begeleiding van de afdeling Bijzonder Beheer. In verband met het toegenomen kredietrisico van Schneider Groep is de debiteurenopslag op beide financieringen verhoogd. Op dat moment was het nominale bedrag van de renteswap op grond van de gemaakte afspraken al teruggelopen tot een niveau waarop dit effectief alleen nog het renterisico op de

FGH-lening (deels) afdekte. Rabobank heeft de debiteurenopslag op het krediet in rekening-courant en de (niet langer door de renteswap afgedekte) Rabo-lening verhoogd om het toegenomen debiteurenrisico te compenseren.

(xii) Na afloop van de FGH-lening per 1 juli 2014 hebben partijen overeenstemming bereikt over herfinanciering op basis van een offerte van 18 juni 2014 voor de verlenging van de FGH-lening tot 1 juli 2017 voor een hoofdsom van bij aanvang € 10.290.000. Daarbij is de debiteurenopslag in verband met het verslechterde risicoprofiel van Schneider Groep na een initieel voorstel van 280 basispunten - na onderhandeling - vastgesteld op 250 basispunten. Het nominale bedrag van de renteruil was nog € 8.496.000, welk bedrag ieder kwartaal werd verlaagd met € 192.000.

(xiii) Bij brief van 11 februari 2015 heeft de advocaat van Rabobank aan de toenmalige gemachtigde van Schneider Groep, samengevat, het volgende bericht. Bij herfinanciering van de FGH-lening per 1 juli 2014 is ten onrechte aanspraak gemaakt op een met 70 basispunten verhoogde liquiditeitsopslag, aangezien Schneider Groep niet bedacht had hoeven zijn op een niet door de renteswap afgedekte liquiditeitsopslag, zodat in verband daarmee een correctie dient plaats te vinden. Ook is door Rabobank erkend dat sprake was van een (theoretische) overhedge, doordat de swap doorloopt tot 1 januari 2019 en de FGH-lening tot 1 juli 2017. Daarom is toegezegd dat de eventuele negatieve marktwaarde zal worden vergoed indien de FGH-lening door toedoen van FGH niet wordt geherfinancierd vanaf juli 2017.

(xiv) In juni 2016 heeft SRE een negatieve marktwaarde betaald van € 60.340 in verband met een aanpassing van de financieringsstructuur.

(xv) In november 2016 is de renteswap beëindigd. Ter afwikkeling van het rentederivaat heeft SRE een negatieve marktwaarde betaald van € 741.800.

- 2.2 Schneider Groep heeft in eerste aanleg gevorderd - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad - 12 verklaringen voor recht uit te spreken alsmede Rabobank c.s. te veroordelen tot betaling van diverse bedragen alsmede tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, steeds met de wettelijke rente.

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, en Schneider Groep veroordeeld in de proceskosten.

3 De beoordeling

- 3.1 Schneider Groep komt met tien grieven op tegen de beslissingen in het bestreden vonnis en de gronden waarop die berusten.

Als gevolg van de fusie met Rabobank op 30 juni 2018 heeft FGH opgehouden te bestaan. Bijgevolg dient Schneider Groep niet-ontvankelijk te worden verklaard voor zover het beroep is gericht tegen FGH.

- 3.2. Schneider Groep heeft in hoger beroep zijn eis gewijzigd. Nu Rabobank geen bezwaar hebben gemaakt tegen de eiswijziging en deze niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde zal het hof recht doen op de gewijzigde eis.

gespreksverslagen

- 3.3 Het hof ziet aanleiding eerst grief 2 te behandelen. Met deze grief betoogt Schneider Groep dat de rechtbank in rov. 4.2 ten onrechte beslissende betekenis toekent aan de verslagen die Rabobank heeft opgemaakt van de gesprekken van 10 juli 2007 en 2 november 2007. Schneider Groep stelt dat de rechtbank geen betekenis had mogen toekennen aan die verslagen, omdat die verslagen niet ter goedkeuring aan Schneider Groep zijn voorgelegd. Nu Schneider Groep ook in hoger beroep niet toelicht in hoeverre de verslagen de gesprekken niet juist weergeven, is niet komen

vast te staan dat de verslagen niet correct zijn. Anders dan Schneider Groep lijkt te betogen, volgt dat niet uit het enkele feit dat hij de verslagen niet heeft goedgekeurd. De opmerking van [X] , zoals vastgelegd in het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg, waarnaar Schneider Groep verwijst ziet, kort gezegd, op de debetrenteopslag en niet op hetgeen in de verslagen is vastgelegd. De grief faalt.

renteswap collar of cap

- 3.4 Grief 1 strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte niet heeft gerespondeerd op het Zeta-memo dat als productie 1 bij inleidende dagvaarding is overgelegd en niet heeft geoordeeld dat de daarin genoemde zero-cost participating cap en low-cost participating cap door Rabobank hadden moeten worden aangeboden en dat Schneider Groep gekozen zou hebben voor een zero-cost participating cap in plaats van voor een renteswap, als Schneider Groep al niet direct gekozen zou hebben voor een reguliere cap. Grief 3 bestrijdt het uitgangspunt van de rechtbank dat blijkens de Termsheet een vaste rente werd gewenst. Schneider Groep meent dat Rabobank allerlei andere alternatieven had moeten uitwerken als thans in hoger beroep in de memorie van grieven onder 2.34 tot en met 2.53 aan de orde zijn gesteld. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- 3.5 In de Termsheet is vastgelegd dat Schneider Groep "Fixatie van de rente op een geoptimaliseerd maximum" wenste met "Gebruik van interest rate derivaten op basis van een low cost-zero cost basis". Schneider Groep heeft op basis van de Termsheet gesprekken met drie banken gevoerd en besloten met Rabobank verder te gaan. In het verslag van de bespreking op 10 juli 2007 is vastgelegd dat Schneider Groep de voorkeur heeft uitgesproken voor een vaste rente aangezien men zekerheid wenst. De renteruil (swap) is uitgebreid doorgesproken, zo is in het verslag vastgelegd, en voor de volledigheid is ook gesproken over het alternatief van een collarconstructie. Ook is vermeld dat de klant heeft aangegeven de voorkeur te hebben voor de swap. Tijdens de eerder genoemde comparitie van partijen heeft [X] ook verklaard dat de collar en de renteswap aan bod zijn gekomen. Een collar is een combinatie van een gekochte rentecap en een verkochte floor met als resultaat dat nooit meer rente wordt betaald dan het in de rentecap overeengekomen renteplafond en nooit minder rente dan de in de floor overeengekomen rentevloer. Afhankelijk van de gekozen bandbreedte, het verschil tussen het renteplafond en de rentevloer, is een collar zero cost of low cost; zie tabel 2.1 in paragraaf 2.9 van het Zeta-memo van 16 juli 2015 (productie 1 bij inleidende dagvaarding). Nu de collar is besproken, moet voor Schneider Groep duidelijk zijn geweest dat, anders dan met een renteswap, met een collar, binnen de afgesproken bandbreedte, geprofiteerd kon worden van rentedalingen. Nu hij desondanks gekozen heeft voor een renteswap is niet aannemelijk geworden dat hij, indien niet de combinatie rentecap met rentefloor maar alleen de rentecap was besproken, gekozen zou hebben voor de rentecap. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat in juli 2007 de verwachting was dat de rente zou gaan stijgen en dat met de aankoop van een rentecap met een renteplafond van 4,65% tegen betaling van een premie van (minimaal) € 316.038 (zie tabel 4.3 in paragraaf 4.16 van het Zeta-memo van 12 september 2017; productie 23 bij memorie van grieven) wordt gespeculeerd op een - in juli 2007 niet voorziene - (aanzienlijke) rentedaling. Bovendien sloot een rentecap daarmee niet aan bij de wens van de Schneider Groep om een rentederivaat af te sluiten op een zero cost of low cost basis. Het hof volgt Schneider Groep niet in zijn betoog dat Rabobank als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener hem in juli 2007 zelfs had 'moeten adviseren tegen' het afsluiten van een vastrentende lening en een variabelrentende lening gecombineerd met een renteswap. Reeds niet omdat Rabobank, zo heeft Schneider Groep tijdens de comparitiezitting erkend, geen rentedaling had behoeven te voorzien. Verder is van belang dat de in de memorie van grieven gepropageerde zero cost of low cost constructies geheel voorbij gaan aan het destijds reëel geachte risico van een rentestijging, zodat die constructies in geval van een rentestijging door een hoger renteplafond en/of gedeeltelijk ontbreken van een renteplafond ongunstig voor Schneider Groep zouden hebben uitgepakt. In zoverre leiden de nu door Schneider Groep voorgestane constructies aan *hindsight bias*. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 1 en 3 falen.

verhoging debiteurenopslag

- 3.6 Met grief 4 bestrijdt Schneider Groep dat, zoals de rechtbank overweegt (rov. 4.5), hij niet heeft weersproken dat Rabobank c.s. de debiteurenopslag gedurende de looptijd van de door de swap afgedekte lening niet heeft verhoogd. Schneider Groep voert in hoger beroep aan dat de verhogingen van de debiteurenopslag tot 250 basispunten en 180 basispunten in strijd zijn met de verwachting van een opslag niet hoger dan de initiële opslag. Rabobank stelt daar tegenover dat uit de gepersonaliseerde productinformatie die Rabobank voorafgaand aan het sluiten van de renteswap aan Schneider Groep heeft overhandigd volgt dat de debiteurenopslag niet werd afgedekt door de renteswap. Dienaangaande geldt het volgende.
- 3.7 Rabobank heeft onder verwijzing naar de Termsheet herhaaldelijk aangevoerd dat Schneider Groep een vaste rente wenste. In het licht van die voor Rabobank kenbare wens van Schneider Groep had Rabobank bij het tot stand komen van de renteswapovereenkomst er nadrukkelijk en ondubbelzinnig op moeten wijzen dat de renteswap de bevoegdheid van FGH tot aanpassing van de opslag onverlet liet en dat er zodoende een risico bestond dat Schneider Groep ondanks de combinatie van de variabelrentende lening met de renteswap in de toekomst gedurende de looptijd van de renteswap - anders dan hij wenste - geconfronteerd zou kunnen worden met een stijging van zijn totale rentelasten. Aan die waarschuwingsplicht heeft Rabobank niet (voldoende) voldaan. In de gepersonaliseerde productinformatie die Rabobank stelt aan Schneider Groep te hebben overhandigd (productie 8 bij conclusie van antwoord), hetgeen Schneider Groep betwist, staat nergens in duidelijke bewoordingen dat de renteswap geen gevolgen heeft voor de bevoegdheid van de bank om de debiteurenopslag aan te passen. Weliswaar staat in het stuk dat de rentelasten exclusief debiteurenopslag zijn, maar die mededeling is nog geen ondubbelzinnige en voldoende begrijpelijke waarschuwing dat die opslag óók in combinatie met de renteswap kan worden verhoogd. Evenmin is gesteld of gebleken dat Rabobank een dergelijke waarschuwing nog vóór het aangaan van de renteswap (mondeling) buiten het verstrekte voorlichtingsmateriaal heeft gegeven, of zich er anderszins van heeft vergewist dat Schneider Groep voldoende van het risico van toekomstige fluctuaties in de debiteurenopslag (en daarmee ook de totale rentelasten) was doordrongen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Rabobank Schneider Groep heeft meegedeeld dat met een combinatie van een variabelrentende lening en een renteswap het renterisico was afgedekt en resulteerde in een vaste rente. Dat Schneider Groep bij het verlengen van de vijfjarige lening bij FGH heeft onderhandeld over de debiteurenopslag maakt het vorenstaande niet anders. De conclusie is dat Rabobank onrechtmatig jegens Schneider Groep heeft gehandeld en dat zij de schade die Schneider Groep door de verhoging van de debiteurenopslag heeft geleden moet vergoeden. Nu Rabobank het gevorderde bedrag van € 106.512 onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, zal het hof uitgaan van dat bedrag. Schneider Groep heeft gevorderd Rabobank en FGH hoofdelijk te veroordelen tot betaling van dat bedrag. Nu Schneider Groep niet-ontvankelijk is in zijn beroep tegen FGH moet reeds op die grond de gevorderde hoofdelijke veroordeling worden afgewezen.

Rabobank stelt dat, voor zover haar al iets te verwijten valt, in ieder geval een belangrijk deel van de schade op grond van artikel 6:101 BW voor rekening van Schneider Groep dient te blijven, omdat niet Rabobank, maar Schneider Groep de Termsheet heeft opgesteld, de *pitch* heeft uitgeschreven én de winnaar daarvan heeft bepaald. In genoemde omstandigheden ziet het hof geen aanleiding om de schade uit hoofde van de verhoging van de debetrenteopslag aan te merken als het gevolg van een aan Schneider Groep toe te rekenen omstandigheid, zodat 100% van de schade uit hoofde van de verhoging van de opslag voor vergoeding in aanmerking komt. De billijkheid vereist geen andere verdeling van de schade.

De wettelijke rente zal worden toegewezen zoals gevorderd onder IV van het petitum, nu Rabobank daartegen geen bezwaar heeft gemaakt.

Voor de volledigheid overweegt het hof nog dat de bezwaren van Schneider Groep geen betrekking hebben op het verschil in looptijd van de renteswap, tien jaar, en van de variabelrentende lening, vijf jaar.

Wet op de kansspelen

- 3.8 Grief 5 strekt ten betoge dat de rechtbank in rov. 4.6 ten onrechte heeft overwogen dat een renteswapovereenkomst geen verboden kansspel is als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder a van de Wet op de kansspelen (hierna: WoK). Schneider Groep betoogt dat sprake is van een verboden kansspel omdat de wederpartij van de bank de gelegenheid wordt geboden mee te dingen naar prijzen of premies, terwijl de aanwijzing van de winnaars geschiedt door enige kansbepaling waarop de deelnemers in het algemeen geen overwegende invloed kunnen uitoefenen. De door de klant betaalde vaste rente vormt volgens Schneider Groep de inleg en het verschil tussen de vaste rente en de door de bank aan de klant betaalde variabele rente de (te winnen) prijs (als de variabele rente hoger is dan de vaste rente) of het verlies (als de variabele rente lager is dan de vaste rente).
- 3.9 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat die redenering niet opgaat, omdat een behaald geldelijk voordeel ten onrechte wordt gelijkgesteld aan een prijs of premie. Doel van de renteswap is immers afdekking van een renterisico op een variabelrentende lening. Dat een renteswap als neveneffect heeft dat er periodiek een geldelijk voordeel kan worden behaald of geldelijk nadeel kan worden geleden ter grootte van het verschil tussen de vaste en de variabele rente, maakt niet dat sprake is van een kansspel in de zin van de WoK, waarbij niet van belang is dat Schneider Groep bij het aangaan van de renteswap, zoals hij stelt, geen rentevisie had. Bovendien verliest Schneider Groep de doelstelling van de renteswap uit het oog, namelijk fixatie van de door hem te betalen debetrente. In plaats van een variabelrentende lening in combinatie met een renteswap had hij ook kunnen kiezen voor een vastrentende lening. Het resultaat zou ook dan zijn geweest dat hij niet afhankelijk was van de ontwikkeling van het Euribor-tarief. Anders dan Schneider Groep betoogt, volgt uit het arrest van het Bundesgerichtshof van 22 maart 2011, waarnaar hij in dit verband verwijst, niet dat een renteswap die wordt afgesloten ter afdekking van een renterisico zou moeten worden gekwalificeerd als een verboden kansspel.

tegengesteld belang

- 3.10 Met grief 6 bestrijdt Schneider Groep het oordeel van de rechtbank dat niet valt in te zien waar het door Schneider Groep gestelde tegengesteld belang op ziet, gegeven dat Rabobank de met Schneider Groep afgesloten payer swap om redenen van prudentie op geaggregeerd niveau heeft tegengesloten door middel van een receiver swap met een derde partij. Schneider Groep betoogt dat Rabobank door het tegensluiten uitsluitend haar eigen belang heeft gediend en aldus gehandeld heeft in strijd met het door de wetgever beoogde integere bedrijfsvoering en met de zorgplicht jegens SRE.
- 3.11 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat Rabobank in de onderhandelingen over de renteswap (ook) een eigen belang diende. Bovendien is Rabobank op grond van wettelijke regels verplicht payer swaps op geaggregeerd niveau door middel van receiver swaps tegen te sluiten. Voor zover Schneider Groep suggereert dat Rabobank aan Schneider Groep een variabelrentende lening met een payer swap heeft aangeboden omdat zij vanwege de grote vraag naar receiver swaps belang had bij de verkoop van payer swaps, gaat het hof daaraan als onvoldoende toegelicht voorbij. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Schneider Groep blijkens de Termsheet zelf koos voor "interest rate derivaten op basis van een low cost-zero cost basis", zodat ook niet gezegd kan worden dat het initiatief tot het aangaan van een variabelrentende lening bij Rabobank lag; bij een vastrentende lening zijn interest rate derivaten immers niet aan de orde. De grief faalt.

doeloverschrijding

- 3.12 Grief 7 strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het aantrekken van de benodigde leningen en het afdekken van het renterisico op die leningen binnen de statutaire doelstelling van SRE vallen. Schneider Groep stelt dat op grond van geldend Nederlands recht niet van belang is of de doelomschrijving een bepaalde rechtshandeling mogelijk maakt, maar beslissend is of de betreffende rechtshandeling het belang van de vennootschap dient. Dat nu kan met een rechtshandeling die bestaat uit een combinatie van een variabelrentende lening

en een renteswap zoals in dit geding aan de orde is, niet het geval zijn, omdat er veel betere alternatieven waren. Het belang van SRE was in het bijzonder niet gediend met het overnemen van het risico op rentedaling van Rabobank en ook niet met het aanvaarden van een risico tot betaling van maximaal € 4.361.836, de betaalde swaprente. Schneider Groep betoogt, zo begrijpt het hof, dat hij door het aangaan van de payer swap het risico op rentedaling van Rabobank als gevolg van de door haar reeds afgesloten receiver swaps heeft overgenomen. Bij een door Rabobank aangegane receiver swap ligt het risico op een rentedaling namelijk bij Rabobank. Bij een receiver swap ruilt de wederpartij van de bank een vaste rente tegen een variabele rente: de bank betaalt de vaste rente aan de wederpartij en de wederpartij betaalt een variabele rente aan de bank; een daling van het variabele rentetarief is dan voor de bank nadelig; zij ontvangt het lagere variabele tarief maar moet het vaste tarief aan de wederpartij betalen. Dienaangaande geldt het volgende.

3.13 Schneider Groep heeft door de renteswap de rente die hij moet betalen gefixeerd. Ongeacht de hoogte van de variabele rente moet hij steeds de swaprente aan Rabobank betalen: de variabele rente die Schneider Groep moet betalen valt immers weg tegen de variabele rente die Rabobank aan Schneider Groep betaalt. Het gevolg is dat Schneider Groep niet langer is blootgesteld aan het risico van rentestijgingen. De keerzijde daarvan is dat hij dan ook niet langer kan profiteren van rentedalingen, hetgeen voor Schneider Groep ook van meet af aan duidelijk was. Dat hij niet langer kan profiteren van rentedalingen is geen van Rabobank overgenomen risico op rentedalingen, maar een bewuste keuze van Schneider Groep. Voorts verliest Schneider Groep uit het oog dat het initiatief voor het afsluiten van de renteswap niet bij Rabobank lag, maar bij Schneider Groep. In het licht daarvan heeft Schneider Groep zijn stelling dat Rabobank de renteswap alleen met hem is aangegaan vanwege reeds door haar aangegane receiver swaps onvoldoende toegelicht. Daarbij is nog van belang dat ten tijde van het aangaan van de renteswap Rabobank geen rekening behoefde te houden met (sterke) rentedalingen.

wilsgebreken

3.14 Met grief 8 betwist Schneider Groep het oordeel van de rechtbank in rov. 4.9 dat het beroep op dwaling in de persoon en op een ander wilsgebrek niet opgaat.

Voor zover Schneider Groep in hoger beroep voor het eerst aanvoert dat hij gedwaald heeft omtrent de inhoud van de renteswap, heeft Rabobank terecht naar voren gebracht dat het beroep op dwaling is verjaard. De renteswap is aangegaan op 2 november 2007 en de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling verjaart drie jaar nadat, de dwaling is ontdekt. Nu de renteswap ten tijde van het hoger beroep nog niet op grond van dwaling was vernietigd en in het licht van de gegeven omstandigheden (de renteswap is uitgebreid doorgesproken, zie rov 3.5) onvoldoende is gesteld of gebleken dat de dwaling pas in september 2014 of later is ontdekt, was de rechtsvordering tot vernietiging ten tijde van de memorie van grieven, september 2017 verjaard. Voor zover Schneider Groep aan de dwaling in de persoon ten grondslag legt dat hij het risico op rentedaling van Rabobank heeft overgenomen gaat het hof daaraan, onder verwijzing naar rov. 3.13, voorbij. Andere wilsgebreken dan dwaling worden door Schneider Groep niet aangevoerd. Tegen deze achtergrond heeft Schneider Groep geen voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW om een verklaring voor recht te (kunnen) vorderen dat de renteswap tot stand is gekomen onder invloed van wilsgebreken.

overig

3.15 In rov. 4.10 wijst de rechtbank er voor de goede orde nog op dat in deze zaak, anders dan in de meeste renteswapzaken geen aanspraak is gemaakt op vergoeding van de betaalde negatieve waarde van € 60.340 en € 741.800, maar op vergoeding van de over de periode tot 1 juli 2015 (deels) fictief) onttrokken cashflow (zijnde het verschil tussen de betaalde vaste rente en variabele rente en het verschil in kosten tussen swap en cap, rekening houdend met te betalen premie en fictieve mark-to-market waarde per 1 juli 2015). In grief 9 erkent Schneider Groep dat hij in eerste aanleg op onvoldoende wijze tot uitdrukking heeft gebracht dat hij ook de betaalde bedragen van € 60.340 en € 741.800 (terug)vorderde en dat hij op dat punt duidelijker had

moeten zijn. In hoger beroep handhaaft Schneider Groep de vordering van € 3.871.244 zoals berekend in bijlage (het hof leest:) III: Totale schade van het Zeta-memo van 11 januari 2017. Daaruit volgt dat Schneider Groep ook in hoger beroep niet afzonderlijk aanspraak maakt op vergoeding van de negatieve waarden.

Aanvulling (van de grondslagen) van de eis

(i) onverschuldigd betaalde premie van € 164.646

3.16 Schneider Groep betoogt dat Rabobank in strijd met het kenmerk van een renteswap dat deze geen premie-investering vergde 'op slinkse wijze' een premie van € 164.646 in rekening heeft gebracht die Schneider Groep ook heeft betaald. Deze premie bestaat uit een verborgen marge van 0,22% als onderdeel van de vaste renteswaprente van 4,65%. Rabobank brengt daar tegenin dat door de bank bij alle bancaire producten bovenop de kostprijs een zekere marge wordt berekend.

Rabobank heeft terecht aangevoerd dat het feit dat bij de klant via de periodieke rentebetalingen onder de renteswap een zekere marge in rekening wordt gebracht, niet maakt dat daarmee ook sprake zou zijn van een - laat staan 'in strijd met het kenmerk van een renteswap' vastgestelde - premie. Ook overigens valt niet in te zien dat en waarom Schneider Groep de bancaire marge binnen de overeengekomen vaste swaprente onverschuldigd aan Rabobank zou hebben betaald. De in het petitum onder 11 gevorderde verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst heeft geleid tot onverschuldigde betaling van een premie van € 164.464 moet daarom worden afgewezen.

(ii) onverschuldigde betalingen van € 4.405.773

3.17 Schneider Groep betoogt dat de betaalde swaprente, iedere drie maanden met ingang van 1 april 2009 en in de vorm van betaalde negatieve waarde op 1 april en 9 november 2016, gezien moet worden als betaalde premie. Volgens Schneider Groep heeft SRE de door haar betaalde swaprente, in totaal, zo volgt uit bijlage I bij het Zeta-memo van 12 september 2017 (productie 23 bij memorie van grieven), een bedrag van € 4.405,773, onverschuldigd betaald, omdat het betalen van premie in strijd is met het door Rabobank uitgedragen kenmerk van een renteswap dat er geen premie wordt betaald. Dienaangaande geldt het volgende.

In enkele arresten (ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647 en ECLI:NL:GHAMS:2017:3043) heeft dit hof geoordeeld dat de prestatie van de bank bestaat uit het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente en dat de klant erin heeft toegestemd een tegenprestatie te verrichten, bestaande uit het betalen van de swaprente. Daaruit leidt Schneider Groep ten onrechte af dat de verschuldigde swaprente beschouwd moet worden als een premie en vervolgens dat de swaprente onverschuldigd is betaald. Er zou alleen sprake zijn van onverschuldigde betaling als bedoeld in artikel 6:203 lid 1 BW als er voor de betalingen van de swaprente geen rechtsgrond was aan te wijzen. Een rechtsgrond voor die betalingen is er echter wel: de renteswapovereenkomst die SRE met Rabobank heeft gesloten. Daarin is vastgelegd dat SRE een vaste swaprente van 4,65% aan Rabobank betaalt en Rabobank een variabele rente aan SRE.

3.18 Voorts stelt Schneider Groep dat er een tweede zelfstandige grond voor de vordering uit onverschuldigde betaling van SRE is. Als gevolg van het feit dat Rabobank het van SRE overgenomen renterisico ten aanzien van de Euribor-betalingen op haar beurt op geaggregeerd niveau heeft tegengesloten, liep Rabobank niet meer het risico op rentestijging dat zij onder de renteswap met de betaling van € 4.405.773 van SRE had overgenomen, aldus Schneider Groep. Allereerst kan niet gezegd worden dat Rabobank met de betaling van € 4.405.773 het risico op rentestijging van SRE heeft overgenomen. Voorts betekent het enkele feit dat Rabobank de renteswap op geaggregeerd niveau heeft tegengesloten, niet dat SRE de swaprente onverschuldigd heeft betaald. Het tegensluiten van de renteswap heeft niet tot gevolg, zoals

Schneider Groep lijkt te veronderstellen, dat de verplichtingen van Schneider Groep onder de renteswap zonder rechtsgrond zijn verricht dan wel dat door het tegensluiten de renteswap nietig is of is vernietigd.

Gezien het vorenstaande moet de in het petitum onder 12 gevorderde verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst heeft geleid tot onverschuldigde betalingen van € 4.405.773 worden afgewezen.

(iii) de premie-investering zou slechts € 316.038 hebben bedragen

3.19 Schneider Groep betoogt dat een rentecap met dezelfde prestatie als de renteswap beschikbaar was voor een *upfront* premie van € 316.038 en dat de rentecap slechts 7,20% van de renteswap kostte.

Bij de behandeling van grief 1 en 3 heeft het hof in rov 3.5 geconcludeerd dat niet aannemelijk is geworden dat SRE gekozen zou hebben voor een rentecap. Bijgevolg heeft Schneider Groep geen belang bij de in het petitum onder 13 gevorderde verklaring voor recht dat de investering voor een premie van een rentecap niet € 4.361.836 bedragen zou hebben, maar slechts € 316.038, wat er verder zij van die stelling.

(iv) de wil van Schneider Groep is nooit gericht geweest op het overnemen van het renterisico van Rabobank

3.20 Bij de behandeling van grief 7 heeft het hof in rov 3.13 reeds geconcludeerd dat SRE niet het risico op rentedalingen van Rabobank heeft overgenomen. Daaruit volgt dat Schneider Groep geen belang heeft bij de in het petitum onder 14 gevorderde verklaring voor recht dat de wil van Schneider Groep nooit gericht is geweest op het overnemen van het renterisico van Rabobank.

(v) Rabobank had ter afdekking van het overgenomen renterisico een floor moeten adviseren c.q. verplicht moeten stellen

3.21 In de toelichting gaat Schneider Groep weer uit van de onjuiste veronderstelling dat SRE het renterisico ten bedrage van € 4.361.836 van Rabobank heeft overgenomen. Daarop voortbordurend meent Schneider Groep dat Rabobank hem had moeten adviseren of zelfs had moeten verplichten een floor te kopen voor € 456.602. Met die floor zou SRE wel hebben geprofiteerd van rentedalingen.

Anders dan Schneider Groep stelt heeft Rabobank niet gezwegen over de collar. [X] heeft tijdens de comparitie van partijen verklaard dat de collar aan bod is gekomen, hetgeen ook in het gespreksverslag is vastgelegd; een collar is een combinatie van een cap en een floor (zie rov. 3.5). Gezien het feit dat Schneider Groep (bijna) kosteloze interest rate derivaten en een vaste rente wenste en Rabobank de (sterke) rentedalingen in 2007 niet hoefde te voorzien, valt niet in te zien dat Rabobank SRE had moeten verplichten een floor te kopen voor een bedrag van € 456.602. De in het petitum onder 15 gevorderde verklaring voor recht dat Rabobank, ter afdekking van het aldus overgenomen risico, een floor had moeten adviseren c.q. verplicht had moeten stellen moet worden afgewezen.

(vi) Rabobank heeft verzuimd een uitgewerkt scenario te presenteren

3.22 Schneider Groep is van mening dat Rabobank een scenario had moeten presenteren, met daarin tenminste uitgewerkt, de rentekosten van (i) een vastrentende lening, (ii) een vastrentende lening, gecombineerd met een receiver swap, (iii) een vastrentende lening gecombineerd met een rentefloor, (iv) een variabelrentende lening gecombineerd met een payer swap, (v) een variabelrentende lening gecombineerd met een rentecap, alle vijf bij stijgende en dalende Euribor en gedurende een periode van tien jaar. Dienaangaande geldt het volgende.

Schneider Groep, bijgestaan door zijn accountant Mazars, heeft in 2006 een vijftal banken benaderd voor de financiering van de bouw van een bedrijfspand. Na de oriënterende gesprekken zijn twee banken afgefallen. Vervolgens is een zogenoemde *pitch* uitgeschreven onder de drie overgebleven banken. Daartoe heeft Mazars de Termsheet opgesteld, met daarin de voorwaarden

waaraan de door Schneider Groep gewenste financiering moest voldoen. De Termsheet vormde het uitgangspunt bij de verdere gesprekken met de drie banken. In het licht van de gevolgde selectieprocedure valt niet in te zien dat Rabobank niet had mogen uitgaan van de in de Termsheet vastgelegde financieringswensen en daarvan had moeten abstraheren en weer bij 'nul' had moeten beginnen. Nu sprake was van een *pitch* lag het ook voor de hand dat de drie overgebleven banken, waaronder Rabobank, uitgingen van de financieringswensen in de Termsheet. Reeds op die grond is het hof van oordeel dat niet gezegd kan worden dat Rabobank in 2007 heeft verzuimd een uitgewerkt scenario te presenteren. De in het petitum onder 16 gevorderde verklaring voor recht zal worden afgewezen.

(vii) Rabobank had vóór 15 oktober 2008 een rentecap moeten adviseren wegens meerwaarde

3.23 Schneider Groep betoogt dat de waarde van de prestatie van Schneider Groep onder de renteswap, het overnemen van het risico op rentedaling, groter was dan de prestatie van Rabobank onder de renteswap, het overnemen van SRE van het risico op rentestijging. Het gaat, uitgaande van de datum van 2 november 2007, om een verschil van € 140.564 tussen de voor een floor te ontvangen premie van € 456.602 en de voor een cap te betalen premie van 316.038 (zie ook paragraaf 4.3 e.v. van het hiervoor genoemde Zeta-memo van 12 september 2017). Met dat bedrag had een rentecap met een uitoefenprijs van 5,50% kunnen worden aangekocht, waarmee nagenoeg 100% van het onderliggende exposure van SRE had kunnen worden afgedekt, aldus Schneider Groep.

Het hof heeft reeds geoordeeld dat de tegenprestatie onder de renteswap niet bestond uit 'het overnemen van het risico op rentedaling van Rabobank', maar uit het betalen van de vaste swaprente van 4,65%. Reeds op die grond gaat het hof voorbij aan de bewering van Schneider Groep dat Rabobank vóór 15 oktober 2009 een rentecap had moeten adviseren wegens 'waardeverschil' tussen de prestaties van Schneider Groep en Rabobank. Daarbij komt dat, indien SRE een rentecap met uitoefenprijs van 5,50% zou hebben gekocht, het renteplafond 0,85% hoger zou liggen dan de afgesproken swaprente van 4,65%, met als gevolg dat SRE het risico zou hebben gelopen dat hij een (veel) hoger rentepercentage dan 4,65% zou moeten betalen. Dat SRE dat in 2007 dat risico zou hebben willen lopen is in het licht van de Termsheet niet aannemelijk. Het hof gaat ook voorbij aan het betoog van Schneider Groep, voor zover dat tot uitgangspunt neemt dat sprake is van een verborgen marge en de verborgen marge betreft bij het bedrag dat beschikbaar zou zijn voor de aankoop van een rentecap. Het hof heeft in rov 3.16 immers reeds geconcludeerd dat van een verborgen marge geen sprake is. De in het petitum onder 17 gevorderde verklaring voor recht zal dan ook worden afgewezen.

(viii) Rabobank had Schneider Groep moeten adviseren om vóór 15 oktober 2008 uit de positieve waarde van de renteswap een rentecap aan te kopen

3.24 Op 1 juli 2008 had de renteswap een positieve waarde van € 118.542 (zie paragraaf 4.5 en Tabel 4.2, kolom Virtuele Swap I van het Zeta-memo van 12 september 2017). Indien rekening gehouden wordt met de verborgen marge van 0,22%, in die zin dat niet wordt uitgegaan van de swaprente van 4,65% maar van 4,43% bedraagt de positieve waarde € 286.969 (zie Tabel 4.2, kolom Virtuele Swap III, van het Zeta-memo van 12 september 2017).

Uit hetgeen het hof reeds heeft overwogen volgt dat geen sprake is van een verborgen marge, in die zin dat Rabobank die marge niet in rekening zou mogen brengen. Voor de positieve waarde van € 118.542 zou een rentecap met een uitoefenprijs van 4,65% kunnen worden gekocht die het exposure voor 37,5% afdekt (118.542 is 37,5% van € 316.038, de premie van een rentecap met een uitoefenprijs van 4,65% en een exposure-afdekking van 100%; zie ook noot 4 op bladzijde 4 van het genoemde Zeta-memo). Dat betekent dat SRE voor 62,5% niet langer beschermd zou zijn tegen stijgingen van het Euribor-tarief. Reeds op die grond lag het niet op de weg van Rabobank Schneider Groep in die zin te adviseren. De in het petitum onder 18 gevorderde verklaring voor recht zal worden afgewezen.

(ix) tegensluiten/beëindiging van de renteswap na 8 oktober 2008

3.25 Schneider Groep brengt naar voren dat de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) op 8 oktober 2008 met een rentebesluit de zogenaamde beleidsrente heeft verlaagd. In de periode van oktober 2008 tot en met mei 2009 is die rente met in totaal 325 basispunten verlaagd, hetgeen ongekend was, aldus Schneider Groep. Er was sprake van bewust monetair beleid om de rente van de Euribor op de markt te verlagen, met als doel de economie te stimuleren en uiteindelijk de Eurozone uit de kredietcrisis te leiden. Deze ingreep door ECB wordt het transmissiemechanisme genoemd. Waar zonder de werking van een transmissiemechanisme als dat van ECB het principiële onmogelijk is om wetenschappelijk verantwoorde voorspellingen te doen voor de toekomstige ontwikkeling van de rente, was vanaf 8 oktober 2008 voorzienbaar dat dit transmissiemechanisme tot een langdurig lage Euribor zou leiden en dat is ook het geval geweest. De MKB-ondernemers die renteswaps hadden afgesloten, konden echter niet van die rentedaling profiteren, zo vat het hof het betoog van Schneider Groep samen. Schneider Groep meent dat de banken hadden kunnen en daarom ook hadden moeten ingrijpen om de schade voor hun MKB-klienten te beperken en dat geldt ook in de relatie Rabobank en Schneider Groep. Rabobank had de renteswap kunnen beëindigen. De verschuldigde negatieve waarde van de renteswap was gedurende de eerste maanden na 8 oktober 2008 nog betrekkelijk gering. In die maanden had Schneider Groep betrekkelijk goedkoop met Rabobank kunnen afrekenen. Schneider Groep zou dan de megaschade die zij, zonder die ingreep, zou gaan leiden, niet geleden hebben. Rabobank zou de (payer) swap ook hebben kunnen tegensluiten met een receiver swap. Dat zou ertoe hebben geleid dat Schneider Groep een vaste swaprente van Rabobank ontving en de lagere Euribor-rente aan Rabobank betaalde. Een receiver swap met een swaprente van 4,54% zou niets hebben gekost. Indien die receiver swap zou zijn afgesloten, zou SRE onder de bestaande swap aan vaste rente 4,65% aan Rabobank hebben betaald en uit de tegengesloten receiver swap aan vaste rente 4,54% van Rabobank hebben ontvangen. Dat betekent dat SRE gedurende de resterende looptijd van de renteswap per saldo de variabele Euribor-rente verhoogd met 0,11% aan Rabobank zou hebben betaald in plaats van de swaprente van 4,65%, aldus nog steeds Schneider Groep.

Schneider Groep ziet er in zijn betoog echter aan voorbij dat hij de rente gedurende tien jaar op low cost-zero cost basis wenste te fixeren. Het is een feit van algemene bekendheid dat, indien de rente wordt gefixeerd, bijvoorbeeld door een vastrentende lening af te sluiten of door een variabelrentende lening te combineren met een renteswap, de kredietnemer niet het risico loopt van rentestijgingen, maar ook dat hij niet kan profiteren van rentedalingen. In het licht daarvan was Rabobank niet gehouden hem op enig moment te adviseren de renteswap voortijdig te beëindigen of tegen te sluiten met een receiver swap. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Schneider Groep heeft erkend dat in 2007 de rentedaling ook voor Rabobank niet voorzienbaar was. Dat voor Rabobank na 8 oktober 2008 de duur en omvang van de rentedaling zo voorzienbaar waren dat zij, zoals Schneider Groep stelt, alle MKB-klienten met variabelrentende leningen in combinatie met renteswaps had moeten adviseren de rentefixatie los te laten en te kiezen voor het variabele Euribor-tarief, is met de enkele verwijzing naar de - vooraf niet bekende - ingrepen van de ECB in de beleidsrente onvoldoende toegelicht en lijkt veeleer gebaseerd op *hindsight bias*.

De in het petitum onder 19 gevorderde verklaring voor recht zal worden afgewezen.

(x) Het misbruik van een economische machtspositie van de banken op de markt voor MKB-financiering

3.26 Schneider Groep heeft als productie 25 bij memorie van grieven de resultaten van het onderzoek dat de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft uitgevoerd naar de (structuur en kwaliteit van de) concurrentie op de markt voor MKB-financieringen, getiteld 'Concurrentie op de markt voor MKB-financiering' (hierna: het rapport), in het geding gebracht. Het onderzoek beslaat de periode van januari 2007 tot en met september 2014. ACM oordeelt (blz. 39 e.v. van het rapport) dat de markt voor MKB-financieringen in Nederland, zoals die thans is gestructureerd en functioneert, zich leent voor 'stilzwijgende coördinatie' van het markthandelen van de drie grootbanken (Rabobank, ING Bank en ABN Amro). Schneider Groep stelt dat de Nederlandse grootbanken in stilzwijgende onderlinge afstemming ieder het Nederlandse MKB als onderdeel van financieringsarrangementen een renteswap hebben geadviseerd waarvan vaststaat dat die, gezien de zakelijke behoeften van de betrokken ondernemingen alsmede de risico's aan het

product verbonden, een ongeschikt product was, wanneer men dat product vergelijkt, ook prijstechnisch, met alternatieven, waaronder de rentecap. Beoordeeld naar objectieve maatstaven, had de renteswap onder die omstandigheden nooit geadviseerd mogen worden. De banken adviseerden dit product mitsdien met uitsluitend het eigen belang voor ogen. Onder concurrerende marktomstandigheden zou de renteswap in dit marktsegment eenvoudig geen grond onder de voeten hebben gekregen dan wel uit de markt zijn gedrukt. Onder concurrerende marktomstandigheden zou een verantwoord opererende bank hoe dan ook uitputtende, niet mis te verstane voorlichting hebben gegeven over de risico's aan het swapproduct verbonden. Die voorlichting is zonder uitzondering, gegeven de omstandigheden (waaronder de kennis-asymmetrie tussen partijen), beperkt en onvolledig geweest. Daarnaast is voor het mededingingsoordeel van bijzonder belang dat geen van de banken op enig moment hun cliënten hebben geadviseerd hun renteswaps te beëindigen (toen dat tegen een positieve waarde en later tegen een nog bescheiden negatieve waarde mogelijk was) dan wel als alternatief na 8 oktober 2008 met een receiver swap tegen te sluiten. Zonder uitzondering hebben de banken – dus ook Rabobank – vanuit hun gezamenlijke economische machtspositie het eigen zakelijk belang boven dat van hun cliënten kunnen laten prevaleren en ook daadwerkelijk laten prevaleren. Aldus heeft Rabobank die machtspositie door stilzwijgende coördinatie van haar marktgedrag met het marktgedrag van de andere twee banken misbruikt in de zin van artikel 24 Mededingingswet en dusdoende onrechtmatig gehandeld jegens Schneider Groep, immers verwijtbaar nalatig en in strijd met de op haar rustende zorg- en zorgvuldigheidsplicht en dat zij gehouden is de uit deze onrechtmatige handelwijze ontstane schade te vergoeden, aldus nog steeds Schneider Groep.

Het hof overweegt dienaangaande als volgt. Uit de vaste rechtspraak volgt dat een partij die zich op het standpunt stelt dat een ander in strijd met het mededingingsrecht heeft gehandeld dit dient te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, opdat een voldoende adequaat en gefundeerd (economisch) partijdebat en daaropvolgend rechterlijk oordeel mogelijk wordt gemaakt. Schneider Groep heeft niet voldaan aan de aan zijn stelplecht te stellen eisen. In de eerste plaats heeft Schneider Groep onvoldoende onderbouwd dat en waarom in het onderhavige geval sprake zou zijn geweest van een economische machtspositie. Het betoog van Schneider Groep steunt uitsluitend op het rapport van ACM. ACM heeft echter niet meer overwogen dan dat er op de markt voor bancaire financiering aan het MKB mogelijk sprake was van verminderde concurrentie als gevolg van stilzwijgende coördinatie (hetgeen niet verboden is onder de Mededingingswet). ACM heeft echter niet vastgesteld dat sprake was van een collectieve machtspositie van de drie grootbanken, laat staan dat ACM zou hebben vastgesteld dat er sprake was van misbruik daarvan. In het rapport wordt geen aandacht besteed aan (de markt voor) renteswaps. Onduidelijk is welke mededingingsrechtelijke relevante product- of dienstenmarkt Schneider Groep voor ogen heeft, wanneer hij spreekt over een economische machtspositie: de markt voor bancaire financieringen aan het MKB of de markt voor met het MKB afgesloten renteswaps. Schneider Groep geeft geen enkele omschrijving van de markt waarop sprake zou zijn van een economische machtspositie. Schneider Groep heeft zijn stelling dat daarvan kan worden afgezien omdat op deze 'markt' - ongeacht welke (modaliteiten van) producten en diensten worden aangeboden en afgenomen - nagenoeg ieder concurrentie aan de aanbodzijde ontbreekt (zie pleitnotitie mr. Ludding, onder 8) onvoldoende toegelicht. De door Schneider Groep gevolgde procedure bij de keuze van een financier, eerst een vijftal banken benaderd en daarna op basis van een Termsheet een *pitch* uitgeschreven voor drie banken, staat ook haaks op die stelling.

Bij pleidooi voert Schneider Groep aan dat Rabobank de collectieve machtspositie heeft misbruikt door een disproportionele verborgen marge in de coupon van de renteswap op te nemen, door te verzuimen in juni/juli 2008 Schneider Groep te adviseren de renteswap te beëindigen en met de positieve waarde een rentecap aan te kopen en door te verzuimen na 8 oktober 2008 Schneider Groep te adviseren de renteswap te beëindigen of tegen te sluiten (zie laatste bladzijde van pleitnotitie mr. Ludding), Uit hetgeen het hof hiervoor onder 3.17 en 3.23 e.v. heeft overwogen en beslist volgt dat gesteld handelen en nalaten van Rabobank jegens Schneider Groep niet onrechtmatig was, zodat dat handelen en nalaten onvoldoende grond biedt voor de conclusie dat Rabobank haar economische machtspositie, aannemende dat daarvan sprake was, heeft

misbruikt. Dat sprake zou zijn geweest van een disproportionele verborgen marge is eerst bij pleidooi aangevoerd en is derhalve tardief.

De in het petitum onder 20 gevorderde verklaring voor recht zal worden afgewezen.

4 Slotsom en kosten

Uit het voorgaande volgt dat grief 4 slaagt, dat het gevorderde bedrag van € 106.512 wordt toegewezen, dat de overige grieven falen en dat de in hoger beroep vermeerderde eis wordt afgewezen. Rabobank heeft een bewijstaanbod gedaan. Nu door haar geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zal het bewijstaanbod worden gepasseerd. Schneider Groep zal als overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties. Het vonnis zal, uitsluitend voor zover het betreft het dictum onder 5.1 worden vernietigd.

5 Beslissing

Het hof:

verklaart het hoger beroep tegen FGH niet-ontvankelijk;

vernietigt het vonnis, uitsluitend voor zover het betreft het dictum onder 5.1, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Rabobank tot betaling van een bedrag van € 106.512, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 42.443 vanaf 1 oktober 2014, over € 45.190 vanaf 2 januari 2015, over € 42.868 vanaf 1 april 2015, over € 24.278 vanaf 1 juli 2015 en over € 6.082 vanaf 24 juli 2015 tot aan de voldoening, en daarbij rekening houdend met een ontvangen bedrag van € 54.349 op 8 juni 2015;

bekrachtigt het vonnis voor al het overige;

wijst af het meer of anders gevorderde;

veroordeelt Schneider Groep in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van Rabobank gevallen en begroot die kosten in hoger beroep op € 5.200 aan verschotten en € 16.503 voor salaris;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, W.A.H. Melissen en J.W.A. Biemans en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 15 januari 2019.