

ECLI:NL:RBMNE:2019:421

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	06-02-2019
Datum publicatie	17-04-2019
Zaaknummer	C/16/436996 / HA ZA 17-330
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Tussenvonnissenrenteswap. Beroep op verjaring en klachtplicht afgewezen. Vernietiging op grond van dwaling toegewezen (6:228 lid 1 sub b BW). Verweren tegen vernietiging en gevolgen vernietiging (terugdraaien verrichte prestaties) afgewezen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnissen

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
handelskamer

locatie Utrecht

zaaknummer / rolnummer: C/16/436996 / HA ZA 17-330

Vonnissen van 6 februari 2019

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[eiseres] BV,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
eiseres,
advocaat mr. P. van Wijngaarden te Groningen,

tegen

de coöperatie
COOPERATIEVE RABOBANK U.A.,
gevestigd te Utrecht,
gedaagde,
advocaten mr. R.L. Ubels en mr. L.B.G. Hillen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres] en Rabobank worden genoemd.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek
- de conclusie van dupliek
- het proces-verbaal van de pleidooizitting en de ter gelegenheid van de pleidooien overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is een datum voor het vonnis bepaald.

2 Inleiding

Waar gaat deze zaak over?

2.1. [eiseres] heeft een renteswap afgesloten bij Rabobank. Zij vindt dat zij niet goed is voorgelicht door Rabobank over bepaalde risico's van de renteswap en wil daarom van de overeenkomst af. Rabobank is het daar niet mee eens. Ook zijn volgens Rabobank de vorderingen van [eiseres] inmiddels verjaard.

Wat is er gebeurd?

Herfinanciering en aangaan renteswap

2.2. [eiseres] is een vastgoedonderneming. Eind 2003 kwam [eiseres] in contact met Rabobank om een bestaande financiering bij ING te herfinancieren en uit te breiden. In 2004 is een financieringsovereenkomst gesloten. De financiering bestond toen uit drie rekeningcourantkredieten en een geldlening van € 500.000,- met een looptijd van 25 jaar. Op 19 april 2005 vond er een herfinanciering plaats en werd onder meer een extra lening verstrekt van € 648.000,- met een looptijd van minder dan een jaar. Die werd later met een jaar verlengd. Op 20 september 2005 heeft er nog een herfinanciering van één van de rekening-courantkredieten

plaatsgevonden.

2.3. Eind 2006 en begin 2007 hebben partijen gesproken over het omzetten van de twee bestaande geldleningen in één geldlening. [eiseres] heeft op 2 januari 2007 twee documenten getekend, namelijk:

1) een 'Treasury Inventarisatie Formulier' (hierna: TIF), een formulier voor het vastleggen van de doelstelling en behoeften bij het aangaan van een eventueel rentederivaat; en

2) een 'Overeenkomst Financiële Derivaten' (hierna: OFD), een raamovereenkomst die het kader biedt voor het eventueel afsluiten van renteproducten.

Rabobank heeft vervolgens op 10 januari 2007 een financieringsvoorstel gestuurd. In dat financieringsvoorstel werden de twee bestaande geldleningen omgezet in één geldlening van € 1.176.324,-, met een looptijd van 20 jaar en met een variabele maandelijkse rente gebaseerd op het 3-maands Euribor tarief verhoogd met een opslag van 1,75% (hierna: 'de geldlening 2007'). Het financieringsvoorstel is op 11 januari 2007 door [eiseres] getekend. [eiseres] en Rabobank zijn op 11 januari 2007 telefonisch een renteswap overeenkomst aangegaan voor het bedrag van de geldlening 2007 (€ 1.176.324,-) en met een duur van 10 jaar (hierna: de renteswap). De renteswap had een vaste rente van 4,33% (hierna: de swaprente) per maand. Door het afsluiten van de renteswap daalde de opslag van de geldlening 2007 van 1,75% naar 1,40%.

Wat hield de renteswap in?

2.4. [eiseres] moest gedurende de renteswap de swaprente aan Rabobank betalen. Daarnaast ontving [eiseres] van Rabobank een bedrag gelijk aan de variabele rente van de geldlening 2007 (zonder de opslag). Met het bedrag dat [eiseres] ontving van Rabobank onder de renteswap betaalde zij de variabele rente onder de geldlening 2007. Die twee betalingen vielen dus tegen elkaar weg. Per saldo betaalde [eiseres] aan Rabobank dus de swaprente en de (aangepaste) opslag van de geldlening 2007. [eiseres] was gedurende de renteswap voor het betalen van rente dus niet meer afhankelijk van het stijgen of dalen van de Euribor-rente.

2.5. Een renteswap heeft een dagelijkse marktwaarde, die zowel positief als negatief kan zijn. De marktwaarde van een renteswap op enig moment wordt berekend aan de hand van het verschil tussen de overeengekomen swaprente en de op het moment van berekenen geldende swaprente. De geldende swaprente wordt bepaald door vraag en aanbod naar 10-jaars renteswaps in de internationale swapmarkt. De marktwaarde is relevant bij tussentijdse beëindiging van de renteswap. Als er bij tussentijdse beëindiging sprake is van een positieve marktwaarde, dan betaalt de bank die positieve marktwaarde aan de klant. Als er sprake is van een negatieve marktwaarde, dan moet de klant die negatieve marktwaarde aan de bank betalen.

Verkoop vastgoed, afbouwen financiering en betaling negatieve marktwaarde

2.6. In de loop van 2010 is [eiseres] begonnen met de verkoop van haar vastgoed. Het ging om de [boerderij], een rijksmonumentale boerderij in [woonplaats], en kavels in de wijk [wijk] in Groningen. In 2013 heeft Rabobank de financiering opnieuw beoordeeld en op 29 november 2013 aan [eiseres] laten weten dat 50% van de verkoopopbrengst van de kavels moest worden aangewend als extra aflossing van de geldlening 2007. Op 21 juli 2014 stuurde Rabobank een brief naar [eiseres] waarin werd aangegeven dat de verkoopopbrengsten op een aparte aan Rabobank te verpanden rekening moesten worden gestald. De reden daarvoor was dat bij daadwerkelijke aflossing op de geldlening 2007 een 'overhedge' zou ontstaan. Dat betekent dat het bedrag van de renteswap waarover de swaprente wordt betaald hoger is dan het bedrag van de geldlening 2007 waartegen de renteswap is afgesloten. Dat was niet de bedoeling. Ook werd aan [eiseres] medegedeeld dat na de verkoop van de [boerderij] de gestalde gelden daadwerkelijk zouden moeten worden afgelost op de geldlening 2007 en dat de kosten voor het verlagen van de renteswap (de negatieve marktwaarde) voor rekening van [eiseres] zou zijn. Ook werd gezegd dat na de verkoop van de [boerderij] de lening volledig zou moeten worden afgelost.

Dan zou ook de negatieve marktwaarde van de renteswap aan Rabobank betaald moeten worden omdat de renteswap zou worden beëindigd. Volgens [eiseres] was dit de eerste keer dat zij te horen kregen dat de renteswap een negatieve marktwaarde kon hebben en dat die aan Rabobank moest worden betaald bij tussentijdse beëindiging van de renteswap.

2.7. Hoewel er discussie ontstond tussen partijen over de (beëindiging van de) renteswap is [eiseres] doorgeslagen met de verkoop van de [boerderij] . Op 2 mei 2016 is de [boerderij] verkocht en is de geldlening 2007 afgelost. Op 12 mei 2016 is de renteswap beëindigd en heeft [eiseres] de negatieve marktwaarde van € 21.035,- aan Rabobank betaald.

Herbeoordeling renteswap, inroepen vernietiging renteswap door [eiseres] , compensatie

2.8. In de periode 2015 en 2016 speelde ook nog het volgende. In 2015 heeft Rabobank de renteswap opnieuw beoordeeld. Dit gebeurde in het kader van een uitgebreide herbeoordeling van alle lopende rentederivatendossiers met MKB-klanten. Op 4 november 2015 heeft Rabobank een brief aan [eiseres] gestuurd met de resultaten van die herbeoordeling. De advocaat van [eiseres] heeft daarop gereageerd op 26 november 2015. Vervolgens heeft op 7 december 2015 een gesprek tussen Rabobank en [eiseres] plaatsgevonden. De uitkomst van de herbeoordeling was ten eerste dat er een rentemismatch is geweest (die is op 2 maart 2009 aan het licht gekomen), waarvoor [eiseres] al gecompenseerd was. Ten tweede zou Rabobank [eiseres] compenseren voor de overhedge (zie 2.6).

2.9. [eiseres] vond dat niet voldoende. De advocaat van [eiseres] heeft op 18 maart 2016 een e-mail gestuurd aan Rabobank waarin hij onder meer de vernietiging van de OFD heeft ingeroepen vanwege dwaling of misbruik van omstandigheden. Ook heeft hij geschreven dat [eiseres] 'de overeenkomsten' zullen ontbinden als aan de sommatie in de brief geen gehoor wordt gegeven.

2.10. Op 10 juni 2016 heeft Rabobank gereageerd op de brief van de advocaat van [eiseres] . Rabobank heeft daarin geschreven dat zij vindt dat ze [eiseres] voldoende heeft geïnformeerd over de werking en risico's van de renteswap. Wel vindt ze dat [eiseres] nog recht heeft op extra compensatie vanwege het nadeel dat is geleden door het (extra) aflossen op de geldlening 2007 om de overhedge te voorkomen. Ook constateert Rabobank in de brief dat nog niet het juiste bedrag voor de compensatie van de rentemismatch is betaald aan [eiseres] .

2.11. Hoeveel er precies door Rabobank aan [eiseres] is betaald als compensatie is nog niet duidelijk.

3 Het geschil

3.1. [eiseres] vordert na eisenwijziging ter comparitie samengevat - het volgende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- i) primair: een verklaring voor recht dat [eiseres] met de e-mail van 18 maart 2016 de renteswap buitengerechtelijk heeft vernietigd op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, dan wel buitengerechtelijk heeft ontbonden;
- ii) subsidiair: vernietiging van de renteswap op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, dan wel ontbinding van de renteswap;
- iii) meer subsidiair: een verklaring voor recht dat Rabobank tekort is geschoten in de op haar rustende verplichtingen omdat ze haar zorgplicht heeft geschonden, dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor alle schade die [eiseres] daardoor heeft geleden;
- iv) veroordeling van Rabobank tot betaling van € 207.913,- (alle door [eiseres] uit hoofde van de renteswap aan Rabobank betaalde rentes, verminderd met de drie-maands Euribor variabele rente, vermeerderd met rente), vermeerderd met rente;
- v) veroordeling van Rabobank tot betaling van € 21.075,01 (boeterente en beëindigingskosten die door [eiseres] zijn betaald bij verkoop van de [boerderij]), vermeerderd met rente;

- vi) veroordeling van Rabobank tot betaling van € 12.100,- aan kosten voor rechtsbijstand en € 19.360,- aan interne kosten, vermeerderd met rente;
- vii) veroordeling van Rabobank tot betaling van de proceskosten en nakosten.

3.2. Rabobank voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna verder ingegaan als dat voor de beoordeling van belang is.

4 De beoordeling

Samenvatting

4.1. [eiseres] heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswap. Zij zou de renteswap bij een juiste voorstelling van zaken niet hebben gesloten. Rabobank had [eiseres] moeten voorlichten over het risico op het betalen van de negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging en een gebrek aan flexibiliteit bij de renteswap. Dat heeft Rabobank niet gedaan. De renteswap is op 18 maart 2016 (e-mail van de advocaat van [eiseres]) buitengerechtelijk vernietigd. De verweren van Rabobank dat [eiseres] niet op tijd heeft geklaagd en dat de vordering is verjaard slagen niet.

4.2. De vernietiging van de renteswap heeft terugwerkende kracht. Dat betekent dat de over en weer verrichte prestaties moeten worden teruggedraaid. Rabobank moet dus aan [eiseres] alle door [eiseres] betaalde swaprente terugbetalen en [eiseres] moet aan Rabobank alle ontvangen variabele rente onder de geldlening 2007 terugbetalen. Vanwege de daling van de Euribor sinds 2008 heeft [eiseres] gedurende de renteswap meer betaald aan swaprente dan dat zij aan variabele rente zou hebben betaald onder de geldlening 2007. Het terugdraaien van de betalingen over en weer komt er dus op neer dat Rabobank een bedrag aan [eiseres] moet betalen. De verweren van Rabobank die inhouden dat Rabobank niet alles zou moeten terugbetalen slagen niet. Hoeveel er uiteindelijk door Rabobank aan [eiseres] betaald moet worden is nog niet duidelijk. Dit komt omdat de overgelegde berekeningen niet duidelijk zijn en ook nog niet duidelijk is wat er al door Rabobank aan [eiseres] als compensatie is betaald. Daar zullen partijen zich nog over moeten uitlaten.

4.3. Hierna zal worden toegelicht hoe de rechtbank tot deze conclusie is gekomen.

Vernietiging op grond van dwaling

Verjaring

4.4. Als een beroep op verjaring slaagt, dan moeten de vorderingen van [eiseres] worden afgewezen. Daarom heeft de rechtbank dit eerst beoordeeld.

4.5. Vorderingen die zijn gebaseerd op dwaling, zoals vernietiging, verjaren na drie jaar (art. 3:52 lid 1, aanhef en sub c BW). De verjaringstermijn begint te lopen op het moment dat [eiseres] daadwerkelijk bekend is geworden met de feiten en omstandigheden waarover zij gedwaald heeft. [eiseres] heeft gedwaald over het risico dat een renteswap een negatieve waarde kan hebben die bij tussentijdse beëindiging van de renteswap betaald moest worden. Hierdoor had [eiseres] niet de gewenste flexibiliteit in haar financiering. Dit wordt nader toegelicht in 4.17.

4.6. Volgens Rabobank zijn er verschillende momenten geweest waarop [eiseres] bekend moet zijn geworden met het risico op een negatieve marktwaarde, waardoor de verjaringstermijn is gaan lopen. Deze zullen hieronder worden besproken:

- a. Rabobank zegt dat [eiseres] al bij het aangaan van de renteswap direct van die risico's op de hoogte was. Zoals in 4.15 nog zal worden overwogen was dat niet het geval.

- b. Op 30 januari 2009 is volgens Rabobank [eiseres] bekend geworden met de risico's. Op die datum heeft er een gesprek tussen [eiseres] en een medewerker van Rabobank, de heer [A] (hierna: [A]), plaatsgevonden. Toen zijn volgens Rabobank de gevolgen van het tussentijds beëindigen van de renteswap (betalen van de negatieve marktwaarde) besproken. Rabobank verwijst naar een verklaring van [A] van 6 juli 2017 en een intern gespreksverslag van [A] van 30 januari 2009. [eiseres] zegt dat het niet klopt wat er in de verklaring en het gespreksverslag staat en dat de negatieve marktwaarde niet is besproken. Daarnaast is volgens [eiseres] de verklaring niet betrouwbaar omdat deze 8 jaar na het gesprek is opgesteld. Het gespreksverslag is volgens [eiseres] ook niet betrouwbaar omdat het een intern gespreksverslag is dat nooit met [eiseres] is gedeeld. De rechtbank oordeelt dat om de hiervoor genoemde redenen niet zomaar van de juistheid van de verklaring en het gespreksverslag kan worden uitgegaan. Verder volgt uit het de stukken ook niet zonder meer dat [eiseres] op dat moment daadwerkelijk bekend is geworden met het risico van de negatieve marktwaarde en de gevolgen voor haar. Er staat namelijk niet in dat dit expliciet is besproken en dat het hun is uitgelegd.
 - c. Rabobank verwijst ook naar een e-mail van [eiseres] van 2 maart 2009. Volgens Rabobank volgt daaruit dat [eiseres] op de hoogte was van de werking van de renteswap. De rechtbank kan dit niet volgen. Er wordt in de e-mail niet gesproken over de negatieve marktwaarde. Dat is niet de onduidelijkheid waar [eiseres] een vraag over stelt in de mail. In de reactie van Rabobank van 7 april 2009 wordt ook niet gesproken over de negatieve marktwaarde. Hieruit volgt dus ook niet dat [eiseres] eerder dan 21 juli 2014 bekend is geworden met de risico's.
 - d. Ten slotte verwijst Rabobank naar een bespreking tussen [A] en de heer [B] van Rabobank en [eiseres] op 16 december 2010. Daarvan is een intern gespreksverslag van [A] overgelegd. Omdat dit een intern document betreft dat niet met [eiseres] is gedeeld, kan ook hier niet zomaar van de juistheid van het gespreksverslag worden uitgegaan. Daar komt bij dat door [eiseres] wordt betwist dat tijdens het gesprek het risico van een negatieve marktwaarde is besproken. In het gespreksverslag staat verder ook niet dat de risico's van een renteswap zijn besproken en wat er dan is besproken. Het lijkt eerder alsof de positieve aspecten zijn besproken. Daarom kan er niet van worden uitgegaan dat [eiseres] op 16 december 2010 bekend werd met de risico's en dat de verjaringstermijn is gaan lopen.
- 4.7. Volgens [eiseres] werd haar pas in de brief van Rabobank van 21 juli 2014 (zie 2.6) duidelijk dat de renteswap een negatieve marktwaarde kon hebben en wat dat voor gevolgen zou hebben. Zoals blijkt uit overweging 4.6 heeft Rabobank niet kunnen aantonen dat de verjaringstermijn eerder is aangevangen. Zij heeft ook geen andere momenten aangewezen. Dat betekent dat de rechtbank er vanuit gaat dat de verjaringstermijn op 21 juli 2014 is aangevangen. De dagvaarding is van 5 april 2017 en dat is binnen de termijn van 3 jaar. Dat betekent dat de vordering niet is verjaard.

Klachtplicht

- 4.8. Volgens Rabobank heeft [eiseres] te laat geklaagd. Dat is echter niet het geval en het beroep op de klachtplicht zal worden afgewezen. Hieronder wordt uitgelegd waarom.
- 4.9. Volgens artikel 6:89 BW had [eiseres] moeten klagen 'binnen bekwame tijd' nadat zij had ontdekt (of redelijkerwijs had moeten ontdekken) wat het risico op een negatieve marktwaarde van de renteswap inhield (en dat zij dus verkeerd was voorgelicht). Voor een succesvol beroep op de klachtplicht moet Rabobank ook aantonen dat het late klagen van [eiseres] voor Rabobank nadelig is geweest. Volgens de Hoge Raad moet in een relatie tussen een bank en een particuliere belegger een beroep op de klachtplicht terughoudend worden toegepast. Dat houdt ook in dat niet snel zal worden aangenomen dat een bank nadeel lijdt wanneer een belegger pas na enige

tijd klaagt.

4.10. Zoals blijkt uit overweging 4.7 is [eiseres] op 21 juli 2014 bekend geworden met het risico op een negatieve marktwaarde bij de renteswap. Rabobank heeft niet aangetoond dat [eiseres] op een eerder moment bekend was of had moeten zijn met het gebrek. De klachttermijn is dus gaan lopen op 21 juli 2014.

4.11. De advocaat van [eiseres] heeft op 26 november 2015 een brief aan Rabobank gestuurd waarin onder meer het volgende staat:

"[...] op welke wijze zij financieel zullen worden gecompenseerd voor de schade welke zij hebben geleden en nog zullen lijden ten gevolge van de renteswap [...]" en "Cliënten behouden zich ter zake overigens uitdrukkelijk alle rechten voor"

Hieruit kan worden opgemaakt dat [eiseres] een klacht had over de risico's van de renteswap. Omdat [eiseres] inmiddels op de hoogte was van het risico dat bij tussentijdse aflossing de negatieve marktwaarde betaald moest worden, kan hieruit ook begrepen worden dat zij ook daarover klaagde. Rabobank kan niet worden gevolgd in haar stelling dat deze brief niet als een klacht kan worden aangemerkt.

4.12. Het voorgaande betekent dat bij de beoordeling van het beroep op de klachtplicht gekeken wordt naar de periode tussen 21 juli 2014 en 26 november 2015. Het enkele feit dat het meer dan een jaar heeft geduurd voordat [eiseres] heeft geklaagd is op zichzelf niet voldoende om te oordelen dat er te laat is geklaagd. Rabobank heeft ook niet aangetoond dat zij nadeel heeft ondervonden door het verstrijken van de periode tussen 21 juli 2014 en 26 november 2015. Rabobank heeft niet onderbouwd dat specifiek deze periode van 1 jaar en 4 maanden tot (bewijs)problemen heeft geleid. Ook is niet aangetoond dat er in die periode schadebeperkende maatregelen hadden kunnen worden genomen.

Norm voor de beoordeling van een beroep op dwaling

4.13. Op grond van artikel 6:228 lid 1 sub b BW is een overeenkomst vernietigbaar als:

- (i) de overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van dwaling;
- (ii) bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten; en
- (iii) de wederpartij (Rabobank) in verband met wat zij wist over de dwaling de dwalende ([eiseres]) had moeten inlichten (mededelingsplicht).

Bij de beoordeling of er sprake is van een mededelingsplicht van Rabobank en hoe ver die reikt, spelen de aard van de relatie en de in het maatschappelijke verkeer geldende opvattingen een rol. [eiseres] heeft ook een onderzoeksplicht. Dat houdt in dat zij, voor zover dat in redelijkheid van haar verwacht kan worden, pogingen moet doen om duidelijkheid te krijgen over de overeenkomst die zij aangaat. Dat betekent dat zij stukken dient door te lezen en indien nodig om opheldering moet vragen. De reikwijdte van de onderzoeksplicht is ook afhankelijk van de relatie van [eiseres] met Rabobank.

Beoordeling dwaling

4.14. Het betoog van [eiseres] komt er op neer dat zij zegt dat ze heeft gedwaald over het risico dat de renteswap een negatieve marktwaarde kon hebben die bij tussentijdse beëindiging betaald moest worden, waardoor de financiering inflexibel werd. De inflexibiliteit was ook het gevolg van het moeten afkopen (betalen van de negatieve marktwaarde) van een deel van de renteswap bij een overhedge, waardoor aflossing van de geldlening 2007 tot onder het door de renteswap afgedekte bedrag niet goed mogelijk was.

4.15. De rechtbank stelt vast dat [eiseres] inderdaad niet van de hiervoor genoemde risico's van de

renteswap op de hoogte was. Rabobank adviseerde [eiseres] over haar financiering en had gelet op die adviesrelatie een zorgplicht. Die zorgplicht hield in dat Rabobank [eiseres] goed moest informeren over de risico's van financiële producten. Daarnaast geldt dat Rabobank op het gebied van renteswaps een deskundige partij is en [eiseres] niet. De heren [eiseres] waren weliswaar ondernemers die vaker financieringen hadden afgesloten, maar dat maakt hen nog niet deskundig op het gebied van renteswaps. Een renteswap in combinatie met een lening is voor een niet-deskundige partij een ingewikkeld samenstel van rechten en verplichtingen. Daar zijn risico's aan verbonden die voor een ondeskundige partij zonder toelichting lastig zijn te begrijpen. Gelet op het voorgaande had Rabobank [eiseres] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk moeten informeren over de kenmerken en risico's van de renteswap. Dus ook over de risico's genoemd in 4.14. De informatie die Rabobank aan [eiseres] heeft vertrekt is niet voldoende om te voldoen aan de eisen van de in 4.13 genoemde mededelingsplicht. De enige concrete schriftelijke informatie die is verstrekt over de negatieve marktwaarde staat in een bijlage bij de OFD met de naam "Bijlage Verschaffing van Dekking":

"MTM waarde van Transacties

Aan een Transactie die met u wordt afgesloten wordt door de Bank een waarde toegekend volgens de marked-to-market methodiek (de "MTM waarde") [...].

De MTM waarde die een door u verrichte Transactie op een bepaald moment heeft is het bedrag dat, volgens de standaard berekeningsmethoden van de Bank, op dat moment bij beëindiging van die Transactie door u aan de Bank betaald moet worden of door u van de Bank ontvangen wordt om uw positie ten opzichte van de Bank uit hoofde van de desbetreffende Transactie te neutraliseren (behoudens het hierna volgende), uitgaande van de marktomstandigheden van dat moment. In die zin is de MTM waarde te beschouwen als de actuele marktwaarde van die Transactie. De MTM waarde van een Transactie kan voor u positief of negatief zijn.

De MTM waarden van de door u verrichte Transacties zullen voortdurend fluctueren in verband met de marktontwikkelingen. [...]"

Dit is onvoldoende. Rabobank kon niet volstaan met alleen het verstrekken van deze algemene gestandaardiseerde informatie. Deze algemene informatie is voor een partij zonder kennis en ervaring op het gebied van renteswaps moeilijk te begrijpen. Het is aannemelijk dat het voor [eiseres] door alleen het lezen van de hierboven geciteerde tekst niet meteen duidelijk was wat nu precies het risico van een negatieve marktwaarde van een renteswap was. Daarnaast is deze informatie niet actief onder de aandacht van [eiseres] gebracht. De informatie bevindt zich in een van de bijlagen bij een kaderovereenkomst (de OFD), niet eens de renteswap zelf, en niet is gebleken dat Rabobank [eiseres] heeft gewezen op deze bepaling. Ook blijkt nergens uit dat Rabobank andere schriftelijke informatie of toelichting (bijvoorbeeld in de vorm van brochures) over renteswaps heeft gestuurd. Daar komt bij dat ook niet vast is komen te staan dat Rabobank op een andere manier [eiseres] heeft gewezen op de hiervoor genoemde risico's. Rabobank verwijst naar gesprekken tussen [A] en [eiseres] en een gesprek op 7 december 2006 waarbij ook treasury specialist [C] van Rabobank aanwezig was. Maar daaruit blijkt niet dat expliciet op de hiervoor genoemde risico's is gewezen. Verder verklaart [C] slechts dat het gebruikelijk was om in dat soort gesprekken te wijzen op de risico's van een renteswap. Hij kan zich de gesprekken met [eiseres] niet meer exact herinneren. Dat is niet genoeg om vast te stellen dat de vereiste voorlichting heeft plaatsgevonden. Daar komt bij dat [eiseres] betwist dat zij in die gesprekken voldoende gewezen is op de risico's van de renteswap.

4.16. Het beroep van Rabobank op de onderzoeksplicht van [eiseres] faalt. Van [eiseres] had volgens Rabobank verwacht mogen worden dat zij de ontvangen documentatie zorgvuldig zou lezen en bij vragen en/of onduidelijkheden bij Rabobank om opheldering zou vragen. De rechtbank gaat hier niet in mee. Zoals blijkt uit overweging 4.15 is de door Rabobank verstrekt informatie over de risico's van de renteswap zodanig summier dat ook als er vanuit wordt gegaan dat [eiseres] deze

informatie zorgvuldig had gelezen, dit nog niet betekent dat zij dan had moeten begrijpen wat de risico's waren. Ook kan niet verwacht worden dat over iedere alinea in bijlagen bij een kaderovereenkomst vragen gesteld worden.

4.17. Ten slotte gaat de rechtbank er vanuit dat [eiseres] bij een juiste voorstelling van zaken de renteswap niet zou hebben gesloten. [eiseres] heeft dat voldoende aangetoond. Gebleken is dat (i) haar bedrijfsvoering in ieder geval ook bestond uit de aankoop, ontwikkeling en verkoop van vastgoed, en (ii) zij vanwege die bedrijfsvoering behoefte had aan flexibiliteit (het bij verkoop steeds (een gedeelte van) de lening kunnen aflossen en bij aankoop opnieuw lenen). Vast staat dat [eiseres] in de periode tussen 2006 en 2016 vastgoed heeft aangekocht ([boerderij]), ontwikkeld ([wijk]) en verkocht ([boerderij] en [wijk]). Dat een gedeelte van het vastgoed ook verhuurd werd en dat daardoor behoefte was aan zekerheid, zoals Rabobank stelt, heeft [eiseres] gemotiveerd weersproken. Er was wel sprake van verhuur maar dat was juist nodig voor de verkoop. Een verhuurd pand levert meer op want de waarde wordt berekend aan de hand van de huurstream. De behoefte aan flexibiliteit blijkt ook uit de brieven van Rabobank van 15 december 2003 en 6 februari 2004 waarin Rabobank die behoefte bevestigt ("*u gaf aan behoefte te hebben aan een flexibele financieringsvorm*"). Uit de herfinancieringen die voor 2007 steeds hebben plaatsgevonden (zie 2.2) volgt ook dat [eiseres] behoefte had aan flexibiliteit. Dat blijkt onder meer uit het feit dat die leningen allemaal een variabele rente hadden. Er zijn geen aanwijzingen dat [eiseres] behoefte had aan het vastzetten van de rente voor een lange periode met een renteswap, met als gevolg dat de mogelijkheid van tussentijdse aflossing beperkt werd.. Dat een renteswap in het algemeen goed past bij het type onderneming van [eiseres] met een vastgoedportefeuille betekent nog niet dat dit ook voor [eiseres] gold. Zoals hiervoor overwogen blijkt nergens uit dat [eiseres] daadwerkelijk die behoefte had. Alleen in het TIF staat een hokje aangekruist waar staat:

"Met welk doel wilt u de instrumenten gebruiken? Gedeeltelijk afdekken van rente- en valutarisico's"

Maar dit is niet genoeg om de behoefte bij [eiseres] aan te tonen. Het formulier is volgens [eiseres] vooraf ingevuld door Rabobank. Dat blijkt uit het feit dat de hokjes met de computer zijn aangekruist en de handtekening van [eiseres] met pen is gezet. Daarnaast vond ondertekening van dit formulier plaats op een moment dat [eiseres] wellicht in de renteswap is gaan geloven na de adviezen van Rabobank. De rechtbank vindt echter dat met het voorgaande is aangetoond dat als [eiseres] zou zijn geweest op de risico's, zij niet de renteswap was aangegaan. Ten slotte is ook nog van belang dat het afsluiten van een renteswap niet verplicht was (het was geen financieringsvoorwaarde). [eiseres] had dus bij een juiste voorstelling van zaken ook daadwerkelijk ervoor kunnen kiezen om geen renteswap af te sluiten.

4.18. De tussenconclusie van de overwegingen hierboven is dat de renteswap tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, dat Rabobank niet heeft voldaan aan haar mededelingsplicht en dat [eiseres] bij een juiste voorstelling van zaken de renteswap niet zou hebben gesloten. Dat betekent dat de renteswap vernietigbaar is.

4.19. Rabobank voert nog aan dat als er sprake zou zijn van dwaling, dat de dwaling dan voor rekening van [eiseres] moet blijven. Dat is niet het geval. Ten eerste is het niet zo dat [eiseres] haar onderzoeksplicht heeft geschonden (zie 4.16). Rabobank zegt daarnaast dat de dwaling voor rekening van [eiseres] moet blijven omdat de vorderingen van [eiseres] er enkel op gericht zijn om alsnog te kunnen profiteren van de sterke daling van de Euribor vanaf eind 2008. Maar deze redenering klopt niet. Dat de Euribor later is gedaald en dat [eiseres] daarvan zou willen profiteren heeft niets te maken met de dwaling bij het aangaan van de renteswap maar heeft meer te maken met het beroep op vernietiging van de renteswap achteraf (waarover hierna wordt geoordeeld).

Renteswap is vernietigd op 18 maart 2016

4.20. Omdat voldaan is aan de vereisten voor dwaling kon [eiseres] de renteswap vernietigen. De advocaat van [eiseres] heeft dit namens haar gedaan in de e-mail van 18 maart 2016 ("*Cliënten roepen hierbij dan ook de vernietiging van de financieringsovereenkomst en de overeenkomst financiële derivaten in op grond van dwaling, dan wel misbruik van omstandigheden*"). [eiseres] noemt niet expliciet de renteswap maar wel de OFD. In artikel 3 van de OFD staat dat de OFD één geheel vormt met "*alle afzonderlijke Transacties*". Uit de algemene voorwaarden bij de OFD volgt dat onder Transactie ook de renteswap valt. De renteswap is dus vernietigd.

Conclusie

4.21. [eiseres] heeft de renteswap op 18 maart 2016 op goede gronden buitengerechtelijk vernietigd op grond van dwaling. De gevorderde verklaring voor recht (zie 3.1 onder (i)) zal in het eindvonnis worden toegewezen.

Gevolgen van vernietiging: terugdraaien verrichte prestaties

4.22. De vernietiging heeft terugwerkende kracht. Dat betekent dat de renteswap juridisch nooit heeft bestaan. Alle al nagekomen prestaties van de renteswap moeten in beginsel worden teruggedraaid (op grond van onverschuldigde betaling) en dat betekent in dit geval dat Rabobank een bedrag aan [eiseres] moet betalen (zie 4.2). Rabobank voert verschillende argumenten aan waarom volgens haar (volledige) terugbetaling in dit geval niet aan de orde zou zijn. Hieronder wordt uitgelegd waarom die argumenten niet slagen.

a. Rabobank heeft de rechtbank verzocht om in plaats van vernietiging, de gevolgen van de renteswap te wijzigen op grond van artikel 6:230 lid 2 BW. Met de wijziging zou het nadeel van [eiseres] waarover zij gedwaald heeft kunnen worden opgeheven. Dat betekent dat de renteswap zo gewijzigd moet worden dat er geen nadeel is door een negatieve marktwaarde. Het beroep van Rabobank op dit artikel slaagt niet. In dit geval zou [eiseres] ook bij een juiste voorstelling van zaken de renteswap niet zijn aangegaan, ook niet op andere voorwaarden. Zoals blijkt uit 4.17 had zij helemaal geen behoefte aan de renteswap. Dat betekent dat ook bij wijziging van de overeenkomst niet de situatie ontstaat die zou zijn ontstaan zonder de dwaling. Voor deze situatie is artikel 6:230 lid 2 BW daarom niet bedoeld.

Dat [eiseres] door de vernietiging alsnog profiteert van de sterke daling van de Euribor is volgens Rabobank haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat [eiseres] bij het aangaan van de renteswap juist de zekerheid van een vaste rente wilde. Zoals overwogen in 4.17 is niet gebleken dat dat zo was. Althans niet voordat de renteswap aan [eiseres] gunstig werd gepresenteerd zonder dat ze gewezen werd op de risico's waarover gedwaald is. Dit argument van Rabobank gaat dus niet op. Dat Rabobank [eiseres] inmiddels al op eigen initiatief (gedeeltelijk) heeft gecompenseerd voor door haarzelf veroorzaakte fouten betekent niet dat daarmee ook het door de dwaling veroorzaakte nadeel (volledig) is weggenomen. Dat argument helpt Rabobank dus ook niet.

De vernietiging van de renteswap betekent volgens Rabobank ook dat [eiseres] ongerechtvaardigd wordt verrijkt, omdat zij dan alsnog profiteert van de daling van de Euribor. Rabobank gebruikt hiervoor opnieuw het argument dat [eiseres] zekerheid wilde en daarom heeft gekozen voor de renteswap. Dat argument gaat ook hier niet op (zie 4.17 en 4.22 onder b). Daarnaast is volgens Rabobank het nadeel van [eiseres] al opgeheven omdat Rabobank compensatie heeft betaald. Dat betekent dat alles wat [eiseres] nog meer ontvangt een ongerechtvaardigde verrijking is. Zoals in 4.22 onder b overwogen is van de juistheid van de stelling dat al het nadeel van [eiseres] is opgeheven niet gebleken. Er kan dus niet worden vastgesteld dat vernietiging zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking.

[eiseres] doet volgens Rabobank alleen maar een beroep op vernietiging van de renteswap omdat de Euribor sinds 2008 is gedaald en daardoor het terugdraaien van de betalingen van de

renteswap gunstig voor haar uitpakt (de waardeverhouding van prestaties van de renteswap is dus ten gunste van [eiseres] gewijzigd). Zij doet daarom een beroep op artikel 6:278 BW en vindt dat [eiseres] een bijbetaling moet doen aan Rabobank om de waardeverhouding zoals die was bij het aangaan van de renteswap (dus vóór de daling van de Euribor) te herstellen. Dat zou erop neerkomen dat Rabobank de terug te betalen rente kan verrekenen met de bijbetaling van [eiseres] en dus niets aan [eiseres] hoeft te betalen. De rechtbank is van oordeel dat artikel 6:278 BW niet bedoeld is voor dit geval. Volgens de wetsgeschiedenis is artikel 6:278 BW in het leven geroepen om te opportunistisch of speculatief gebruik van de vernietiging te kunnen corrigeren. Het is op zich aannemelijk dat [eiseres] niet de vernietiging van de renteswap had ingeroepen als de Euribor was gestegen. Maar dat betekent niet [eiseres] de gevolgen van een dalende Euribor voor haar rekening moet nemen. Zij doet namelijk terecht een beroep op dwaling (4.8 tot en met 4.21). [eiseres] zou de renteswap niet zijn aangegaan als ze door Rabobank goed zou zijn geïnformeerd over de risico's. Zij maakt dus niet alleen maar gebruik van de vernietiging om te profiteren van het dalen van de Euribor. Er is daarom geen sprake van een te opportunistisch of speculatief gebruik van de vernietiging.

Rabobank heeft tijdens de renteswap de risico's van een stijgende Euribor voor haar rekening genomen. [eiseres] betaalde daarvoor de swaprente. Nu alle prestaties onder de renteswap ongedaan worden gemaakt, vindt Rabobank dat ze recht heeft op een vergoeding van de waarde van die prestatie (het afdekken van de renterisico's). Die prestatie kan namelijk niet worden teruggedraaid, terwijl het betalen van de swaprente wel wordt teruggedraaid. Artikel 6:210 lid 2 BW biedt een mogelijkheid om een vergoeding te vragen voor een prestatie die niet kan worden teruggedraaid, maar alleen voor zover dat redelijk is. Gelet op de manier waarop de renteswap door Rabobank is gepresenteerd aan [eiseres], namelijk met name het benoemen van de positieve gevolgen zonder uitdrukkelijk de risico's te benoemen, is de rechtbank van mening dat [eiseres] in dit geval niet hoeft te betalen voor het afdekken van de renterisico's. [eiseres] heeft niet om het afdekken van de renterisico's gevraagd en heeft terecht een beroep op dwaling gedaan. Daar komt bij dat Rabobank geen inzicht heeft gegeven in wat het haar heeft gekost om op haar beurt die risico's af te dekken. Zij heeft haar standpunt daarom op dit punt onvoldoende concreet gemaakt.

Beroep op vernietiging is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar

4.23. Gelet op de overwegingen in 4.16, 4.19 en 4.22 is het beroep van [eiseres] op vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar.

Geen eigen schuld

4.24. Uit overweging 4.15 en 4.16 volgt ook dat er geen sprake is van eigen schuld van [eiseres]. Dat brengt mee dat het aangaan van de renteswap niet geheel of gedeeltelijk voor haar rekening moet blijven.

Wat moet er betaald worden?

4.25. De conclusie van het bovenstaande is dat Rabobank alle door [eiseres] betaalde swaprente moet terugbetalen en dat [eiseres] alle ontvangen variabele rente onder de geldlening 2007 aan Rabobank moet terugbetalen. Vanwege de daling van de Euribor sinds 2008 betekent dit dat na verrekening van die vorderingen met elkaar Rabobank nog een bedrag aan [eiseres] moet betalen.

4.26. Om vast te stellen wat er uiteindelijk door Rabobank aan [eiseres] moet worden betaald, moet een berekening gemaakt worden. Die berekening moet laten zien wat het verschil is tussen wat [eiseres] gedurende de looptijd van de renteswap heeft betaald aan swaprente en aangepaste opslag en wat zij over diezelfde periode zou hebben betaald als zij de rente van de geldlening

2007 (variabele maandelijks rente gebaseerd op het 3-maands Euribor tarief verhoogd met een opslag van 1,75%) zou hebben betaald. De rechtbank constateert dat het debat op dit punt nog niet volledig is geweest. Dat is op zichzelf begrijpelijk gezien de veelheid aan mogelijke scenario's. Die mogelijkheid komt er daarom alsnog. [eiseres] heeft een berekening overgelegd (productie 37 bij repliek) waarmee de rechtbank nog niet goed uit de voeten kan. [eiseres] zal daarom bij akte de berekening (indien nodig aangepast aan de in dit tussenvonnissen gegeven beslissingen) mogen toelichten, met als doel inzichtelijk te maken wat het verschil is tussen de betaalde swaprente en de ontvangen variabele rente onder de geldlening 2007. Ook moet deze berekening inzichtelijk maken het verschil tussen de betaalde opslag en de opslag die verschuldigd zou zijn geweest als de renteswap niet zou zijn afgesloten. Tot slot moet [eiseres] aandacht besteden aan de herkomst van de gegevens waarop zij zich baseert. Rabobank mag daar vervolgens op reageren.

- 4.27. Als duidelijk is welk bedrag het verschil vormt tussen het totaalbedrag dat [eiseres] heeft betaald onder de renteswap en het totaalbedrag dat zij betaald zou hebben als zij de rente en opslag van 1,75% van de geldlening 2007 zou hebben betaald, moet dat bedrag nog verminderd worden met de bedragen die Rabobank al aan [eiseres] heeft betaald als compensatie. Wat er precies al is betaald aan [eiseres], is nog niet duidelijk. Dat zal Rabobank in een akte nader moeten toelichten. [eiseres] mag daar dan nog op reageren.
- 4.28. In de hiervoor genoemde akten dienen partijen ook duidelijkheid te geven over de vordering van [eiseres] tot terugbetaling van de € 21.075,01 aan boeterente en beëindigingskosten die door [eiseres] zijn betaald bij verkoop van de [boerderij]. Het is de rechtbank niet duidelijk of die berekening klopt en of daar al compensatie voor betaald is.

Vordering kosten rechtsbijstand en interne kosten

- 4.29. De vordering van [eiseres] van € 12.100,- voor de "*redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand*" zal worden afgewezen. Voor de vergoeding van dergelijke kosten van rechtsbijstand kan volgens artikel 241 Rv geen vergoeding worden gevorderd op grond van artikel 6:96 lid 2 BW, zoals [eiseres] doet. De liquidatietarieven zijn van toepassing en die zullen bij de proceskostenveroordeling worden toegepast. [eiseres] heeft niet onderbouwd waarom het in dit geval anders zou moeten zijn.
- 4.30. [eiseres] vordert ook nog € 19.360,- aan "*interne kosten*". Dat bedrag bestaat volgens [eiseres] uit de managementvergoeding van de heer Haan en de heer Rotman van één maand. Dat is volgens [eiseres] ongeveer het aantal uren dat is besteed aan de vele contacten met de bank. Daardoor werd niet toegekomen aan de normale bedrijfsvoering en heeft [eiseres] schade geleden. Deze vordering zal ook worden afgewezen. Om voor vergoeding van dergelijke kosten in aanmerking te komen moet sprake zijn van (i) redelijke kosten die (ii) in redelijkheid gemaakt zijn (dubbele redelijkheidstoets). Daar is niet aan voldaan. Ten eerste is niet komen vast te staan dat de kosten daadwerkelijk gemaakt zijn. Ten tweede is niet voldoende onderbouwd dat door de werkzaamheden niet aan de normale bedrijfsvoering is toegekomen. Gesprekken met de bank over financiering kunnen ook onder de normale bedrijfsvoering vallen. Het had op de weg van [eiseres] gelegen haar stelling nader te onderbouwen maar dat heeft zij niet gedaan. Daar komt bij dat [eiseres] ook niet heeft aangetoond dat de gevorderde kosten redelijk in omvang zijn.

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **6 maart 2019** voor het nemen van een akte door [eiseres] over wat is vermeld onder 4.26 en 4.28, waarna Rabobank op de rol van 4 weken daarna een antwoordakte kan nemen,
- 5.2. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **6 maart 2019** voor het nemen van een akte door Rabobank over wat is vermeld onder 4.26, 4.27 en 4.28, waarna [eiseres] op de rol van 4 weken daarna een antwoordakte kan nemen,
- 5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.C. Burgers, mr. N.V.M. Gehlen en mr. N.P.J. Janssens en in het openbaar uitgesproken op 6 februari 2019.¹

¹ type: NJ/5046
