Annotatie bij HR 28-06-2019, NJ 2020/257 (Rentederivaat ABN AMRO)

Hijma, J.

Citation
Hijma, J. (2020). Annotatie bij HR 28-06-2019, NJ 2020/257 (Rentederivaat ABN AMRO). *Nederlandse Jurisprudentie*, *2020*(31/32), 4291-4296. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3278700

Version:	Publisher's Version
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3278700

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

lamleggen (zie in die zin arresten van 6 mei 2010, *Walz*, C-63/09, EU:C:2010:251, punten 34-36 (*NJ* 2010/430, m.nt. M.R. Mok; *red.*), en 22 november 2012, *Espada Sánchez e.a.*, C-410/11, EU:C:2012:747, punt 30).

41 Hieruit volgt dat het — zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt — niet strookt met de gewone betekenis van het begrip 'ongeval' als bedoeld in artikel 17, lid 1, van het Verdrag van Montreal, noch met de doelstellingen van dit verdrag, om de aansprakelijkheid van de vervoerder afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de schade te wijten is aan de verwezenlijking van een typisch luchtvaartrisico dan wel van de voorwaarde dat er een verband bestaat tussen het 'ongeval' en de exploitatie of de beweging van het luchtvaartuig.

42 Daarbij komt dat het om te vermijden dat aan luchtvervoerders een buitensporige restitutieverplichting wordt opgelegd, niet noodzakelijk is hun restitutieverplichting te beperken tot ongevallen die verband houden met een typisch luchtvaartrisico. Zoals is opgemerkt in punt 39 van dit arrest, kunnen zij hun aansprakelijkheid immers uitsluiten of beperken.

43 Op de prejudiciële vraag dient dan ook te worden geantwoord dat artikel 17, lid 1, van het Verdrag van Montreal aldus moet worden uitgelegd dat het begrip 'ongeval' in de zin van deze bepaling zich uitstrekt tot alle situaties die zich voordoen aan boord van een luchtvaartuig en waarbij een passagier lichamelijk letsel oploopt door een voorwerp dat wordt gebruikt voor het bedienen van passagiers, zonder dat hoeft te worden onderzocht of die situaties het gevolg zijn van een typisch luchtvaartrisico.

(…)

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht: [zie *cursieve* kop].

Redactionele aantekening

In 2015 vliegt de zesjarige G met haar vader van Mallorca naar Wenen. Tijdens de vlucht krijgt haar vader koffie. Het koffiebekertje wordt op zijn uitklaptafeltje gezet maar valt om onduidelijke redenen om. G loopt hierdoor verbrandingen op. De luchtvaartmaatschappij wordt aansprakelijk gesteld.

Volgens het Verdrag van Montreal (VvM), integrerend bestanddeel van het Unierecht, is de vervoerder aansprakelijk voor schade door lichamelijk letsel van een passagier wanneer het ongeval dat het letsel heeft veroorzaakt, plaats heeft gehad aan boord van het vliegtuig of bij het binnengaan of verlaten daarvan. Bij eigen schuld of nalatigheid van degene die schade vordert, is de vervoerder (deels) ontheven van zijn aansprakelijkheid. Daarnaast kan de luchtvervoerder zich voor de schade voor zover die meer bedraagt dan 100.000 bijzondere trekkingsrechten (BTR; ongeveer € 113.471) in bepaalde gevallen disculperen. Wanneer is sprake van een 'ongeval', zoals bedoeld in het VvM?

Het VvM definieert 'ongeval' niet. Dit begrip moet op autonome en uniforme wijze worden uitgelegd zodat het voor iedere lidstaat dezelfde betekenis heeft. Leidend is de gewone betekenis van het woord, rekening houdend met het voorwerp en doel van het VvM. 'Ongeval' ziet op een schadelijke gebeurtenis die onvoorzien en onopzettelijk is. Het VvM voorziet in een objectief stelsel van aansprakelijkheid waarin een billijk evenwicht tussen de belangen van de vervoerders en de passagiers wordt bewaard. Daarom is niet elke gebeurtenis een ongeval en is de vervoerder bij schuld of nalatigheid van de passagier (deels) ontheven van zijn aansprakelijkheid. Zo kunnen passagiers gemakkelijk en snel schadeloos worden gesteld zonder dat de luchtvervoerders een zeer zware en moeilijk vast te stellen schadevergoedingsverplichting hebben. Het strookt daarom niet met de gewone betekenis van 'ongeval' om de aansprakelijkheid van de vervoerder afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de schade te wijten is aan de verwezenlijking van een typisch luchtvaartrisico dan wel van de voorwaarde dat er een verband bestaat tussen het 'ongeval' en de exploitatie of beweging van het vliegtuig. Daar staat tegenover dat de vervoerder in bepaalde gevallen aan aansprakelijkheid voor schade boven 100.000 BTR kan ontsnappen.

NJ 2020/257

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)
28 juni 2019, nr. 18/03941
(Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff;
A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. Jac. Hijma

Art. 3:53 lid 1, art. 3:53 lid 2, art. 6:203 lid 1, art. 6:210 lid 2, art. 6:228 lid 1 onder b, art. 6:228 lid 2, art. 6:230, 6:248 lid 2, art. 6:278 BW

NJB 2019/1565
RCR 2019/77
RF 2019/58
JONDR 2019/813
RvdW 2019/786
ECLI:NL:PHR:2019:329
ECLI:NL:HR:2019:1046

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Dwaling bij renteswaps. Mededelingsplicht versus waarschuwingsplicht; algemene productinformatie. Causaal verband; stelplicht en bewijslast; ontbreken nadeel; betekenis voor ongedaanmaking; gevolgen schending zorgplicht. Voorkomen onevenwichtige gevolgen; geldstroom- of risicouitleg; dwaling t.a.v. renterisico of ander aspect van renteswap. Dwaling over onbekend aspect; marge bank.

De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Omvang en inhoud van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Een en ander is in overeenstemming met de lijn in de jurisprudentie die is ingezet met HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (De T./Dexia).

De omstandigheid dat de dwalende geen nadeel heeft ondervonden en zal kunnen ondervinden van zijn onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomst, staat niet eraan in de weg dat hij zich met succes beroept op dwaling (art. 6:228 BW). Hij zal daartoe moeten stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting aannemelijk moeten maken, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. Bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten ongerechtvaardigde resultaten worden voorkomen (zie hierna). Als er naast dwaling sprake is geweest van schending van de bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed.

Uitleg van de overeenkomst kan meebrengen dat als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds (hierna: de geldstroomuitleg). In een dergelijk geval kan algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen na vernietiging van een renteswapovereenkomst tot onevenwichtige resultaten leiden indien het risico van een stijging van de variabele rente zich niet heeft verwezenlijkt, maar de cliënt wel tegen dit risico beschermd is geweest. Indien de dwaling van de cliënt (mede) betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, of op de omvang waarin het renterisico moest worden of werd afgedekt, is het gerechtvaardigd dat de cliënt door ongedaanmaking in de positie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij het renterisico niet, respectievelijk niet geheel, zou hebben afgedekt. Indien de dwaling uitsluitend betrekking heeft op andere aspecten van het rentederivaat, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan, dient te worden onderzocht voor welke wijze van afdekking van het renterisico de cliënt zou hebben gekozen indien van dwaling geen sprake zou zijn geweest. De cliënt dient vervolgens in de positie te worden gebracht alsof hij die keuze zou hebben gemaakt. De wederzijdse ongedaanmakingsverplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht. Dit past in het stelsel van de wet (zie art. 3:53 lid 2, 3:54 lid 2, 6:228 lid 2, 6:230, 6:248 lid 2 en 6:278 BW). Als de overeenkomst aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank niet bestaat in het verrichten van betalingen, maar in het overnemen van het renterisico (de risico-uitleg) sluit de aard van deze prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. Indien de dwaling van de cliënt geen betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, maar uitsluitend op andere aspecten van het rentederivaat, zal bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van de bank mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW, en zo nodig van art. 3:53 lid 2 BW, kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg.

Voor een geslaagd beroep op dwaling is onder meer vereist dat de partij de overeenkomst bij afwezigheid van de dwaling niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, en dat dit voor de wederpartij kenbaar was. Aan deze vereisten zal in het algemeen — behoudens bijzondere, door de partij die zich op dwaling beroept te stellen omstandigheden — niet zijn voldaan als het beroep op dwaling erop berust dat de bank geen melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van een bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de cliënt verschuldigde vaste rentetarief, of dat de bank geen inzicht heeft gegeven in de componenten waaruit het vaste rentetarief is opgebouwd.

1. [eiseres 1] B.V.
2. [eiseres 2] B.V.

eiseressen in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. J.H.M. van Swaaij,
tegen
ABN AMRO Bank N.V., te Amsterdam, verweerster in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. F.E. Vermeulen en mr. B.F.L.M. Schim.

Rechtbank:

2. De verdere beoordeling

2.1. In het tussenvonnis zijn partijen op de voet van artikel 392 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het voornemen van de rechtbank om de Hoge Raad rechtsvragen te stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing alsmede over de inhoud van de te stellen vragen.

2.2. [eiseressen] en ABN AMRO hebben vervolgens akten genomen.

2.3. [eiseressen] en ABN AMRO kunnen zich vinden in het voornemen van de rechtbank. [eiseressen] heeft er wel op gewezen dat zij de vertraging in haar zaak niet wenselijk acht en dat zij door het voornemen van de rechtbank op additionele kosten wordt gejaagd. Ten aanzien van de vertraging wordt allereerst opgemerkt dat voor de rechtbank het belang dat de rechtsonzekerheid (ontstaan door verschillende uitspraken in vergelijkbare zaken) wordt weggenomen, waardoor uiteindelijk efficiënter kan worden geprocedeerd in individuele zaken, zwaarder weegt dan de vertraging van deze procedure in eerste aanleg door het stellen van vragen aan de Hoge Raad. Bovendien geldt dat andere bij de rechtbank aanhangige procedures waarin een rentederivaat onderwerp van geschil is en waarin het antwoord op de vragen die in deze procedure worden gesteld rechtstreeks van belang is om op de vordering(en) in die zaak te beslissen, op de voet van artikel 392 lid 6 Rv ook worden aangehouden. De rechtbank heeft begrip voor het bezwaar ten aanzien van de kosten, maar ziet niet goed hoe hieraan tegemoet kan worden gekomen. Het huidige procesrecht biedt nu eenmaal de mogelijkheid in een individuele zaak prejudiciële vragen te stellen, maar in de wet is over de (additionele) kosten die dit voor partijen meebrengt geen bijzondere regeling opgenomen.

2.4. [eiseressen] gaat in haar akte vooral in op de wijze waarop de vragen naar haar idee zouden moeten worden beantwoord, maar nauwelijks op de (formulering van de) te stellen vragen zelf. [eiseressen] merkt daarnaast op dat de vragen 2 en 3 nogal vaag zijn geformuleerd en niet of nauwelijks zijn toegespitst op de renteswap. Deze opmerking is terecht en hieraan zal de rechtbank bij het formuleren van de definitieve vragen aandacht besteden. Voor het overige geeft de akte van [eiseressen] de rechtbank geen aanleiding de (formulering van de) vragen te heroverwegen.

2.5. ABN AMRO heeft in haar akte — in haar eigen woorden — enkele gedachten ter overweging aan de rechtbank voorgelegd en is zo vrij geweest suggesties te doen ter verdere verduidelijking en aanvulling van de vragen die de rechtbank voornemens is te stellen.

2.6. De bank wijst er in haar akte allereerst op dat artikel 392 lid 1 Rv bepaalt dat de rechter aan de Hoge Raad (alleen) *rechtsvragen* kan stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing. De rechtbank neemt deze opmerking ter harte en dit leidt op een enkel punt tot een aanpassing van de vragen.

Vraag 1 in het tussenvonnis

2.7. Ten aanzien van de voorgenomen vraag 1 stelt ABN AMRO (en met haar, in andere bewoordingen, in feite ook [eiseressen]) — terecht — vast dat het gerechtshof Amsterdam een ander en strenger criterium hanteert dan de rechtbank Amsterdam en het gerechtshof 's-Hertogenbosch ten aanzien van de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 onder b van het Burgerlijk Wetboek (BW) en dat deze andere en strengere benadering van het gerechtshof Amsterdam berust op een verschil van inzicht over de vraag of en, zo ja, in hoeverre de bancaire zorgplicht, in het bijzonder de waarschuwings- en onderzoeksplicht en/of informatieplichten uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo), doorwerken in de aard en reikwijdte van de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 onder b van het Burgerlijk Wetboek (BW). De vraag van de rechtbank is er — zo constateert ABN AMRO terecht — op gericht duidelijkheid te verkrijgen of de lijn van de rechtbank (en van het gerechtshof 's-Hertogenbosch) de juiste is of de andere, strengere benadering van het gerechtshof Amsterdam. De bank heeft bij de voorgenomen vraag een aantal kanttekeningen geplaatst. Ten aanzien daarvan wordt het volgende overwogen:

a) De bank stelt voor bij de vraagstelling uit te gaan van de situatie dat zowel schriftelijk als mondeling informatie kan zijn verstrekt. Voor de rechtbank is het vooral van belang te weten of het — ook — voldoende kan zijn dat de informatie alleen in algemene productinformatie wordt verstrekt, en heeft de vraag daarom op deze situatie toegespitst.

b) De bank merkt — net als [eiseressen] — op dat de vraag te weinig is toegespitst op de producten waar het nu om gaat: rentederivaten. De rechtbank zal in de vraagstelling verduidelijken dat de vraag wordt gesteld met het oog op rentederivaten.

c) De bank geeft de rechtbank in overweging in de vraagstelling te verduidelijken dat het gaat om het risico van een (aanzienlijke) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging. Ook deze suggestie neemt de rechtbank over.

d) De bank stelt voor om een afzonderlijke daarop gerichte specifieke vraag te stellen als de rechtbank (ook) een ander aspect van rentederivaten wil betrekken in deze vraag. In het onderhavige geval heeft de rechtbank geen ander aspect voor ogen, maar zij wil de vraag wel in algemene zin stellen omdat in andere zaken soms wel wordt gesteld dat is gedwaald over een ander kenmerk. Naar het oordeel van de rechtbank moet het mogelijk zijn de vraag in meer algemene zin te stellen en bij wijze van algemene richtlijn te beantwoorden en de formulering van de vraag is daarop gericht.

Vraag 2 in het tussenvonnis

2.8. De bank stelt fundamentele wijzigingen voor ten aanzien van vraag 2, opdat de mogelijkheid open wordt gehouden dat de vraag wordt beantwoord via het causaliteits-vereiste. In dit verband heeft zij verwezen naar rechtsoverwegingen 4.14 en 4.15 van het tussenvonnis. Naar het oordeel van de rechtbank doen de voorgestelde wijzigingen geen recht aan de vragen die de rechtbank beantwoord wenst te zien. Die vragen zien — zoals in de vraagstelling is weergegeven — op situaties waarin risico's zich niet hebben verwezenlijkt en nadeel niet is geleden. Anders dan de bank betoogt, is voor de be-

antwoording van die vragen niet van belang of iets (bijvoorbeeld marginverplichtingen) wel of niet tussen partijen is overeengekomen. De rechtbank wordt nu eenmaal geconfronteerd met vele zaken waarin de betrokkene een beroep doet op dwaling onder verwijzing naar een — voor zijn/haar situatie — niet relevante bepaling in de algemene productinformatie, althans voor hem/haar niet relevante productkenmerken. Ten slotte wordt overwogen dat de vraag naar de causaliteit voldoende aan de orde komt in vraag 2 onder c sub (i).

2.9. De bank stelt dat in de in vraag 2 beschreven situatie de vraag rijst of een voldoende belang (als bedoeld in artikel 3:303 BW) ontbreekt bij een beroep op dwaling en/of een beroep op dwaling leidt tot misbruik van recht (in de zin van artikel 3:13 BW) en/of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (op de voet van artikel 6:2 lid 2 en artikel 6:248 lid 2 BW). Deze vragen neemt de rechtbank over, aangezien zij van oordeel is dat dit in beginsel het geval is, maar zij graag van de Hoge Raad wil vernemen of dit oordeel juist is (zo mogelijk met vuistregels of gezichtspunten waarmee bij de beoordeling rekening moet worden gehouden).

2.10. De bank stelt een hele andere vraag voor ten aanzien van artikel 6:230 lid 2 BW. De bank wil de Hoge Raad vragen of het nadeel in voldoende mate is opgeheven als de bank de bepalingen op grond waarvan de bank een negatieve marktwaarde in rekening had kunnen brengen buiten toepassing verklaart. De rechtbank volgt deze suggestie niet. De vraag is gesteld omdat naar het oordeel van de rechtbank het uitgangspunt dat het lijden van nadeel niet is vereist voor een geslaagd beroep op dwaling en het bepaalde in artikel 6:230 lid 2 BW zich slecht tot elkaar verhouden.

Vraag 3 in het tussenvonnis

2.11. Het voornemen om de laatste vraag te stellen is, zoals de bank terecht stelt, inderdaad ingegeven door het partijdebat over de marge die ABN AMRO heeft verdisconteerd in het rentetarief dat zij aan [eiseressen] in rekening heeft gebracht. De bank meent dat het stellen van een prejudiciële vraag niet nodig en mogelijk is, omdat het een zuiver feitelijke vraag betreft. De bank heeft mogelijk gelijk, maar de rechtbank zal de vraag toch aan de Hoge Raad voorleggen.

2.12. [eiseressen] heeft aangevoerd dat de rechtbank er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat ABN AMRO een wettelijke verplichting heeft om [eiseressen] te informeren over de in het swaptarief verwerkte marge. Dit is niet het geval. De desbetreffende vraag heeft betrekking op het kenbaarheidsvereiste in artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW — "in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten". [eiseressen] heeft niet duidelijk gemaakt hoe een schending van ABN AMRO van de door [eiseressen] in dit verband naar voren gebrachte wettelijke verplichtingen, waarover de rechtbank in het tussenvonnis geen oordeel heeft gegeven, in de weg kan staan aan het stellen van de vraag. Immers, ook indien ABN AMRO in strijd met regelgeving geen mededelingen heeft gedaan over de marge in de swaprente, kan het zijn dat voor haar niet kenbaar was dat deze marge voor [eiseressen] ten tijde van het sluiten van de renteswap een rol speelde zodat niet is voldaan aan dit vereiste voor een geslaagd beroep op dwaling. De enkele overtreding van de regelgeving kan er naar het voorlopig oordeel van de rechtbank immers niet toe leiden dat het kenbaarheidsvereiste voor een geslaagd beroep op dwaling niet geldt en de rechtbank wil graag van de Hoge Raad vernemen of dit (voorlopige) oordeel juist is. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat een overeengekomen swaptarief veelal het resultaat is van een onderhandelingsproces waarbij vele factoren over en weer een rol spelen en partijen niet altijd inzicht hebben in elkaars beweegredenen.

2.13. Aan beantwoording van de vraag bestaat behoefte, mede in het licht van de arresten van het gerechtshof Amsterdam (28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, r.o. 2.24) en het gerechtshof Den Haag (14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255), waarin zijdelings iets wordt overwogen over de in rekening gebrachte bankmarge. Het gerechtshof Den Haag overweegt (r.o. 9.3) dat de bank had moeten informeren (in niet mis te verstane bewoordingen) over de bijzondere risico's van de door haar geadviseerde en verkochte producten, met name: (…) de bankmarges. Mogelijk kan de Hoge Raad bij de beantwoording van deze vraag die, zoals de bank terecht stelt, ook ziet op causaliteit en het kenbaarheidsvereiste — en die ook dikwijls aan de orde is in renteswapzaken — al dan niet in het kader van het grotere geheel waarbinnen deze vraag speelt (het aanbieden van rentederivaten door banken), met vuistregels of gezichtspunten komen waarmee bij de beoordeling rekening moet worden gehouden.

Artikel 392 Rv

2.14. Artikel 392 lid 3, eerste volzin, Rv schrijft voor dat de beslissing waarbij de vragen worden gesteld ook het onderwerp van geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de door partijen ingenomen standpunten vermeldt.

2.15. Voor het onderwerp van geschil wordt verwezen naar rechtsoverwegingen 3.1 tot en met 3.3 van het tussenvonnis.

2.16. Voor de relevante feiten wordt verwezen naar rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.17 van het tussenvonnis.

2.17. Artikel 392 lid 3, tweede volzin, Rv schrijft voor dat de beslissing waarbij de vragen worden gesteld tevens een uiteenzetting bevat dat met de beantwoording van de vragen wordt voldaan aan onderdeel a of b van het eerste lid.

2.18. De rechtbank heeft in het tussenvonnis in rechtsoverwegingen 4.10 tot en met (in het bijzonder) 4.13 reeds toegelicht dat in dit geval naar haar oordeel is voldaan aan zowel onderdeel a als onderdeel b van artikel 392 lid 1 Rv. Een antwoord op de

onder de beslissing vermelde vragen is nodig om op de vorderingen van [eiseressen] te beslissen en is van rechtstreeks belang: (a) voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en die uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen en (b) voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin zich (een of meer van) dezelfde vragen voordoen.

2.19. Naast deze zaak zijn alleen al bij de rechtbank Amsterdam nog 26 zaken aanhangig waarin (de advisering rond) een rentederivaat onderwerp van geschil is. Er bestaat daarom maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad.

2.20. Zoals voorgeschreven in artikel 392 lid 5 Rv zal iedere verdere beslissing worden aangehouden totdat een afschrift van de beslissing van de Hoge Raad is ontvangen.

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. stelt de Hoge Raad ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing de volgende rechtsvragen:

1. Is aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost de wezenlijke kenmerken en risico's van een rentederivaat als het onderhavige kunnen worden afgeleid die aan de dwaling ten grondslag worden gelegd, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging? Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*[…]/Dexia*) ontwikkelde jurisprudentie?

2.(a) Kan met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan indien de risico's (kenmerken waarop een beroep op dwaling wordt gegrond) van een rentederivaat zich niet hebben verwezenlijkt en ook niet zullen verwezenlijken (zoals in het onderhavige geval de negatieve waarde) of in het geval dat de wederpartij — de bank — aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd (zoals in het onderhavige geval geldt ten aanzien van de marginverplichtingen), geen uitvoering heeft gegeven (en toezegt daaraan ook geen uitvoering te zullen geven), kortom in gevallen waarin het aangaan van de overeenkomst (het rentederivaat) dus op geen enkele manier voor de dwalende enig nadelig gevolg heeft (gehad) of kan hebben?

2.(b) Zo nee, hoe verhoudt zich dat tot de jurisprudentie als ontwikkeld in HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559 (*[…]/[…]*), r.o. 3.4 en HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*[…]/[…]*), r.o. 3.4.2?

2.(c) Zo ja, (i) hoe kan in een dergelijke situatie worden beoordeeld of aan het vereiste is voldaan dat de betrokkene de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, als de dwaling niet had plaatsgehad (zie wederom HR 4 september 2009 (*[…]/[…]*), r.o. 3.4.2) en (ii) hoe verhoudt zich dat tot het bepaalde in artikel 6:230 BW dat aan de wederpartij de mogelijkheid biedt om een vernietiging te voorkomen door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel opheft dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt?

3. Indien de vraag onder 2.(a) bevestigend wordt beantwoord, rijst een aantal vervolgvragen:

(i) heeft [eiseressen] onder die omstandigheden een voldoende belang bij haar op dwaling gebaseerde rechtsvordering zoals vereist in artikel 3:303 BW? en/of

(ii) resulteert een beroep op dwaling onder deze omstandigheden in misbruik van recht als bedoeld in artikel 3:13 BW? en/of

(iii) moet onder die omstandigheden worden geoordeeld dat het beroep op dwaling op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?

4. Kan met vrucht een beroep worden gedaan op dwaling als niet is gebleken dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald (in het onderhavige geval de omstandigheid dat in het swaptarief een opslag of bankmarge was verdisconteerd) ten tijde van het afsluiten van de renteswap aan de orde zijn geweest of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de klant (vergelijk HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398)?

3.2. draagt de griffier op onverwijld een afschrift van dit vonnis en een afschrift van het tussenvonnis aan de Hoge Raad te zenden,

3.3. draagt de griffier op afschriften van andere op de procedure betrekking hebbende stukken op diens verzoek aan de griffier van de Hoge Raad te zenden,

3.4. houdt iedere verdere beslissing aan.

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

Deze zaak gaat over dwaling bij renteswaps. De conclusie behandelt de vereisten die kunnen worden gesteld aan de in art. 6:228 BW bedoelde mededelingsplicht van de bank. Deze is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar omvat niet een (mogelijk uit de zorgplicht van de bank voortvloeiende) waarschuwingsplicht. Verder wordt besproken dat, hoewel nadeel geen vereiste is voor een beroep op dwaling, een dergelijk beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien elk nadeel als gevolg van de dwaling ontbreekt. Tot slot wordt besproken dat geen beroep op dwaling kan worden gegrond op een omstandigheid die voor de dwalende irrelevant was. De voorgestelde antwoorden op de door de Rechtbank Amsterdam aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen staan in de nrs. 9.3, 10.44, 10.45 en 11.13 van deze conclusie.

1 Inleiding

Renteswapzaken

1.1 Heden concludeer ik in vier zaken over dwaling bij renteswaps, de prejudiciële procedures in de zaken *Cliënt c.s./ABN AMRO* (18/03941) en *Cliënt/Rabobank* (18/03942)[1] en de cassatiezaken *ABN AMRO/[A]* (18/00875) en *ING/Cliënt* (18/01155).[2]

1.2 Ruim tien jaar geleden hebben veel ondernemingen in het MKB rentederivaten (vooral renteswapovereenkomsten) afgesloten ter afdekking van het risico van stijging van de variabele rente die zij betaalden op hun bankleningen. Na verloop van tijd werden ondernemingen met de aan deze overeenkomsten verbonden risico's geconfronteerd. In civiele procedures beroepen zij zich op dwaling en/of schending van de zorgplicht, omdat de bank onvoldoende heeft gedaan om hen op deze risico's te wijzen. In de rechtspraak wordt in verband met het beroep op dwaling verschillend geoordeeld over de aan de mededelingsplicht van de bank te stellen eisen.

1.3 In de vier zaken gaat het steeds om ondernemers die met de bank[3] waar zij leningen hebben, een of meer renteswaps zijn aangegaan. In twee zaken wees de bank op de mogelijkheid om met een renteswap (of op een andere manier) het renterisico af te dekken. In *ING/Cliënt* stelde de bank een renteswap als voorwaarde voor het verstrekken van een lening. In *Cliënt c.s./ABN AMRO* was reeds een aantal swaps gesloten en stelde de bank bij een herfinanciering de voorwaarde dat de helft van het kredietrisico zou worden afgedekt.

In *ABN AMRO/[A]* en in *Cliënt/Rabobank* is vastgesteld, en in *Cliënt c.s./ABN AMRO* is gesteld, dat de bank ter zake van de renteswap optrad als adviseur van haar cliënt.

1.4.1 In de onderhavige zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO* zijn de renteswapovereenkomsten uitgediend.

De cliënt heeft de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en vordert onder meer restitutie van de door haar onder de swap onverschuldigd betaalde bedragen (na verrekening met de door de bank betaalde bedragen) en schadevergoeding. De Rechtbank Amsterdam heeft in deze zaak dezelfde prejudiciële vragen gesteld als in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

1.4.2 In de zaak *ING/Cliënt* wilde de cliënt zijn leningen beëindigen en overstappen naar een andere bank. De bank stelde als voorwaarde voor beëindiging dat de cliënt aanvullende zekerheden stelde (voor een bedrag van € 1,35 miljoen) voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de renteswapovereenkomst. De cliënt heeft extra zekerheid gesteld en zijn leningen, later dan hij wenste, beëindigd.

De cliënt heeft de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en vordert restitutie van de door hem onder de swap onverschuldigd betaalde bedragen (na verrekening met de door de bank betaalde bedragen) en schadevergoeding. Anders dan de Rechtbank Amsterdam, aanvaardde het Hof Amsterdam het beroep op dwaling en wees het de vorderingen gedeeltelijk toe.

1.4.3 In de zaak *Cliënt/Rabobank* wilde de cliënt om fiscale redenen extra aflossen op een lening. De bank verlangde dat dan ook de hoofdsom van de swap zou worden verlaagd, wat zou resulteren in een door de cliënt te betalen negatieve waarde. De cliënt zag toen af van de extra aflossingen op de lening.

De cliënt heeft de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en vordert onder meer restitutie van de door hem onder de swap onverschuldigd betaalde bedragen (na verrekening met de door de bank betaalde bedragen) en schadevergoeding. De Rechtbank Amsterdam heeft in deze zaak prejudiciële vragen gesteld.

1.4.4 In de zaak *ABN AMRO/[A]* heeft [A], na verkoop van haar onderneming, haar lening(en) vervroegd afgelost en is de renteswapovereenkomst tussentijds beëindigd. [A] heeft het bedrag van de op dat moment negatieve waarde van die swap (€ 168.900) aan de bank betaald.

[A] heeft de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en vordert restitutie van de door haar onder de swap onverschuldigd betaalde bedragen (na verrekening met de door de bank betaalde bedragen), waaronder het bedrag van de negatieve waarde. Anders dan de Rechtbank Amsterdam, aanvaardde het Hof Amsterdam het beroep op dwaling en wees het de vorderingen gedeeltelijk toe.

De verschillende vragen

1.5 Dit is de eerste maal dat de Hoge Raad zich kan uitspreken over de mededelingsplicht bij dwaling in renteswapzaken. Een eerdere renteswapzaak bij de Hoge Raad betrof de zorgplicht van de bank.[4]

1.6 (I) In de eerste plaats speelt de *verhouding tussen de mededelingsplicht* en de zorgplicht van de bank, waaruit een *waarschuwingsplicht* kan voortvloeien. Het Hof Amsterdam oordeelt dat de zorgen waarschuwingsplicht mede van belang is voor de mededelingsplicht. In de effectenleasearresten van de Hoge Raad uit 2009 is echter een onderscheid gemaakt tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht. Geldt dat ook bij renteswapzaken?

1 In deze zaak is tot op heden geen bericht ontvangen dat de zaak reeds is geroyeerd en/of dat de prejudiciële vragen worden ingetrokken.

2 Omdat delen van de conclusies in de genoemde zaken gelijkluidend zijn, zijn de tot privépersonen te herleiden namen van partijen reeds geanonimiseerd.

3 Dan wel met een aan de bank gelieerde partij.

4 HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, *JOR* 2018/71 m.nt. F.M.A. 't Hart (*[…]/Rabobank*), een zaak waarin bijzondere feiten speelden. Een fiscale zaak, HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1327, *BNB* 2017/189 m.nt. J.P. Boer, *NTFRB* 2018/10 m.nt. J.A.G. van Es, *NTFR* 2017/1783 m.nt. W. Bruins Slot, betrof de aftrekbaarheid van swaprente voor de inkomstenbelasting.

Deze kwestie wordt aan de orde gesteld in de cassatiemiddelen in de zaken *ABN AMRO/[A]* en *ING/Cliënt* en is onderwerp van de eerste prejudiciële vraag van de Rechtbank Amsterdam. De eerste prejudiciële vraag wil immers weten (i) of aan de mededelingsplicht is voldaan als in de productinformatie voldoende inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij na een redelijke inspanning de wezenlijke kenmerken en risico's van het onderhavige rentederivaat kan afleiden en (ii) zo neen, hoe zich dat verhoudt tot de effectenleasearresten uit 2009. Uit dit laatste blijkt dat de Rechtbank wil weten of de mededelingsplicht kan worden beoordeeld los van de zorgplicht en de daaruit eventueel voortvloeiende waarschuwingsplicht van de bank.[5]

1.7 (II) In het verlengde van de eerste vraag speelt in de tweede plaats de vraag naar de *inhoud van de mededelingsplicht* bij renteswapovereenkomsten. Kort gezegd, gaat het erom of kan worden volstaan met erop te wijzen *dat* een bepaald risico bestaat (zoals dat van een mogelijke negatieve waarde van de swap bij tussentijdse beëindiging), of dat vereist is dat *meer informatie* over dat risico wordt gegeven (zoals de mogelijke orde van grootte van die negatieve waarde).

Deze kwestie speelt in de zaken *ABN AMRO/[A]* en *ING/Cliënt*. Zij wordt door de prejudiciële vragen niet als zodanig aan de orde gesteld, maar ligt wel ten grondslag aan de eerste prejudiciële vraag, met name omdat het eerste deel van die vraag veronderstelt dat aan de mededelingsplicht is of kan zijn voldaan door in de productinformatie voldoende inlichtingen te geven over de wezenlijke kenmerken en risico's van het derivaat. Deze productinformatie neigt ernaar — zo begrijp ik de beoordeling van de feiten door de Rechtbank in de aan haar voorgelegde zaken — om te volstaan met de informatie *dat* een bepaald risico bestaat.

Ook indien een bevestigend antwoord wordt gegeven op de eerste prejudiciële vraag, bestaat belang bij een onderzoek naar de inhoud van de mededelingsplicht bij renteswapovereenkomsten.[6] Ik bespreek het punt in algemene zin in de vier zaken, ook in de prejudiciële procedures omdat dit nodig bleek om het antwoord op de eerste prejudiciële vraag van de juiste context te kunnen voorzien.[7]

1.8 De tot nu toe genoemde vragen betreffen beide de afbakening van, enerzijds, de verantwoordelijkheid van de bank om bepaalde informatie te verstrekken aan de cliënt en, anderzijds, de verantwoordelijkheid van de cliënt om van verstrekte informatie kennis te nemen en bij eventuele vragen daarover zich te wenden tot de bank.

1.9 (III) Een derde thema is de betekenis van de *afwezigheid van nadeel voor het dwalingsberoep*. De tweede prejudiciële vraag stelt aan de orde of een beroep op dwaling kan slagen indien de risico's waarover is gedwaald zich niet hebben voorgedaan en niet zullen voordoen. De derde prejudiciële vraag wil weten of in een dergelijk geval het beroep op dwaling afstuit op gebrek aan belang, misbruik van recht oplevert dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik bespreek deze kwesties in de conclusies in de prejudiciële zaken.

1.10 (IV) De vierde prejudiciële vraag stelt aan de orde of gedwaald kan zijn over een productkenmerk (de marge van de bank) als niet is gebleken dat dit kenmerk bij het afsluiten van de swap aan de orde is geweest of een rol heeft gespeeld bij de overwegingen van de cliënt. Ik bespreek deze vraag in de conclusies in de prejudiciële zaken.

1.11 (V) In de vijfde plaats speelt de vraag *welke vorderingen uit onverschuldigde betaling* ontstaan na vernietiging van de renteswapovereenkomst. In de zaak *ABN AMRO/[A]* is geoordeeld dat partijen de over en weer betaalde bedragen dienen te restitueren (art. 6:203 lid 2 BW). In de zaak *ING/Cliënt* is de vordering beoordeeld op de voet van art. 6:210 lid 2 BW, op een wijze die doet denken aan schadevergoeding.[8] De kwestie wordt aan de orde gesteld in de cassatiemiddelen in de zaak *ING/Cliënt* en wordt daarom besproken in de conclusie in die zaak.

1.12 Resumerend: (*zie tabel volgende pagina*)

1.13.1 (VI) Wellicht speelt op de achtergrond de vraag wat de gevolgen zijn van een bepaalde wijze van afdoening van renteswapzaken. Ik wijs op het volgende.

1.13.2 Indien de uit de zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht mede de mededelingsplicht bepaalt, worden in het algemeen strengere eisen gesteld aan de mededelingsplicht en zal daarom eerder sprake zijn van schending van de mededelingsplicht en daarmee van dwaling.

1.13.3 Wanneer de cliënt een beroep op dwaling kan doen, moet mogelijk worden onderscheiden tussen gevallen waarin wel of geen nadeel aanwezig is.

Afwezigheid van nadeel zou onder omstandigheden kunnen betekenen dat, hoewel is voldaan aan de vereisten van art. 6:228 BW, het beroep op de vernietiging van de overeenkomst niet wordt aanvaard. De swapovereenkomst blijft dan in stand. De cliënt is aangewezen op eventuele schadevergoeding wegens zorgplichtschending, indien hij als gevolg daarvan schade heeft geleden.

Aanwezigheid van nadeel kan soms leiden tot toepassing van art. 6:230 BW: de swapovereen-

5 Zie Rechtbank Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6687, rov. 2.7, en Rechtbank Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6686, rov. 2.8.

6 Zie de s.t. ABN AMRO nr. 5 in de zaak *ABN AMRO/[A]*.

7 Volgens Rabobank kan de eerste prejudiciële vraag niet in de hier bedoelde zin worden opgevat en zij er maakt bezwaar tegen dat de Hoge Raad bij de beantwoording van die vraag zou ingaan op de gezichtspunten die de inhoud van de mededelingsplicht van de bank bepalen (Reactie Rabobank nrs. 2-6 in de zaak *Cliënt/Rabobank*).

8 Zie ook Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4649, en 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043.

	Cliënt c.s./ABN AMRO Cliënt/Rabobank	*ABN AMRO/[A]*	*ING/Cliënt*
(I)	Mededelingsplicht/zorgplicht	Mededelingsplicht/zorgplicht	Mededelingsplicht/zorgplicht
(II)	Mededelingsplicht renteswaps	Mededelingsplicht renteswaps	Mededelingsplicht renteswaps
(III)	Ontbreken nadeel		
(IV)	Onbesproken kenmerk		
(V)			Afwikkeling onverschuldigde betaling

komst blijft in stand, maar het geleden nadeel wordt op de een of andere manier gecompenseerd.

1.13.4 Het is ook denkbaar dat het beroep op dwaling leidt tot vernietiging van de overeenkomst en het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling. Dan moet worden bezien of deze vordering wordt bepaald aan de hand van art. 6:203 lid 2 BW of aan de hand van art. 6:210 lid 2 BW en, in het laatste geval, op welke wijze de vordering moet worden bepaald.

1.14 De banken hebben zich gecommitteerd aan en zijn bezig met de uitvoering van het zogenaamde Uniform Herstelkader (UHK). Dit kan leiden tot het doen van betalingen aan de cliënt. Het UHK heeft geen normerende werking ten aanzien van de in renteswapzaken door de rechter te beantwoorden vragen.[9]

2 Feiten[10]

2.1 Cliënt c.s. maakt onderdeel uit van een groep van vennootschappen met moedermaatschappij Holding [Cliënt] B.V. (hierna: de [Cliënt] Groep), die zich sinds 1974 bezighoudt met het verlenen van groendiensten en het leveren van planten aan particulieren en bedrijven (seizoensgebonden handel) én de aan- en verkoop van onroerend goed en grondposities, zowel voor eigen gebruik als voor speculatieve doeleinden. [eiseres 1] houdt zich bezig met het ontwerpen, aanleggen en onderhouden van tuinen en parken.

2.2 Tussen de [Cliënt] Groep en ABN AMRO bestaat al jarenlang, in ieder geval sinds 1997, een bancaire relatie. In 1999 heeft de [Cliënt] Groep (Holding [Cliënt] B.V.) twee rentecaps afgesloten bij ABN AMRO, met een renteplafond van 4,5%. Deze rentecaps liepen af in 2004. Voorts heeft ABN AMRO, voor zover thans van belang, vanaf 1 oktober 2003 diverse kredieten aan de [Cliënt] Groep verstrekt, steeds met een variabele, op Euribor gebaseerde, rente. Vanaf 2010 is door ABN AMRO de voorwaarde gesteld dat de [Cliënt] Groep 50% van het renterisico zou afdekken. Ter afdekking van het renterisico op die kredieten heeft Cliënt c.s. diverse renteswaps afgesloten bij ABN AMRO. Met die renteswaps werd steeds de variabele Euribor-rente geruild tegen een vaste rente. Het gaat om de volgende renteswaps:

[eiseres 1]:

(i) renteswap aangegaan op 20 augustus 2003 met startdatum 1 oktober 2003 en einddatum 1 oktober 2009, met een (initiële) hoofdsom van € 2.205.000; referentierente: 3-maands Euribor en vaste rente 3,90%;

(ii) renteswap aangegaan op 26 maart 2004 (waarbij renteswap (i) gelijktijdig is beëindigd) met startdatum 2 januari 2004 en einddatum 1 oktober 2009, met een (initiële) hoofdsom van € 2.494.000; referentierente: 3-maands Euribor en vaste rente: 3,80%;

[eiseres 2]:

(iii) renteswap aangegaan op 23 juni 2006 (waarbij renteswap (ii) gelijktijdig is beëindigd) met startdatum 30 juni 2006 en einddatum 30 juni 2016, met (initiële) hoofdsom van € 4.064.000; referentierente: 3-maands Euribor; vaste rente: 4,30%;

(iv) renteswap aangegaan op 29 augustus 2007 met startdatum 3 september 2007 en einddatum 2 januari 2012, met een hoofdsom van € 3.600.000; referentierente: 3-maands Euribor; vaste rente: 4,55%;

(v) Cap with Knock-in-Floor aangegaan op 28 oktober 2008 (waarbij renteswaps (iii) en (iv) gelijktijdig zijn beëindigd) met startdatum 30 oktober 2008 en einddatum 1 juli 2016, met een (initiële) hoofdsom van € 7.277.000 (met reducties van € 43.000 per kwartaal en € 3.600.000 per 2 januari 2012); referentierente: 3-maands Euribor; Cap with Knock-in-Floor: 5,14% om 3% (zie hierna onder 2.7);

(vi) renteswap aangegaan op 29 augustus 2011 met startdatum 1 september 2011 en einddatum 1 september 2013, met een hoofdsom van € 2.000.000; referentierente: 1- maands Euribor; vaste rente: 4,55%.

2.3 Voorafgaand aan de kredietovereenkomst van 1 oktober 2003 en het afsluiten van renteswap (i), en nog een aantal keren nadien, wanneer nieuwe kredietovereenkomsten (en renteswaps) werden afgesloten, heeft ABN AMRO de brochure "OTC-derivatentransacties met de Bank" aan Cliënt c.s. toegezonden. In die brochure is onder meer het volgende opgenomen:

"(…) Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie vol-

9 Vgl. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse, rov. 3.6.6, ten aanzien van de op de voet van art. 7:904 BW verbindend verklaarde Duisenberg-regeling.

10 Rechtbank Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3675, rov. 2.1-2.17.

ledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico 's kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico's.

Kosten van 'Unwinding'

Bij OTC-transacties kan het onder bepaalde (markt)omstandigheden moeilijk zijn een open positie te sluiten, een bestaande positie te liquideren, de waarde van een positie te bepalen of een risicowaardering te maken.

Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt de transactie gewaardeerd tegen marktwaarde. Dit wil zeggen dat wordt nagegaan welk bedrag zou moeten worden betaald of ontvangen, indien het contract zou worden beëindigd en vervangen door een zelfde transactie voor het restant van de looptijd. De financiële gevolgen hiervan zijn over het algemeen groter naarmate de (resterende) looptijd van de transactie langer is. Ook kunnen de kosten van ABN AMRO in verband met de beëindiging van eventuele hedge-transacties aan u worden doorbelast.

Afhankelijk van de (markt)omstandigheden, kunt u dus worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten bij voortijdige beëindiging ('unwinding'). (…)."

2.4 Op 27 maart 2006 hebben de Cliënt Groep en de bank een nieuwe kredietovereenkomst getekend. Met deze nieuwe kredietovereenkomst veranderde materieel niets, maar werd de totale kredietfaciliteit steeds iets verlaagd. Met het oog op het afdekken van het risico van een verder stijgende Euribor-rente is op 23 juni 2006 renteswap (iii) afgesloten. Daarmee werd het renterisico afgedekt op zowel de destijds lopende lening als op het rekening-courantkrediet dat mocht worden aangewend voor kasgeldleningen.

2.5 Op 29 juni 2007 is de kredietfaciliteit uitgebreid met twee nieuwe vijfjarige Euribor-leningen van € 1,8 miljoen per lening. In de kredietovereenkomst is bepaald dat de bank de individuele opslag op deze leningen maandelijks kan wijzigen en dat de bank niet tot wijziging van de opslag zal overgaan als de [Cliënt] Groep de renteverplichtingen uit hoofde van deze leningen met een renteswap zal afdekken. ABN AMRO adviseerde de [Cliënt] Groep een cancellable renteswap af te sluiten. In haar advies schreef de bank onder meer het volgende:

"(…) *Voorstel:*

Gezien de kans dat de beide leningen van EUR 1.800.000,= eerder dan 1 januari 2012 zullen/dienen te worden afgelost stellen wij voor een Cancellable renteswap te sluiten.

Deze biedt de mogelijkheid om vanaf 1 september 2008 voor één lening ad EUR 1.800.000,= op iedere coupondatum de renteswap boetevrij te verkopen en voor de andere lening van EUR 1.800.000,= op iedere coupondatum vanaf 1 januari 2011 boetevrij te verkopen. Bijkomend voordeel is dat een eventuele positieve waarde van de renteswap nog steeds mogelijk is! (…)"

2.6 De [Cliënt] Groep heeft dit advies niet opgevolgd en heeft het renterisico op de nieuwe leningen afgedekt met een "gewone" renteswap (renteswap (iv)). Het onder 2.5 geciteerde advies vermeldt over deze optie:

"Daarnaast kunt u uiteraard de rente voor de gehele looptijd tot 1 januari 2012 beschermen zonder mogelijkheid van boetevrije verkoop.

Er is dan een mogelijkheid dat bij aflossing van de leningen de renteswaps een negatieve waarde hebben."

2.7 Eind oktober 2008 zijn de beide renteswaps van [eiseres 2] (renteswaps (iii) en (iv)), zoals hiervoor onder 2.2 is weergegeven, samengevoegd en omgezet in een zogenoemde Cap with Knock-in-Floor (v) met een vaste rente van 5,14% en een bandbreedte van 3% tot 5,14%. De marktrente was op dat moment vrijwel gelijk aan de overeengekomen vaste rente van 5,14%. Met dit rentederivaat zou de [Cliënt] Groep ([eiseres 2]) nooit meer dan die vaste rente van 5,14% betalen (de "Cap"). Bij deze Cap with Knock-in-Floor kon [eiseres 2] bovendien profiteren van een rentedaling, omdat zij binnen de bandbreedte de werkelijke Euribor-rente (met opslag) betaalde. Op het moment dat de rente onder de ondergrens van 3% zou dalen, zou [eiseres 2] weer de overeengekomen vaste rente van 5,14% zijn verschuldigd.

2.8 Van een telefoongesprek tussen de controller van de [Cliënt] Groep en de treasury adviseur van ABN AMRO op 28 oktober 2008 (voorafgaand aan het afsluiten van de Cap with Knock-in-Floor (v)) is een transcript in het geding gebracht. Uit het transcript blijkt dat onder meer de werking van de Cap with Knock-in-Floor (nogmaals) is besproken:

"(…) [controller]: 'Als we door dat punt heen gaan, betalen we dat. De meetpunten zijn altijd per kwartaal he? Klopt dat? Op die data die genoemd zijn.'

[treasury adviseur]: 'Ja, klopt. Op die data wordt er gekeken staat de euribor voor die periode gefixed op 3,0 of lager. Dan wordt de zogenaamde barrier geraakt, de knock in floor. En dan ga je dus terug, als je nu akkoord gaat, terug naar een niveau van 5,14%. Maar dus tussen de 5,14 en de 3,0. Dus je hebt een bandbreedte van 2,14%. Daarbinnen ben je gewoon variabel. Stijgt hij verder door dan 5,14% dan ben je daar dus op gecapt.'

[controller]: 'Ja' [treasury adviseur]: 'Dat is je maximum. Maar gaat hij onder de 3,0 dan heb je op dat moment een nadelige constructie omdat je het hoge plafond betaalt. Maar in de periode daarop kan het al weer anders zijn.'

(…)"

2.9 In verband met het aangaan van de Cap with Knock-in-Floor heeft [eiseres 2] op verzoek van de bank een "Cliëntenprofiel Treasury" en een formulier "Intake Treasury" ingevuld en ondertekend, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"(…) De marktwaarde van derivaten is afhankelijk van de ontwikkelingen op de geld-, kapitaal-, valuta-, energie-, klimaat- en grondstoffenmarkt en wisselt van moment tot moment. Dit brengt met zich mee dat de marktwaarde van derivaten de financiële positie van uw onderneming zowel positief als negatief kan beïnvloeden. Bij voortijdige sluiting van uw positie kan een negatieve marktwaarde voor uw onderneming leiden tot de verplichting aan de bank zekerheid te verstrekken of een bedrag aan de bank te betalen. De maximale omvang van deze potentiële betalingsverplichting is niet altijd te voorspellen. (…)"

[eiseres 2] heeft in het formulier aangekruist een dergelijke betalingsverplichting te aanvaarden en als doelstelling is aangekruist het "beheersen van financiële risico's" en het "afdekken van posities".

2.10 Met de ondertekening van het formulier "Intake Treasury" heeft de [Cliënt] Groep ([eiseres 2]) bevestigd de brochure "Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO" te hebben ontvangen, gelezen en begrepen. In die brochure staan de werking en de risico's van rentederivaten als volgt uitgelegd:

"(…) 3. Wat zijn OTC Derivaten?

OTC-derivaten zijn financiële instrumenten die worden gebruikt om (toekomstige) financiële risico 's af te dekken of om een extra rendement te behalen op een investering. Het zijn overeenkomsten, die tussen twee partijen tot stand komen en waarvan de waarde gebaseerd is op de ontwikkeling van een zogenaamde onderliggende basiswaarde. (…) Er zijn een aantal verschillen tussen beursverhandelde derivaten en OTC-derivaten te onderkennen:

- de waarde van een derivaat is afhankelijk van de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde. Derivaten dragen daarmee vaak een hoog risico omdat de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde soms onvoorspelbaar is.
- de handel in OTC-derivaten kan soms een illiquide markt zijn met als gevolg dat het niet altijd mogelijk is om posities tegen een gunstige prijs te sluiten of te verkopen.

(…)

6. Productinformatie

(…)

2. Swap:

(…) Een renteswap is een bilaterale overeenkomst tot het uitwisselen van rentegeldstromen (verplichtingen) berekend op basis van de onderliggende hoofdsom. De rentebetalingen vinden plaats op van te voren vastgestelde data gedurende de looptijd van de swap. Er vindt geen uitwisseling van hoofdsom plaats. Er zijn diverse varianten op de renteswap, maar bij een standaard renteswap betaalt een partij de vaste rente en de andere partij de variabele rente over de hoofdsom. Met andere woorden een variabele renteverplichting kan worden geruild tegen een vaste renteverplichting

(…)

7. Derivatenrisico's

(…)

Renterisico:

De rentestijgingen en -dalingen kunnen zowel een positief of negatief effect hebben op de waarde van uw positie of gedane investering.

9. Kosten van voortijdige beëindiging

Indien u — om welke reden dan ook — een derivatentransactie wilt of moet beëindigen voordat de looptijd is verstreken, kan dit aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Een derivatentransactie is altijd gerelateerd aan een onderliggende waarde. De waarde van 'een derivatentransactie is dan ook afhankelijk van de fluctuaties in de prijs, dan wel de koers van die onderliggende waarde.

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

(…)"

2.11 Na het afsluiten van de Cap with Knock-in-Floor is de Euribor-rente al snel gezakt onder de ondergrens van 3%, als gevolg waarvan de [Cliënt] Groep ([eiseres 2]) de vaste rente van 5,14% verschuldigd was.

2.12 Medio 2009 is de [Cliënt] Groep door ABN AMRO ondergebracht bij de afdeling Bijzonder Beheer.

2.13 Eind 2010 heeft ABN AMRO een kredietfaciliteit voor een bedrag van in totaal € 16.776.000 aan de [Cliënt] Groep verstrekt. In deze kredietovereenkomst is, zoals hiervoor onder 2.2 ook al is weergegeven, de volgende bepaling opgenomen:

"Kredietnemer zal minimaal 50% van zijn renterisico afdekken".

2.14 In augustus 2011 is de kredietfaciliteit gewijzigd. Eind augustus 2011 is [eiseres 2] renteswap (vi) aangegaan. Deze kortlopende renteswap is door tijdsverloop geëindigd op de overeengekomen einddatum van 1 september 2013.

2.15 In het Financieel Verslag 2014/2015 van de [Cliënt] Groep staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

"-Renterisico

Het renterisico is het risico dat de waarde van een financieel instrument zal fluctueren als gevolg van veranderingen van de marktrente. De vennootschap maakt uitsluitend gebruik van financiële instrumenten om het renterisico op variabel rentende leningen af te dekken.

De afgesloten financiële instrumenten zijn effectief zodat de vennootschap het renterisico optimaal heeft afgedekt."

2.16 De Cap with Knock-in-Floor is geëindigd op de overeengekomen einddatum van 1 juli 2016.

2.17 Bij brief van 27 juni 2016 heeft (de advocaat van) Cliënt c.s. de renteswaps vernietigd op grond van dwaling.

3 Procesverloop

3.1.1 In deze procedure vordert Cliënt c.s., kort gezegd, (i) een verklaring voor recht dat ABN AMRO haar zorgplicht heeft geschonden bij het adviseren over de renteswaps, het in rekening brengen van kosten en/of provisies daaronder en met betrekking tot de opslagverhogingen, (ii) een verklaring voor recht dat Cliënt c.s. heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswaps primair op grond van art. 6:228 lid 1 onder a BW, subsidiair op grond van art. 6:228 lid 1 onder b BW en (iii) veroordeling van ABN AMRO tot terugbetaling van provisies (marge die ABN AMRO op de renteswaps heeft gerealiseerd), teveel betaalde rente (het verschil tussen de in werkelijkheid betaalde rente en de destijds geldende Euribor), opslagverhogingen, de risicopremie en de voor deze procedure gemaakte kosten.

3.1.2 Daaraan legt Cliënt c.s., samengevat, ten grondslag dat zij geen professionele partij is en niet zelf heeft aangestuurd op het afsluiten van de renteswaps die op advies van ABN AMRO zijn afgesloten. ABN AMRO heeft onvoldoende kenbaar gemaakt wat de relevante kenmerken en risico's zijn van de renteswaps en welke, waaronder (i) additionele kosten en (buitenproportionele) provisies, (ii) verhandelbaar product met (potentiële) negatieve marktwaarde, (iii) overhedge (problemen bij tussentijdse aflossingen), (iv) margin-/dekkingverplichtingen, (v) opslagverhogingen, (vi) lange looptijd, (vii) feitelijk een inflexibel complex financieel product en (viii) speculatief product (bijvoorbeeld risico's van forward afsluiten). In de transactiebevestigingen van de renteswaps wordt geen melding gemaakt van een spread of andere provisies en/of fees en deze zijn aldus niet inzichtelijk gemaakt of benoemd door ABN AMRO die buitensporig heeft verdiend aan de renteswaps.

Ook heeft ABN AMRO het ken-uw-cliënt-beginsel bij een aantal renteswaps onvoldoende nageleefd. De Cap with Knock-in-Floor was geen passend product voor Cliënt c.s. Verder is voorafgaand aan het afsluiten van de renteswaps geen of onvoldoende informatie verstrekt door ABN AMRO, waaronder over de mogelijkheid van een negatieve waarde en de marginverplichting. ABN AMRO heeft € 250.000 aan verborgen provisies in rekening gebracht. Als gevolg van de uit de renteswaps voortvloeiende hoge (rente)lasten heeft ABN AMRO [Cliënt] Groep onder bijzonder beheer geplaatst en de bank zal de risicopremie die zij daarvoor in rekening heeft gebracht, moeten terugbetalen.

3.2 ABN AMRO heeft de vorderingen gemotiveerd bestreden. Zij wijst er onder meer op dat, anders dan in veel procedures over renteswaps, hier niet de problematiek rond de negatieve waarde speelt nu alle renteswaps van Cliënt c.s. zijn 'doorgerold' in opvolgende renteswaps of door tijdsverloop geëindigd.

3.3 Nadat een comparitie van partijen was gehouden, heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 30 mei 2018 haar voornemen om prejudiciële vragen te stellen kenbaar gemaakt aan partijen, haar redenen voor het stellen van de prejudiciële vragen uiteengezet en partijen in de gelegenheid gesteld op dit voornemen te reageren.[11] Bij tussenvonnis van 19 september 2018 zijn de in het licht van de reacties van partijen gedeeltelijk aangepaste prejudiciële vragen gesteld.[12]

3.4 In de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad hebben Cliënt c.s. en ABN AMRO schriftelijke opmerkingen ingediend (hierna: s.o. Cliënt c.s. en s.o. ABN AMRO). Daarnaast heeft ING Bank N.V., die als bank betrokken is bij talrijke procedures waarvoor de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen van belang zijn, als derde op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend (hierna: s.o. ING). Cliënt c.s. en ABN AMRO hebben gereageerd op elkaars schriftelijke opmerkingen (hierna: Reactie Cliënt c.s. en Reactie ABN AMRO).

4 De prejudiciële vragen

4.1 De rechtbank heeft de volgende vragen gesteld:[13]

1. Is aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost de wezenlijke kenmerken en risico's van een rentederivaat als het onderhavige kunnen worden afgeleid die aan de dwaling ten grondslag worden gelegd, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging? Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De Treek/Dexia*) ontwikkelde jurisprudentie?

2.(a) Kan met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan indien de risico's (kenmerken waarop een beroep op dwaling wordt gegrond) van een rentederivaat zich niet hebben verwezenlijkt en ook niet zullen verwezenlijken (zoals in het onderhavige geval de negatieve waarde) of in het geval dat de wederpartij — de bank — aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd (zoals in het onderhavige geval geldt ten aanzien van de marginverplichtingen), geen uitvoering heeft gegeven (en toezegt daaraan ook geen uitvoering te zullen geven), kortom in gevallen waarin het aangaan van de overeenkomst (het rentederivaat) dus op geen enkele manier voor de dwalende enig nadelig gevolg heeft (gehad) of kan hebben?

2.(b) Zo nee, hoe verhoudt zich dat tot de jurisprudentie als ontwikkeld in HR 19 januari 2001,

11 Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3675.

12 Rb. Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6687.

13 De vragen zijn kritisch besproken door H. Bais (die vermeldt als advocaat gedupeerden bij te staan in geschillen met banken over rentederivaten) in *JOR* 2018/281.

ECLI:NL:HR:2001:AA9559 (*[…]/[…]*), r.o. 3.4 en HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*[…]/De Alternatieve*), r.o. 3.4.2?

2.(c) Zo ja, (i) hoe kan in een dergelijke situatie worden beoordeeld of aan het vereiste is voldaan dat de betrokkene de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, als de dwaling niet had plaatsgehad (zie wederom HR 4 september 2009 (*[…]/De Alternatieve*), r.o. 3.4.2) en (ii) hoe verhoudt zich dat tot het bepaalde in artikel 6:230 BW dat aan de wederpartij de mogelijkheid biedt om een vernietiging te voorkomen door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel opheft dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt?

3. Indien de vraag onder 2.(a) bevestigend wordt beantwoord, rijst een aantal vervolgvragen:

(i) heeft Cliënt c.s. onder die omstandigheden een voldoende belang bij haar op dwaling gebaseerde rechtsvordering zoals vereist in artikel 3:303 BW? en/of

(ii) resulteert een beroep op dwaling onder deze omstandigheden in misbruik van recht als bedoeld in artikel 3:13 BW? en/of

(iii) moet onder die omstandigheden worden geoordeeld dat het beroep op dwaling op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?

4. Kan met vrucht een beroep worden gedaan op dwaling als niet is gebleken dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald (in het onderhavige geval de omstandigheid dat in het swaptarief een opslag of bankmarge was verdisconteerd) ten tijde van het afsluiten van de renteswap aan de orde zijn geweest of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de klant (vergelijk HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398)?

5 Rentederivaten

Renteswaps en andere rentederivaten

5.1 Vanaf circa 2005 zijn banken rentederivaten, vooral renteswaps, gaan aanbieden aan hun klanten in het MKB.[14] Veel renteswaps werden afgesloten in de jaren 2005-2008, waarin het grootste gedeelte van de tijd de variabele rentetarieven per saldo zijn gestegen. Vanaf najaar 2008 zijn de rentetarieven per saldo sterk gedaald en vanaf 2009 hebben de banken steeds minder swaps aan het MKB verkocht.[15]

Ruim 21.000 MKB-klanten hebben in deze periode rentederivatencontracten met een looptijd van 10 jaar[16] gesloten, die nog lopen in de periode 1 april 2011 tot 1 april 2014. Hierna bespreek ik kort het verschijnsel rentederivaat, het Uniform Herstelkader (UHK) en de rechtspraak over rentederivaten.

5.2 Ondernemingen die geld lenen van hun bank kunnen in beginsel kiezen voor een vaste rente of een variabele rente. Bij een variabele rente, kan de rente gedurende de looptijd van de geldlening oplopen. Een rentederivaat biedt bescherming tegen dat risico. Een leningnemer die (al dan niet bij gebrek aan keuze) een variabelrentende lening heeft gesloten, kan zich indekken tegen het risico van een stijgende variabele rente door — op eigen verzoek of op verzoek, advies of voorwaarde van de bank — een rentederivatenovereenkomst met de bank te sluiten. Het risico van een stijgende rente verschuift daarmee van de klant naar de bank. Een bank die rentederivatenovereenkomsten met klanten heeft afgesloten, kan in het kader van haar risicobeleid zelf weer tegenovergestelde rentederivatenovereenkomsten met derden afsluiten.[17]

5.3 De Commissie Rentederivaten omschrijft in het door haar opgestelde Uniform Herstelkader als volgt de redenen voor de bank om rentederivaten aan te gaan bieden aan het MKB:[18]

> "Allereerst waren er klantinhoudelijke redenen om Rentederivaten aan te bieden, omdat MKB-Klanten met een Variabelrentende Lening op deze manier geholpen werden om zich tegen een te groot risico van rentestijging in te dekken. Veelal gold dat het gefixeerde renteniveau (in geval van een Renteswap in combinatie met een Variabelrentende Lening) lager was dan het renteniveau van een Vastrentende Lening. Voor een Bank was het ook financieel interessant om in aanvulling op of in plaats van een Vastrentende Lening een Variabelrentende Lening aan te bieden met een Rentederivaat. Zowel op de Lening als op het Rentederivaat verdient de Bank een marge. De marge over de gehele looptijd van het Rentederivaat kan de Bank voor een groot gedeelte in één keer tot haar winst rekenen, wanneer de Bank zich indekt in de markt voor dit

14 Uniform Herstelkader Rentederivaten (hierna: UHK) d.d. 19 december 2016 (ook opgenomen in het Definitief herstelkader en toelichting d.d. 30 november 2018), nrs. 2.2.1 en 2.2.6, te vinden op www.derivatencommissie.nl.

15 Aldus Uniform Herstelkader Rentederivaten nr. 2.2.8. Zie ook AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3.

16 AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3 (te raadplegen op: https://www.afm.nl/~/profmedia/files/rapporten/2013/dienstverlening-rentederivaten.pdf).

17 Zie de s.o. ABN AMRO nr. 13 in zaak 18/03941; s.o. Rabobank nr. 13 in zaak 18/03942.

18 UHK nr. 2.2.7. Zie ook AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3. Dat banken vaak niet in staat zijn om langlopende leningen met een vaste rente te verstrekken, of dit tegen concurrerende tarieven te doen, dan wel dat een vasterentelening vaak duurder is dan een variabelerentelening met een renteswap wordt ook vermeld door R.J. Botter, Derivaten in de publieke sector, *Ondernemingsrecht* 2013/43 nr. 2, p. 230-236; K. Rutten, De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers, *Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk (TOP)* 2012/8, p. 312; L.A. van Amsterdam, Van ruilen komt huilen? Renteswaps in de rechtspraak, *Onderneming en Financiering*, 2013/4, p. 17.

Rentederivaat. De marge op een Lening wordt gedurende de looptijd van de relevante Lening tot de winst gerekend. Tevens werden Vastrentende Leningen na het uitbreken van de financiële crisis in 2008 minder aantrekkelijk voor veel Banken door de kosten voor het aantrekken van langlopende financieringen. De verkoop van Rentederivaten was derhalve commercieel interessant voor Banken."

5.4 Er zijn verschillende soorten rentederivaten,[19] waarvan de *renteswap* de bekendste is. Op grond van een renteswapovereenkomst worden rentevoorwaarden uitgewisseld. De ene partij betaalt een vaste rente aan de andere partij, die een variabele rente betaalt aan eerstgenoemde partij. Anders dan bij renteswaps, wordt bij *caps*, *floors* en *collars* de variabele rente niet geruild tegen een vaste rente. De klant en de bank spreken af dat de door de klant te betalen rente nooit boven (een *cap*) of onder (een *floor*) een vooraf vastgesteld niveau komt te liggen. Een *collar* is een combinatie van een *cap* en een *floor*, waarbij in feite een bandbreedte wordt afgesproken waartussen de door de klant te betalen variabele rente zich zal bewegen, met een maximum en een minimum. Een *swaption* is een optie op een renteswap, waarbij een klant het recht heeft om op een bepaald moment tegen vooraf overeengekomen voorwaarden vrijblijvend, doch tegen betaling van een premie, een renteswap aan te gaan.[20]

5.5.1 In een veelvoorkomend type renteswap, de *payer swap*, betaalt de klant een vaste rente aan de bank en betaalt de bank een variabele rente aan de klant. Ook onder de variabelrentende lening betaalt de klant een variabele rente, met een opslag (marge), aan de bank. De variabele rente onder de lening en onder de swap zijn op elkaar afgestemd, door bijvoorbeeld in de lening en de swap steeds het tarief driemaands Euribor te hanteren. Onder de lening en onder de swap gezamenlijk betaalt de klant dan uiteindelijk de vaste rente en de opslag.

5.5.2 De klant 'koopt' met de swap zekerheid. Op enig moment tijdens de looptijd van de swap kan de door de klant te betalen vaste rente verschillen van de door de bank aan de klant te betalen variabele rente. Wanneer de variabele rente daalt, pakt de renteruil nadelig uit voor de klant, omdat in dat geval de waarde van de toekomstige vaste rentebetalingen de waarde van de verwachte toekomstige variabele rentebetalingen gaat overschrijden. Bij een stijging van de variabele rente pakt de renteruil voordelig uit voor de klant.[21] Dat de klant met de swap per saldo duurder of goedkoper uit kan zijn dan zonder de swap, is inherent aan de met de renteruil door de klant 'gekochte' zekerheid over de hoogte van de door hem te betalen rente.

5.6.1 Renteswapcontracten zijn zelfstandige contracten. Zij hebben bepaalde kenmerken c.q. er zijn bepaalde risico's aan verbonden. Ik noem daarvan enige.

5.6.2 Indien een of meer renteswapcontracten worden afgesloten met het oog op het afdekken van het renterisico van een variabelrentende lening of een portefeuille van (wisselende) variabelrentende leningen, kunnen de nominale waarde van de swap(s) (de fictieve hoofdsom onder de renteswap ofwel de *notional amount*) en de looptijd van de swap(s) worden afgestemd op de hoogte en de looptijd van de lening(en). Dit hoeft echter niet. Naarmate de swap op deze punten meer afwijkt van de lening(en), krijgt de swap meer een speculatief karakter. Indien de hoofdsom van de swap te veel afwijkt van die van de lening of indien de looptijd van de swap te veel afwijkt van die van de lening, wordt gesproken van (het risico van) *overhedge*.[22] *Overhedge* en andere gevallen waarin de modaliteiten van de swap afwijken van die van de onderliggende lening,[23] worden in het UHK *mismatch* genoemd.

5.6.3 Bij een dalende variabele rente gaat de bank een kredietrisico lopen op haar cliënt. Banken zullen vaak proberen dergelijke risico's te ondervangen door te bedingen dat wanneer het verschil tussen de variabele rente en de vaste rente een bepaalde drempel overschrijdt, zij de klant kunnen dwingen een bedrag te betalen dan wel daar zekerheden voor te stellen (een *margin call*). Gelet op het risico van een margin call, loopt de cliënt een liquiditeitsrisico.[24]

In de prejudiciële zaken worden verschillende standpunten ingenomen ten aanzien van de vraag of bij een MKB-onderneming een marginverplichting geldt bij een negatieve marktwaarde van de

19 P.M. Verhagen, Swaps, *Onderneming en Financiering*, 2002/12. De Derivatencommissie maakt in het Uniform Herstelkader alleen een onderscheid tussen Rentecollar, Rentecap, Renteswap of Gestructureerd Rentederivaat (dit is een rentederivaat dat niet valt onder één van de andere categorieën).

20 Botter, *Ondernemingsrecht* 2013/43 nr. 2.

21 Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313.

22 Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313; Van Amsterdam, *Onderneming en Financiering*, 2013/4, p. 19; F.P. Wijers, Zorgplicht bij rentederivaten in het mkb, *TOP* 2014/6.

23 Zie Botter, *Ondernemingsrecht* 2013/43 nr. 2, die wijst op mogelijke verschillen tussen de beëindigingsgronden (*break clauses*) bij het gebruik van swaps door overheden en instellingen in de zorg en het onderwijs.

24 Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313 (De auteur merkt op dat het verschil tussen de door de cliënt betaalde vaste rente en de door de bank betaalde variabele rente over het notional amount veelal in obligo wordt geboekt. Om het kredietrisico te ondervangen bedingt de bank dat zij de cliënt kan dwingen voor de negatieve waarde van de swap cash collateral te betalen indien het obligo een bepaalde drempel overschrijdt); Botter, *Ondernemingsrecht* 2013/43 nr. 2; D. Busch, De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB, *Ondernemingsrecht* 2013/33 nr. 2; Wijers, *TOP* 2014/6.

swap gedurende de looptijd.[25] Volgens ABN AMRO is dat niet het geval.[26] Rabobank merkt op dat zij in de praktijk bij MKB-ondernemingen in beginsel niet om aanvullende zekerheden (collateral) vraagt vanwege een negatieve waarde van de renteswap tijdens de looptijd.[27] ING heeft zich hierover, als ik het goed zie, in de prejudiciële procedures niet uitgelaten.

5.6.4 Een renteswapovereenkomst heeft een marktwaarde die aan het begin en aan het einde van haar looptijd nul is. Tijdens de looptijd van de swap varieert de marktwaarde ervan. Deze waarde kan negatief zijn of positief. Het UHK omschrijft de marktwaarde als:[28]

> "de waarde van het Rentederivaat op grond van de specificaties van het Rentederivaat, de rentestanden en eventuele andere relevante marktniveaus op het moment van waardering, berekend volgens het door de Bank historisch voor rapportages aan de MKB-Klant gehanteerde waarderingsmodel ('valuation model') voor het betreffende Rentederivaat dat daartoe door haar modelvalidatie-afdeling is goedgekeurd."

Bij tussentijdse beëindiging van de swap dient de marktwaarde te worden betaald (een *negatieve waarde* door de klant aan de bank, een positieve waarde door de bank aan de klant).

5.6.5 Het vaste rentetarief dat de klant onder de swap aan de bank betaalt, bestaat uit een (vaste) rentecomponent en een opslag (marge) voor de bank, waaruit zij haar kosten voldoet, waaronder de kosten van het aantrekken van kapitaal (liquiditeitsopslag) en de voorziening in het debiteurenrisico (debiteurenopslag of kredietopslag), en haar winst behaalt.[29] De opslag kan volgens het contract variabel zijn, zodat de lasten voor de klant kunnen stijgen. Een dergelijke wijzigingsproblematiek kan ook spelen als partijen geen renteswaps hebben gesloten.[30]

5.7 In de praktijk kan een probleem met een door een mkb-er afgesloten swap ontstaan in bijvoorbeeld de situatie waarin de lening voortijdig wordt afgelost, al dan niet in verband met bedrijfsbeëindiging. Denkbaar is dat dan bij afkoop van de swap de, op dat moment negatieve, marktwaarde van de swap aan de bank moet worden betaald. Ook is denkbaar dat op dat moment zekerheid moet worden gesteld indien de swap nog doorloopt.[31] Bij gedeeltelijke aflossing van de lening, kan een *overhedge* ontstaan indien de swap niet goed is afgestemd op de aflossingen. Ook wijziging door de bank van de opslag die deel uitmaakt van het vasterentetarief dat de klant onder swap betaalt, heeft in de praktijk tot geschillen geleid.

Het Uniform Herstelkader

5.8 Uit een verkennend onderzoek uit 2013 van de AFM blijkt dat de dienstverlening van sommige banken aan het professionele MKB bij het afsluiten van rentederivaten voor verbetering vatbaar is.[32] Dit heeft ertoe geleid dat de AFM een nader aanvullend onderzoek heeft ingesteld. Dit onderzoek vormde de aanleiding voor een uitgebreid onderzoek naar de dienstverlening aan het als niet-professioneel gekwalificeerde MKB. Naar aanleiding van dit onderzoek publiceerde de AFM begin 2014 een set aanbevelingen die zouden moeten bijdragen aan een betere dienstverlening en zouden moeten bevorderen dat rentederivaten op een zorgvuldige manier door aanbieders zouden worden aangeboden.[33] In het kader van deze aanbevelingen, riep de AFM banken op tot een herbeoordeling van hun dienstverlening. Aan die oproep gaven de banken gehoor door de afgesloten rentederivaten met MKB ondernemingen te herbeoordelen. Die herbeoordeling heeft ertoe geleid dat banken onder omstandigheden klanten hebben gecompenseerd (bijvoorbeeld in gevallen waarin de opslag op een variabele rentende lening die was afgedekt met een renteswap was verhoogd, of in gevallen waarin sprake was van een overhedge die niet uitdrukkelijk op het verzoek van een klant was gecreëerd).

25 J.M. Atema en P.F. Hopman, *JOR* 2015/334 onder 15, vermelden: "De AFM heeft in maart 2015 op haar website een nieuwsbericht over rentederivaten verstrekt aan het MKB gepubliceerd (https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2015/mrt/herbeoordeling-rentederivaten-mkb). Daarin geeft zij aan van mening te zijn dat de saldibewakingsplicht van art. 85 en 86 Bgfo bij rentederivaten verstrekt aan het MKB níet geldt, omdat het bij dergelijke rentederivaten vrijwel steeds de intentie van partijen zal zijn de gehele looptijd van de kredietovereenkomst en het rentederivaat uit te zitten. De latente negatieve waarde die een rentederivaat in zich herbergt, wordt om die reden door de AFM niet als een actuele verplichting aangemerkt. Het aannemen van een saldibewakingsplicht zou bovendien ook een liquidatieplicht met zich brengen, hetgeen juist onwenselijke gevolgen zou hebben. Nu het hier juist het materialiseren van de (door beide partijen kennelijk niet betwiste) liquidatieplicht betreft, zou dit AFM standpunt aan de discussie een andere wending hebben kunnen geven."

26 Zie s.o. ABN AMRO nr. 14 en rov. 4.14 van het vonnis van 30 mei 2018, steeds in zaaknr. 18/03941.

27 Zie s.o. Rabobank nr. 14 in zaaknr. 18/03942.

28 UHK nr. 2.1.1, p.10.

29 Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313; Wijers, *TOP* 2014/6.

30 Bij de Hoge Raad is onder nr. 18/01151 een zaak aanhangig waarin het gaat om de toets aan de Richtlijn oneerlijke bedingen van een wijzigingsbeding bij hypothecaire leningen met een variabele rente, zoals beoordeeld door Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, *JOR* 2018/152 m.nt. J.M. van Poelgeest *(ABN AMRO/Stichting SDB* en *ABN AMRO/Stichting Euribar*).

31 Het is ook denkbaar dat de swap op dat moment een positieve marktwaarde heeft, in welk geval de klant een bedrag ontvangt. Die situatie is voor de klant uiteraard niet problematisch.

32 AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3.

33 Zie voor de toelichting op deze aanbevelingen en de aanbevelingen zelf: https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2014/feb/aanbevelingen-rentederivaten.

5.9 Begin 2015 rapporteerde de AFM dat de herbeoordeling vertraging had opgelopen.[34] Voorts constateerde de AFM eind 2015 bij diverse banken onjuistheden en onvolledigheden.[35] Naar aanleiding van deze onjuistheden en onvolledigheden en ter voorkoming dat klanten onvoldoende zouden worden gecompenseerd, heeft de Minister van Financiën een commissie van deskundigen ingesteld die onderzoek zou moeten doen en overleg met alle belanghebbenden zou moeten voeren teneinde de herbeoordeling en compensatie op een correcte wijze te laten verlopen. Deze zogenaamde Derivatencommissie, bestaande uit de heren [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3], presenteerde begin 2016 een aanpak voor het herstel door banken voor klanten met rentederivatenproducten. Dit Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (UHK) is op 19 december 2016 door de Derivatencommissie vastgesteld. De betrokken banken (ABN AMRO BANK, Deutsche Bank, ING Bank, Rabobank, SNS Bank en Van Lanschot) hebben hiermee ingestemd.

5.10 Het UHK is slechts onder bepaalde voorwaarden van toepassing. Het geldt alleen indien een klant met een bank een rentederivaat is aangegaan dat binnen het in het UHK gedefinieerde temporele bereik valt en wanneer de klant als niet-professioneel en niet-deskundig is te kwalificeren.[36] Volgens de vierde voortgangsrapportage van de AFM sloten 21.613 klanten 36.070 contracten. Daarvan vallen 18.753 klanten (en 27.735 contracten) onder het UHK en 2.860 klanten (en 8.435 contracten) vallen daarbuiten.[37]

5.11 Het UHK bestaat vervolgens uit vier stappen. In de eerste stap worden waar nodig zogenaamde gestructureerde rentederivaten (dit zijn rentederivaten niet zijnde een rentecap, rentecollar of renteswap en die volgens het UHK niet deugdelijk zijn voor MKB klanten) omgezet in een rentecap, rentecollar of een renteswap (dit is het zogenaamde noodzakelijk substituut).[38] In de tweede stap worden alle technische onvolkomenheden van een rentederivaat hersteld (deze stap heeft betrekking op mismatches, margin calls en vervroegd aflossen en bedrijfsbeëindigingen). Dit dient ertoe het rentederivaat in overeenstemming te brengen met de onderliggende financiering. In stap drie ontvangt de klant met een renteswap en/of rentecollar een coulancevergoeding van de bank (voor een rentecap wordt deze stap niet doorlopen). In de vierde en laatste stap wordt de klant door de bank vergoed voor eventuele toegepaste verhogingen van de renteopslag op een variabelrentende lening in combinatie met een rentederivaat.

5.12 Volgens de vierde voortgangsrapportage van de AFM hebben per 31 december 2018 13.260 MKB klanten het voorschot van hun bank geaccepteerd. Aan bijna 17.000 klanten is een compensatie of volledig voorschot aangeboden. Op 31 december 2018 hebben 8.001 MKB-klanten het aanbod van hun bank geaccepteerd.

Geschillen

5.13 De rentederivatenproblematiek heeft tot nu toe tot circa 185 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken geleid.[39] Ik vermeld verder alleen uitspraken waarin is geoordeeld over een beroep op dwaling[40] of over een beroep op dwaling en schending van de zorgplicht.[41]

5.14 In enige zaken werd het beroep op dwaling afgewezen, omdat toepassing werd gegeven aan art. 6:230 BW[42] of omdat naar het oordeel van de rechter kennelijk belang ontbrak.[43]

5.15 In vrij veel zaken is het beroep op dwaling afgewezen, omdat de bank voldoende informatie

34 Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB, maart 2015, p. 4 (te vinden op: https://www.afm.nl/~/profmedia/files/rapporten/2015/rentederivatendienstverlening-mkb.pdf?la=nl-nl).

35 Zie de brief van de AFM aan de Minister van Financiën van 3 december 2015 (te vinden op: https://www.afm.nl/~/profmedia/files/kamerbrieven/2015/brief-minfin-rentederivaten.pdf).

36 Zie hoofdstuk 3 van het UHK van 19 december 2016.

37 Zie de Vierde voortgangsrapportage van de AFM van 31 januari 2019, p. 4, te vinden op: https://www.afm.nl/~/profmedia/files/onderwerpen/derivaten/voortgangsrapportage-4.pdf?la=nl-nl.

38 Para. 3.2 UHK.

39 De peildatum voor de vermelde gepubliceerde uitspraken, waarbij is gezocht naar de term "renteswap", is 5 maart 2019. Het begrip "rentederivaat" leverde geen inhoudelijk nieuwe uitspraken op ten opzichte van de uitspraken waarin "renteswap" voortkomt. Onder de zaken zijn ook enige conclusies van het parket bij de Hoge Raad begrepen. Zie tevens de Reactie van Cliënt c.s. onder 31.

40 Behoudens gevallen die los staan van de thans te bespreken problematiek. Vgl. Rechtbank Amsterdam 16 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7376 en ECLI:NL:RBAMS:2016:7377 (dwaling betreft Euribormanipulatie).

41 Daarnaast wordt bijvoorbeeld ook een beroep gedaan op ontbinding, misbruik van omstandigheden of ongerechtvaardigde verrijking. Dit blijft thans buiten beschouwing.

42 Rechtbank Amsterdam 14 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1733, rov. 4.15 en 4.20 (met voorstel tot wijziging van de renteswap waardoor overhedge wordt weggenomen is nadeel voldoende opgeheven en ook causaal verband tussen zorgplichtschending en schade doorbroken). Vgl. ook Rechtbank Amsterdam 16 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7375, rov. 4.25 (geen belang bij dwaling nu niet is gesteld of gebleken dat Rabobank het opslagpercentage ooit heeft verhoogd).

43 Rb. Amsterdam 14 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1733, rov. 4.10 (stelling dat eisers hebben gedwaald over onder de renteswap te betalen tussentijdse opslagverhogingen kan bij gebreke van een rechtens te respecteren belang niet tot toewijzing van de vorderingen leiden, omdat vaststaat dat de bank de opslagverhogingen aan eiser heeft terugbetaald met wettelijke rente); Rechtbank Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9157, rov. 4.18 (geen bespreking van dwalingsvordering nu niet is gesteld of gebleken dat een vernietiging ertoe zou leiden dat de bank een hoger of ander bedrag zou dienen te betalen dan als schadevergoeding wegens zorgplichtschending wordt toegewezen); Rechtbank Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:364, rov. 4.4.4 (nu beroep op zorgplichtschending slaagt en leidt tot een uitkomst die eiser ook zou hebben bereikt bij het slagen van de dwalingsvordering, om proceseconomische redenen geen nader onderzoek naar dwalingsvordering); Rechtbank Overijssel 31 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:456, rov. 5.40 (renteswap was inmiddels beëindigd).

had gegeven dan wel het beroep op dwaling onvoldoende was onderbouwd.[44] Indien tevens een beroep was gedaan op zorgplichtschending, werd soms ook dat beroep om deze reden afgewezen.[45] Er zijn echter ook vrij veel zaken waarin het dwalingsberoep werd afgewezen, maar het beroep op de zorgplichtschending werd toegewezen. Dit is de variant die aansluit bij de effectenleasearresten *De T./Dexia* en *Levob/B.* uit 2009, die onder 7 van deze conclusie worden besproken.[46]

5.16 Er zijn ook zaken waarin het beroep op dwaling is toegewezen omdat niet was voldaan aan de mededelingsplicht en waarbij soms de zorgplicht mede de mededelingsplicht inkleurt.[47] Ik vond geen gevallen waarin het beroep op dwaling is toegewezen en het beroep op de zorgplichtschending is afgewezen.

5.17 Naast de hiervoor uiteengezette uitspraken van rechtbanken en hoven, zijn tevens de uitspraken van de Geschillencommissie inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten en de Commissie van Beroep inzake Geschillenbeslechting Rentederivaten van het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) over deze materie van belang. In enkele zaken over een beroep op dwaling of een zorgplichtschending,[48] gaan de commissies expliciet in op de wijze van informatieverschaffing[49] en de

44 Rechtbank Amsterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8687 (eerste aanleg van de thans in cassatie aanhangige zaak 18/01155); Rechtbank Overijssel 16 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5762.

45 Rechtbank Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3502; Rechtbank Midden-Nederland, 14 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:552; Rechtbank Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:303 (ook verjaard); Rechtbank Amsterdam 17 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1959 (deels verjaard); Rechtbank Midden-Nederland 17 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:47 (wel onrechtmatig op punt opslagverhoging); Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5680 (deels verjaard); Rechtbank Amsterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5364; Rechtbank Amsterdam 14 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3805 (schriftelijk en mondeling voldoende informatie verstrekt); Rechtbank Amsterdam 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3842 (schriftelijk en mondeling voldoende informatie verstrekt); Rechtbank Amsterdam 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3839 (deels verjaard); Rechtbank Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3236 (ook verjaard); Rechtbank Amsterdam 17 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3503; Rechtbank Amsterdam 15 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1255; Rechtbank Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:101 (ook verjaard); Rechtbank Oost-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7256; Rechtbank Amsterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8118 (dwaling betreft onvoorziene stijging Euribor); Rechtbank Amsterdam 6 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3610 (deels verjaard); Rechtbank Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9692; Rechtbank Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3906; Rechtbank Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3173; Rechtbank Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2280 (tussenvonnis in de thans in cassatie aanhangige zaak 18/00875); Rechtbank Amsterdam 19 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3541; Rechtbank Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6705. Vgl. ook Rechtbank Noord-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3078 (bank toegelaten tot nadere bewijslevering). Vgl. ook Rechtbank Dordrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV7492 (t.a.v. het beroep op dwaling is bewijslevering nodig; i.v.m zorgplichtschending geen belang bij een gelijkluidende bewijsopdracht omdat deze vordering zeer vergelijkbaar is met de dwalingsvordering).

46 Rechtbank Midden-Nederland 30 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2891; Rechtbank Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7485; Rechtbank Amsterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9824; Rechtbank Amsterdam 3 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2970; Rechtbank Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:453; Rechtbank Amsterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1508; Rechtbank Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415; Rechtbank Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4286; Rechtbank Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320; Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272; Rechtbank Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7010; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052 (bewijslevering i.v.m. zorgplichtschending); Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415; Rechtbank Amsterdam 10 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7104. Zie voorts Rechtbank Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1302 (een deel van de dwalingsvordering was verjaard en een ander deel betreft de lening en niet de renteswapovereenkomst. De vordering t.a.v. de zorgplichtschending wordt wel toegewezen, nu niet voldoende is gewaarschuwd); Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHE:2017:255 (deze uitspraak wordt genoemd in het vonnis van 19 september 2018 in de onderhavige prejudiciële procedures. Het gaat om een zaak waarin het beroep op dwaling is verjaard en het hof de vorderingen wegens zorgplichtschending toewijst).

47 Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, en 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5275 (tussen- en eindarrest in de thans in cassatie aanhangige zaak 18/01155); Gerechtshof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946 (eindarrest in de thans in cassatie aanhangige zaak 18/00875); Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043; Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647; Vgl. ook Rechtbank Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935 (bewijslevering nodig of cliënt voldoende is geïnformeerd).

48 In enkele uitspraken komt de zorgplicht slechts marginaal terug. Het gaat om de volgende uitspraken Commissie van Beroep 14 mei 2018, 2018-032; Commissie van Beroep 6 augustus 2018, 2018-048; Geschillencommissie 2 november 2017, 2017-737; Geschillencommissie 26 oktober 2017, 2017-703; Geschillencommissie 12 september 2017, 2017-603; Geschillencommissie 9 augustus 2016, 2016-356; Geschillencommissie 20 maart 2015, 2015-383; Geschillencommissie 10 augustus 2011, nr. 190.

49 Geschillencommissie 7 juli 2017, 2017-430.

vraag of het product naar behoren functioneert doordat het bijvoorbeeld voldoende samenhang heeft met de onderliggende financiering.[50] De commissies gaan in enkele zaken ook expliciet in op de toepasselijke zorgplicht en de daaruit volgende vereisten, alsmede het beroep op dwaling.[51]

6 Dwaling wegens schending van een mededelingsplicht

Vereisten voor dwaling en voor het bestaan van een mededelingsplicht

6.1 Het gaat hier in wezen[52] om een beroep op dwaling dat is gebaseerd op schending van een mededelingsplicht. Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling (een onjuiste voorstelling van zaken) en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (causaal verband), is vernietigbaar indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten (kenbaarheidsvereiste), de dwalende had behoren in te lichten (mededelingsplicht), zo volgt uit art. 6:228 lid 1 onder b BW. Art. 6:228 lid 2 BW bepaalt dat de vernietiging niet kan worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of die niet in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven (verschoonbaarheid).

6.2 Hieruit volgt, dat voor een beroep op dwaling wegens schending van een mededelingsplicht is vereist (1) dat de dwalende is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken (2) die voor haar causaal was voor het aangaan van de overeenkomst, en (3) dat op de wederpartij een mededelingsplicht rustte. Het bestaan van een mededelingsplicht veronderstelt (3.1) dat de wederpartij de juiste stand van zaken kende en (3.2) voor haar kenbaar was dat het punt in kwestie voor de dwalende causaal was, terwijl (3.3) zij er rekening mee moest houden dat de ander dwaalde en (3.4) zij de dwalende naar verkeersopvattingen had behoren in te lichten. In de beoordeling of er een mededelingsplicht is geschonden, zijn het kenbaarheidsvereiste en de verschoonbaarheid[53] al verdisconteerd.

Het vereiste dat de dwaling geen uitsluitend toekomstige omstandigheid mag betreffen,[54] speelt thans geen rol en blijft daarom buiten beschouwing.

(1) Een onjuiste voorstelling van zaken

6.3 De onjuiste voorstelling van zaken kan zien op de aanwezigheid van een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van een bepaald gegeven of op de afwezigheid van enige voorstelling van zaken ten aanzien van een bepaald gegeven. In het laatste geval verkeert de dwalende in zuivere onwetendheid met betrekking tot bepaalde feiten of omstandigheden.[55] Dwaling omvat daarom telkens enige onwetendheid bij de dwalende, althans een valse voorstelling van de werkelijkheid doordat de dwalende zich van iets niet bewust is.[56] Indien de dwalende bij het aangaan van de overeenkomst twijfelt aan bepaalde zaken, is van dwaling geen sprake nu dwaling juist een gebrek aan onzekerheid impliceert.[57]

(2) Causaal verband tussen de onjuiste voorstelling van zaken en het sluiten van de overeenkomst

6.4 Vereist is dat er tussen de onjuiste voorstelling van zaken en het sluiten van de overeenkomst causaal verband bestaat. Hieruit volgt dat de onjuiste voorstelling van zaken moet bestaan ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.[58]

6.5 Niet noodzakelijk is dat zonder de onjuiste voorstelling van zaken de overeenkomst in het geheel niet zou zijn gesloten. Voldoende is dat déze overeenkomst niet zou zijn gesloten, dus dat de dwalende bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst onder andere voorwaarden zou hebben gesloten.[59] Evenmin is noodzakelijk dat de dwa-

50 Geschillencommissie 14 juni 2017, 2017-377; Geschillencommissie 14 juni 2017, 2017-376; Geschillencommissie 11 augustus 2016, 2016-361.

51 Geschillencommissie 17 maart 2017, 2017-184; Geschillencommissie 20 september 2016, 2016-434 (in deze uitspraak maakt de Geschillencommissie een expliciet onderscheid in de mededelingsplicht onder dwaling en de informatieplicht onder de zorgplicht); Commissie van Beroep 27 januari 2016, 2016-002; Geschillencommissie 29 februari 2016, 2016-091, 2016-092, 2016-093 (in deze drie zaken maakt de Geschillencommissie een expliciet onderscheid tussen de mededelingsplicht onder dwaling en de informatieplicht onder de zorgplicht).

52 De in art. 6:228 lid 1 BW onder a t/m c genoemde gevallen kunnen in elkaar overlopen. Zie Jac. Hijma, *Groene Serie verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.4.1.

53 In het oordeel dat de mededelingsplicht is geschonden, ligt in beginsel besloten dat de dwaling niet als onverschoonbaar voor rekening komt van de dwalende. Zie Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 9.3 en 9.9.

54 Een beroep op dwaling is wel mogelijk indien de toekomstverwachting is gebaseerd op een onjuiste voorstelling omtrent de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezig geachte omstandigheden. Zie HR 26 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, *NJ* 1966/183 m.nt. G.J. Scholten (*Booy/Wisman*); HR 3 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB6776, *NJ* 1973/37 m.nt. G.J. Scholten (*Van Smeden/Christelijk Onderwijs*); HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5721, *NJ* 2008/286 (*[…]/[…]*), rov. 3.3.2.

55 Vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 901; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 908; Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.1.1; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (red.), Rechtshandeling en Overeenkomst, 2016, nr. 159.

56 Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/218.

57 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.2.

58 Zie Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.3.

59 Zie HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, *NJ* 2009/398 (*De Alternatieve*), rov. 3.4.2; HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2843, *NJ* 2003/361, rov. 3.3.4; HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, *NJ* 1997/222, rov. 3.3; HR 25 april 1947, ECLI:NL:HR:1947:19, *NJ* 1947/270 m.nt. E.M. Meijers (*Hertrouwkansen*).

ling een fundamenteel, wezenlijk of substantieel karakter draagt.[60] Het gaat om de subjectieve beweegreden van de dwalende: zou deze partij deze overeenkomst hebben gesloten indien zij niet zou hebben gedwaald?[61] Dit is een feitelijke vraag.[62]

6.6 De dwalende dient het causaal verband te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen. De daaraan te stellen eisen zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Denkbaar is dat niet al te hoge eisen worden gesteld aan de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causaal verband.[63]

In HR 4 september 2009 is overwogen dat in het desbetreffende geval niet kan worden verlangd dat de dwalende precies aangeeft op welke andere voorwaarden hij de overeenkomst zou hebben gesloten indien hij niet onder de invloed van dwaling zou hebben gehandeld, maar voldoende is dat hij stelt — en in geval van (voldoende gemotiveerde) betwisting aannemelijk maakt — dat hij in dat geval de overeenkomst niet, of niet op de daadwerkelijk overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. Blijkens HR 17 januari 1997 kan daartoe onder omstandigheden nodig zijn dat de dwalende aanwijst welk specifiek onderdeel — of onderdelen — van de overeenkomst door hem niet zou zijn geaccepteerd.[65] In veel gevallen zal dit laatste echter al wel blijken uit de onjuiste voorstelling van zaken die de dwalende aan zijn dwalingsberoep ten grondslag heeft gelegd.

De dwalende kan het bestaan van causaal verband aannemelijk trachten te maken door bijvoorbeeld te wijzen op bepaalde feiten en omstandigheden waaruit iets kan worden afgeleid over zijn wilsvorming (zoals beroep of bedrijf, levensovertuiging, vast beleid), of op de algemene relevantie van een bepaalde factor of de bijzondere kenmerken van de overeenkomst.[66] Uit het bijzondere karakter van een overeenkomst kan soms rechtstreeks worden afgeleid of een bepaalde factor, waaromtrent is gedwaald, wordt geacht doorslaggevend belang te hebben.[67]

Afhankelijk van het geval, kunnen verzwaarde eisen worden gesteld aan de motivering van de betwisting van het causale verband door de wederpartij.[68]

6.7.1 In de effectenleasezaken *De T./Dexia* en *Levob/B.* is, in de woorden van de Hoge Raad, door het hof geoordeeld dat (i) door Dexia op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen, respectievelijk dat (ii) voor de belegger de essentialia van de overeenkomst — en dus de in algemene zin aan deze overeenkomst verbonden risico's — voldoende duidelijk waren of behoorden te zijn omdat Dexia hem tijdig de vereiste informatie omtrent de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst heeft verschaft. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.[69]

6.7.2 Hierin ligt niet besloten dat dwaling slechts mogelijk zou zijn ten aanzien van de essentialia of de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst. Het betreft hier een reactie op de stellingen van de belegger dat hij enerzijds zich niet heeft gerealiseerd dat hij een lening aanging en anderzijds dat hij niet juist of niet volledig is geïnformeerd omtrent de risico's verbonden aan de overeenkomst, waaronder het ontstaan van een restschuld, terwijl hij bij juiste en volledige informatie de overeenkomst niet zou hebben gesloten.[70] De belegger had dus gesteld dat hij had gedwaald over essentialia of wezenlijke kenmerken van de overeenkomst.

(3) De mededelingsplicht

6.8 Zoals de dwalende jegens de wederpartij in beginsel een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde plicht heeft om te voorkomen dat hij dwaalt (onderzoeksplicht), zo heeft de wederpartij soms een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde plicht om de dwalende uit de droom te helpen.[71] Deze mededelingsplicht strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken.[72]

Het bestaan van een mededelingsplicht veronderstelt, zoals gezegd, (3.1) dat de wederpartij de juiste stand van zaken kende en (3.2) voor haar kenbaar was dat het punt in kwestie voor de dwalende causaal was, terwijl (3.3) zij er rekening mee moest

60 Zie Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.3.1.

61 Zie M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/13.

62 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 4.3.

63 Vgl. W.L. Valk, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 6:228 BW.

65 HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, *NJ* 1997/222, rov. 3.3; Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 4.3.

66 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 4.6.1, 4.5.4 en 4.5.6.

67 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 4.5.3.

68 Vgl. HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, *NJ* 2009/398 (*De Alternatieve*), rov. 3.4.2.

69 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), rov. 4.4.5 en 4.10.3. Vgl. ook de kanttekening in rov. 4.1, dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval. Zie ook HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/B.*), rov. 4.4.8.

70 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), rov. 4.4.1. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/B.*), rov. 4.4.1.

71 Zie over de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid als grondslag voor deze onderzoeks- en mededelingsplichten bijvoorbeeld K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 27, waarin wordt verwezen naar P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden 2009), p. 152.

72 Zie HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), rov. 3.2. Zie M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/30. Vgl. onder meer *De T./Dexia*, rov. 4.10.3.

houden dat de ander dwaalde en (3.4) de dwalende naar verkeersopvattingen had behoren in te lichten.

(3.1) Wederpartij heeft wetenschap van de juiste feiten

6.9 De hoofdregel is dat er pas een mededelingsplicht rust op de wederpartij van de dwalende als deze zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte is.[73] Een mededelingsplicht kan evenwel ook worden aangenomen indien de wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent wordt gedwaald, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.[74] Er mag echter niet automatisch worden aangenomen dat deskundigheid van een partij leidt tot een 'geacht worden te weten'.[75]

(3.2) Voor de wederpartij is het causale verband kenbaar

6.10 Deze eis ziet niet op de kenbaarheid van de dwaling (dat wil zeggen de onjuiste voorstelling van zaken bij de dwalende) zelf, maar op de kenbaarheid van het causaal verband. Vereist is dat de wederpartij heeft geweten of moest begrijpen dat de omstandigheid terzake waarvan wordt gedwaald voor de dwalende essentieel was.[76] Indien de wederpartij mocht aannemen dat de overeenkomst ook bij een juiste voorstelling van zaken zou zijn gesloten, rust op hem geen mededelingsplicht.[77]

Of aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan, moet aan de hand van de omstandigheden worden beoordeeld. Soms kan uit de overeenkomst zelf of uit besprekingen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst worden afgeleid dat de dwalende aan het bestaan van een bepaalde eigenschap doorslaggevende betekenis toekent.[78]

(3.3) De wederpartij moet rekening met een onjuiste voorstelling bij de dwalende

6.11 De wet stelt niet als eis dat de wederpartij weet of behoorde te weten dat de ander dwaalt, dat wil zeggen uitgaat van een onjuiste voorstelling van zaken. In de literatuur wordt aangenomen dat voldoende is dat de wederpartij daarmee rekening moest houden.[79] Uit de parlementaire geschiedenis komt immers naar voren dat mede onder het bereik van art. 6:228 lid 1 sub b BW valt de situatie dat de wederpartij de ander had behoren in te lichten met het oog op de mogelijkheid van een dwaling.[80]

Wanneer de wederpartij er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat de ander de ware stand van zaken kende, zal er in het algemeen geen spreekplicht rusten op de wederpartij.[81] Voor algemeen bekende risico's behoeft evenmin gewaarschuwd te worden.[82]

(3.4) De wederpartij had de dwalende behoren in te lichten

6.12 Dit vereiste betreft de kernvraag van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Aan de hand van de verkeersopvattingen dient te worden beoordeeld of in de omstandigheden van het geval op de wederpartij een mededelingsplicht rustte. Simpel gezegd gaat het daarbij om de vraag of de wederpartij de dwalende uit de droom had moeten helpen. Zelfs wanneer is voldaan aan alle bovengenoemde eisen, zal dat niet altijd het geval zijn. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat het te ver gaat om van de wederpartij te eisen dat hij de ander mededeelt dat de bedongen prestatie ergens anders goedkoper, beter, op gunstigere voorwaarden of met minder ongemak is te verkrijgen.[83]

6.13 De feitelijke omstandigheden zijn bepalend voor beantwoording van de vraag of er naar verkeersopvattingen op de wederpartij een mededelingsplicht rust. Volgens Asser/Sieburgh is het moeilijk om daarvoor algemene regels te geven en gaat de rechtspraak 'tastend haar weg'.[84] Door vele auteurs is niettemin geprobeerd om de relevante gezichtspunten in kaart te brengen.[85] Zo heeft

73 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 909: "Het geval van een verplichting tot 'preventief' inlichten mag niet te snel worden aangenomen. Van een 'behoren in te lichten' zal in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij zelf van de betreffende omstandigheden op de hoogte was." Vgl. ook HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, *NJ* 2017/35 m.nt. Jac. Hijma (*[…]/[…]*), rov. 4.2.2.

74 Zie HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, *NJ* 2017/35 m.nt. Jac. Hijma (*[…]/[…]*), rov. 4.2.2.

75 Vgl. o.a. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.6.1a onder verwijzing naar het arrest *[…]/[…]*; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 2016, nr. 165; K.J.O. Jansen, Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten, *NTBR* 2016/31, p. 207.

76 Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/227, 232; Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.7; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 2016, nr. 171.

77 Vgl. HR 6 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9284, *NJ* 1989/281, rov. 3.2; HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4860, *NJ* 1985/85, rov. 3.2; HR 2 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7984, *NJ* 1981/51.

78 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/227.

79 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.8; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 2016, nr. 165.

80 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 909: "Onder de nieuwe redactie valt immers ook het geval dat de wederpartij van de dwalende de dwaling zoals die zich feitelijk heeft voorgedaan, niet behoefde te kennen, maar hem wel op de hoogte had behoren te brengen met het oog op de *mogelijkheid* van dwaling."

81 Zie Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.8.; W.L. Valk, *T&C BW*, art. 6:228 BW, aant. 3 onder b. Vgl. HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, *NJ* 2008/588 (*[…]/Gemeente Kampen*).

82 Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 154.

83 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 909.

84 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/232.

85 Zie o.a. E. Cohen Hendriquez, Spreken is zilver, zwijgen is fout, *NJB* 1976, p. 625-634; A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, 1992; M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, 1991, p. 34-37; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 154-159; M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/17.

Jansen de in de literatuur genoemde relevante gezichtspunten onderverdeeld in drie categorieën: (1) *de aard van de rechtsverhouding*, waaronder de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen, hun onderlinge verhouding, de duurzaamheid of vertrouwelijkheid daarvan, het type contract en de deskundigheid over en weer, (2) de *aard van de mee te delen informatie*, waaronder de bijzonderheid, complexiteit, importantie, vertrouwelijkheid en traceerbaarheid daarvan, en (3) de *aard van de betrokken belangen*, waaronder de aard en omvang van het voor de dwalende dreigende nadeel.[86]

In de literatuur wordt de deskundigheid van partijen telkens aangemerkt als een zeer belangrijk gezichtspunt, waarbij in het algemeen als richtlijn wordt aangenomen dat op de wederpartij naar mate zij zelf deskundiger is een ruimere mededelingsplicht rust en dat die mededelingsplicht kleiner zal worden naarmate de dwalende deskundiger is.[87] Voorts is wel aangenomen dat de spreekplicht groter wordt naarmate de partijverhouding van meer vertrouwelijke of persoonlijke aard is en het object van de transactie gecompliceerder is of aan gecompliceerdere voorschriften of beperkingen is onderworpen.[88]

Aan de mededeling te stellen eisen

6.14 Indien aan de hand van de verkeersopvattingen een mededelingsplicht is aangenomen, rijst de vraag wanneer aan deze mededelingsplicht is voldaan. Als uitgangspunt geldt dat verklaringen, met inbegrip van mededelingen, vormvrij kunnen geschieden (art. 3:37 lid 1 BW). Er kan dus zowel schriftelijk als mondeling of op andere wijze aan de mededelingsplicht worden voldaan.

6.15.1 De verstrekte mededeling dient in de omstandigheden van het geval *voldoende duidelijk* te zijn.

6.15.2 Dit blijkt uit het arrest *[…]/Rental*.[89] Daarin ging het om de vraag of een professionele autoverkoper had voldaan aan zijn mededelingsplicht met betrekking tot de bij hem bestaande twijfel over de juistheid van de kilometerstand van de auto. In de overwegingen van de Hoge Raad valt te lezen dat op de professionele autoverkoper geen onderzoeksplicht rust ter zake van de kilometerstand, maar dat hij de bestaande twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand *met voldoende duidelijkheid* aan de koper meedeelt. In deze zaak is geoordeeld dat een in de overeenkomst opgenomen voorgedrukte vermelding ("Km std: Onlogisch") en in de algemene voorwaarden opgenomen vermeldingen (kort samengevat: dat de autoverkoper niet in stond voor de juistheid van de kilometerstand, dat de kilometerstand naar beste weten van de verkoper de juiste is en dat de koper de feitelijke kilometerstand accepteert als de juiste) onvoldoende waren om een koper met de vereiste duidelijkheid mede te delen dat twijfel bestaat omtrent de juistheid van de kilometerstand.

6.15.3 Het vereiste van voldoende duidelijkheid komt ook terug in de arresten *De T./Dexia* en *Levob/B.* ten aanzien van dwaling bij het aangaan van effectenleaseovereenkomsten.[90] Volgens deze arresten gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was voldoende gemotiveerd het oordeel van het hof, dat door Dexia met het door haar verstrekte schriftelijke materiaal (de Bijzondere Voorwaarden, een brochure en een brief van de belastingadviseurs) op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent bepaalde aan de overeenkomst verbonden risico's redelijkerwijze te voorkomen.[91]

6.15.4 In HR 10 april 1998, rov. 3.6, is gewezen op het verschil tussen iets mededelen en ergens op wijzen:[92]

> "Voorts valt (…) op dat het Hof onder 3 als een van de feiten waarvan het uitgaat, slechts vermeldt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld dat 'er scheuren in de woning zaten', maar onder 4, tweede alinea, zonder meer als vaststaand aanmerkt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld 'dat er scheurvorming in het huis aanwezig is', terwijl het in de derde alinea zelfs veronderstelt dat de verkopers de koper op 'de scheurvorming in het huis' hebben 'gewezen'. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, blijft onduidelijk of het Hof telkens hetzelfde bedoelt, dan wel zich niet heeft gerealiseerd dat sprake is van drie onderscheiden, steeds ernstiger wordende gevallen, noch dat verschil in intensiteit bestaat tussen iemand iets meedelen en iemand ergens op wijzen."

6.15.5 HR 1 juni 1990 betrof een geval waarin de bank een plicht had om de particuliere borg voor te lichten omtrent de risico's van de borgstelling:[93]

> "Aan 's hofs beslissing (…) ligt kennelijk de — juiste — gedachte ten grondslag dat onder omstandigheden als waarop in het onderdeel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professione-

86 Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 155-159.

87 Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.12.1. Zie voor een voorbeeld HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, *NJ* 1991/759 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/Bink*), waaruit volgt dat op een professionele kredietverlener een plicht rust om een particuliere borg voor te lichten omtrent de risico's verbonden aan het aangaan van de borgtocht.

88 Zie E. Cohen Hendriquez, Spreken is zilver, zwijgen is fout, *NJB* 1976, p. 625-634.

89 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, *NJ* 2010/258 m.nt. Jac. Hijma (*[…]/Rental*).

90 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), rov. 4.4.5 en 4.10.3; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/B.*), rov. 4.4.8.

91 Zie ook HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse, rov. 3.3.5.

92 HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, *NJ* 1998/666 m.nt. W.M. Kleijn.

93 HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1991:AB7632, *NJ* 1991/759 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/ B.*), rov. 3.4.

> le credietverlener als de Bank — die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan — alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig bewijst dat hij de borg omtrent die risico's heeft voorgelicht."

6.15.6 De genoemde varianten van de 'intensiteit van de mededeling' — het (enkele) mededelen, het ergens op wijzen, en het voorlichten over risico's — kunnen worden opgevat als toepassingen van de gedachte dat de door art. 6:228 lid 1 onder b BW vereiste mededeling voldoende duidelijk dient te zijn.

6.16 Volgens Jansen rust op de wederpartij die een mededelingsplicht heeft een resultaatsverplichting om informatie te verschaffen en een inspanningsverplichting om deze informatie redelijkerwijs te doen doordringen bij de dwalende.[94] Hijma wijst erop dat de wederpartij ervoor moet zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent.[95] De mededeling dient inhoudelijk voldoende begrijpelijk te zijn (zodat de dwalende geacht mag worden deze te begrijpen en ernaar te handelen) en voldoende opvallend (zodat de dwalende geacht mag worden deze te signaleren en tot zich door te laten dringen).[96]

6.17 Dat de verstrekte mededeling in de omstandigheden van het geval voldoende duidelijk dient te zijn, volgt uit de strekking van de mededelingsplicht, te weten het voorkómen dat de ander contracteert op basis van een onjuiste voorstelling van zaken. Dit brengt mee dat een mededeling moet worden gedaan waarvan de wederpartij in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs mag aannemen dat zij geschikt is om het daarmee beoogde doel — het voorkómen of wegnemen van een bij de andere partij bestaande onjuiste voorstelling van zaken — te bereiken.

6.18.1 Bij de beoordeling hiervan zal onder meer betekenis kunnen toekomen aan de vorm, inhoud en presentatie van de mededeling(en), mede gezien de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze van totstandkoming ervan, de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, en wat de wederpartij aan eigen inspanningen van de andere partij (de 'dwalende') mag verwachten.[97]

Voor een deel zijn bij deze vraag dus ook de hiervoor in 6.13 bedoelde gezichtspunten relevant. De reden om te oordelen dat bepaalde informatie moet worden medegedeeld, zal mede kunnen bepalen welke eisen worden gesteld aan de inhoud en presentatie van deze informatie.

6.18.2 De gedachte dat voorgedrukte of in algemene voorwaarden opgenomen vermeldingen veelal onvoldoende zullen zijn om op een voor de andere partij heldere wijze te informeren,[98] dient m.i. te worden genuanceerd. Dit zal onder meer afhangen van de aard van de overeenkomst. Bij koop van bepaalde roerende zaken zal minder snel verwacht mogen worden dat een klant zich informeert aan de hand van contractsdocumenten, omdat de klant in een dergelijk geval vermoedelijk eerder zal afgaan op zijn waarnemingen van de zaak, op informatie in een verkoopbrochure of op een bordje bij het product, of op mondelinge informatie van de zijde van de verkoper.

Daarentegen worden 'financiële producten', zoals verzekeringen, effectenlease of rentederivaten, veel meer gedefinieerd door de wijze waarop zij in de contractsdocumentatie zijn omschreven. In de effectenleasezaken *De T./Dexia* en *Levob/B.* ging het dan ook om mededelingen over bepaalde essentiële kenmerken van de effectenleaseovereenkomst die de afnemer kon kennen uit de contractsdocumentatie: de inhoud van de overeenkomst en van de eventuele daarop toepasselijke voorwaarden en de aan hem verstrekte brochures.

6.18.3 Bij de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is, kan ook van belang zijn welk begripsvermogen de dwalende geacht wordt te hebben. Of een mededeling voldoende duidelijk is, kan aldus verschillen naar gelang de dwalende een consument of een ondernemer, dan wel een deskundige of een leek is.[99]

6.18.4 Voorts speelt de eigen verantwoordelijkheid van de dwalende een rol.

De eigen verantwoordelijkheid van de dwalende

6.19 De eigen verantwoordelijkheid van de dwalende kan worden betrokken op (i) de vraag of een mededelingsplicht bestaat en (ii) de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is.[100] Beide vragen kunnen in elkaar overlopen. Als over een bepaald aspect informatie is medegedeeld (zoals over de mogelijkheid dat een renteswap tijdens de looptijd een waarde heeft, die positief of negatief kan zijn), kan de vervolgvraag rijzen of daarover meer informatie had moeten worden medegedeeld (zoals

94 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 166; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, Waarschuwingsplichten voor financiële ondernemingen, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, par. 3.5.1.

95 Zie nr. 7 van de noot in *NJ* 2010/258.

96 Aldus K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 163-164; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, Waarschuwingsplichten voor financiële ondernemingen, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, par. 3.5.1.

97 Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 163-167; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, Waarschuwingsplichten voor financiële ondernemingen, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector,* 2013, par. 3.5.1-3.5.2.

98 Vgl. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.4.

99 Zie Jac. Hijma in zijn noot in *NJ* 2010/258; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 164-165.

100 De discussie over de eigen verantwoordelijkheid speelt ook, buiten het kader van dwaling, in verband met de reikwijdte van de zorgplicht van de aanbieder van bepaalde financiële producten. Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 521-526.

over een mogelijke orde van grootte van een dergelijke waarde of over de gevolgen van een bepaalde waarde voor een eventuele marginverplichting).

6.20.1 (Ad i) Volgens vaste rechtspraak geldt het volgende. Enerzijds heeft wie een overeenkomst aangaat tegenover de wederpartij een gehoudenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken zijn toestemming geeft, bij gebreke waarvan hij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen.[101] Indien de dwalende de dwaling aan zichzelf heeft te wijten, omdat hij de dwaling door zelfstandig onderzoek had kunnen voorkomen, komt de dwaling voor zijn risico (art. 6:228 lid 2 BW). De dwaling is dan onverschoonbaar.[102]

Anderzijds geldt dat de mededelingsplicht van de wederpartij ertoe strekt te voorkomen dat de andere partij (de dwalende) zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken.[103]

6.20.2 De in dit verband te beantwoorden vraag is of de wederpartij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat de andere partij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedoelde gegevens bekend zal worden.[104]

Daarbij dient te worden bedacht dat de mededelingsplicht ook strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.[105]

6.21 Bij schending van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW, verzetten de redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen ertegen dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de dwalende het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten. Schending van de onderzoeksplicht kan overigens dan nog wel een rol spelen bij een vordering tot schadevergoeding, zo daartoe gronden zijn, via eigen schuld (art. 6:101 BW).[107]

6.22.1 (Ad ii) De eigen verantwoordelijkheid van de dwalende in verband met de vraag of aan hem verstrekte gegevens voldoende duidelijk waren, kwam aan de orde in de effectenleasezaken uit 2009. Daarin hield het oordeel van het hof stand, dat op grond van het verschafte materiaal voor degene die zich redelijke inspanningen getroost voldoende duidelijk was dat sprake was van, kort gezegd, bepaalde kenmerken van het product.[108] Men kan dit zien als een variant van de in 6.20.2 bedoelde vraag, toegespitst (niet op de vraag of iets moet worden medegedeeld, maar op de vraag hoe iets moet worden medegedeeld, dus) op de inhoud van de mededeling en als een uitwerking van het in 6.20.1 genoemde uitgangspunt dat een partij gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft.

6.22.2 Dat de mededelingsplicht ook strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling, betekent dus niet dat van de dwalende geen redelijke inspanning zou mogen worden verwacht om kennis te nemen van aan hem verstrekte informatie.

6.23 Ook bij het aangaan van overeenkomsten over producten die meer worden gedefinieerd door de wijze waarop zij in de contractsdocumentatie zijn omschreven, geldt daarom als uitgangspunt dat van de afnemer van het product een redelijke inspanning mag worden verwacht om van die documentatie kennis te nemen.

6.24 Een redelijke inspanning om van de contractsdocumentatie kennis te nemen, zal in het algemeen inhouden dat verstrekte documenten worden gelezen op zodanige wijze dat de klant zich van de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie op de hoogte stelt, althans dat hij zich daarvan in zodanige mate een beeld vormt dat hij eventuele vragen die hij nog heeft over de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie aan de wederpartij kan stellen en stelt.

6.25 Wat daartoe precies is vereist, hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals:

(i) de aard en complexiteit van de transactie (de kenmerken van een brandverzekering kan men zich eerder voorstellen dan die van een rentederivaat);

(ii) de aard en toegankelijkheid van de in een bepaald document opgenomen informatie over de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie (wat wordt hoe gezegd over een bepaald aspect van de transactie in documenten als een brochure, overeenkomst of set algemene voorwaarden?);

(iii) het eventuele contact over de transactie of bepaalde kenmerken of risico's daarvan dat partijen

101 Zie HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*); HR 26 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, *NJ* 1966/183 m.nt. G.J. Scholten *(Booy/Wisman)*.

102 Zie bijv. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

103 Zie HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), rov. 3.2.

104 Zie HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, *NJ* 1998/666 m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck*), rov. 3.3.5.

105 Zie HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk/De Vries*), rov. 3.5 (aangaan bankgarantie). Zie voorts, ten aanzien van de onvoorzichtige koper, HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, *NJ* 1998/666 m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck*), rov. 3.3.5; HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), rov. 3.

107 Zie o.m. A.G. Castermans, Mededelingsplicht, verzwijging en Vergoeding, *MVV* 2015/7-8, p. 221-222.

108 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), rov. 4.4.2.

hadden voorafgaand aan, gelijktijdig met of na het verstrekken van bepaalde documentatie (bijvoorbeeld: was de klant al mondeling voorgelicht voordat hij ging lezen?; was er voldoende tijd om van de documentatie kennis te nemen?; is de documentatie achteraf verstrekt?; hield het contact in dat werd gewezen op het belang van bepaalde kenmerken en risico's of werden deze gebagatelliseerd? bleek uit het contact het belang om nader kennis te nemen van de documentatie?);
(iv) de aard van de eventuele rechtsverhouding tussen partijen in het kader waarvan eventueel contact en de informatieverstrekking plaatsvindt (was er bijvoorbeeld een adviesrelatie, zie hierna in 7.22);
(v) de kennis, deskundigheid of ervaring die in het algemeen nodig zal zijn om bepaalde informatie te begrijpen, althans in zoverre te begrijpen dat het besef kan ontstaan dat het nodig is om over een bepaald kenmerk of risico van de transactie een vraag te stellen aan de wederpartij; en
(vi) de kennis, deskundigheid of ervaring die de desbetreffende klant, al dan niet bijgestaan door een andere adviseur dan de bank, geacht kan worden te hebben.

6.26 Het voorgaande komt, kort gezegd, op het volgende neer. De bank dient een in de omstandigheden van het geval voldoende duidelijke mededeling te doen, waarvan de intensiteit — enkel mededelen, ergens op wijzen, voorlichten over risico's — kan variëren. Van de klant mag een redelijke inspanning worden verwacht om van de aan hem verstrekte contractsdocumentatie (de schriftelijke overeenkomst, algemene voorwaarden, brochures e.d.) kennis te nemen. Wat daartoe precies is vereist, hangt af van de omstandigheden van het geval. Ik bespreek nu eerst de verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht en verwijs verder naar de samenvatting van de paragrafen 6 en 7 in paragraaf 8 van deze conclusie.

7 De verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht

7.1 Uit de zorgplicht van de bank kan een waarschuwingsplicht voortvloeien. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad uit 2009 gaat deze waarschuwingsplicht verder dan de mededelingsplicht. Er kan dus voldaan zijn aan de mededelingsplicht (zodat er geen beroep op dwaling is), terwijl niet is voldaan aan de waarschuwingsplicht (zodat er recht op vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade is). In de literatuur bestaat debat over deze rechtspraak. In de feitenrechtspraak wordt verschillend geoordeeld over de verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht (zie hierboven in 5.15-5.16). Er is dus reden om deze verhouding nader te bespreken.

De uit de (bijzondere) zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht

7.2 De maatschappelijke functie van banken brengt een bijzondere zorgplicht mee. Die zorgplicht geldt zowel jegens cliënten van banken uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als jegens derden met de belangen van wie de banken rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Zie hiervoor HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, rov. 3.4.2, voortbouwend op vaste rechtspraak. Deze zorgplicht geldt ook jegens aanstaande cliënten.[109]

7.3 In deze zaak hoeft geen aandacht te worden besteed aan de eventuele afbakening van de 'bijzondere' zorgplicht van de bank en de 'algemene' zorgplicht die de bank kan hebben uit hoofde van een door haar met een cliënt gesloten overeenkomst van opdracht (art. 7:401 BW),[110] en ook niet aan de vraag in hoeverre de 'bijzondere' zorgplicht zich uitstrekt tot niet-particuliere cliënten.[111] Ik spreek verder van de zorgplicht van de bank.

7.4 De zorgplicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid.[112]

7.5 De zorgplicht van de bank kan inhouden dat zij onderzoek dient te doen naar punten als de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt. De zorgplicht van de bank kan een waarschuwingsplicht inhouden.[113]

7.6 De inhoud van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de relevante ervaring en deskundigheid van de cliënt, de complexiteit van het product en de risico's die daaraan zijn verbonden, de toezichtrechtelijke regels en de aard van de overeenkomst.[114] Een relevante omstandigheid is voorts of de cliënt een particulier of een ondernemer is, want van ondernemers wordt meer zelfredzaamheid verwacht. Maar zoals tussen particuliere cliënten verschillen kunnen bestaan,[115]

109 Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 507, die opmerkt dat de maatstaf ter invulling van de zorgplicht intussen gelijk blijft, ongeacht de contractuele, precontractuele of buitencontractuele context.
110 Vgl. ook art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden.
111 Zie mijn conclusie sub 3.5. e.v. voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, *JOR* 2018/71 m.nt. F.M.A. 't Hart (81 RO).
112 Zie onder meer HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, *NJ* 2016/107, *JOR* 2015/235 m.nt. C.W.M. Lieverse, rov. 3.3.3; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497, rov. 4.3.1.
113 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, *NJ* 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van U/NBG Finance*) rov. 3.4.2; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/68.
114 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *JOR* 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieverse, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/B.*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *JOR* 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieverse, *NJ* 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, *JOR* 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen, *NJ* 2012/95, AA 2012, afl. 10, p. 752-759, m.nt. D. Busch (*Rabobank Vaart & Vecht/X*).
115 Vgl. ook een geval als HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

kunnen die ook (en met name) bestaan tussen allerlei niet-particuliere cliënten van de bank.

7.7.1 Volgens art. 4:20, leden 1 en 6, Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) moet aan de cliënt, kort gezegd, bepaalde informatie worden verstrekt voorafgaand aan het adviseren, het verlenen van een beleggingsdienst, het verlenen van een nevendienst of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product (lid 1) en mag deze informatie in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt (lid 6).

7.7.2 In mijn conclusie voor HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:267 (art. 81 RO), besprak ik dat — in het licht van de parlementaire geschiedenis en de uitvoeringsbepalingen (in de destijds geldende versie van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, hierna: Bgfo) — bij het geven van de in art. 4:20 Wft bedoelde informatie in beginsel mag worden uitgegaan van de gemiddelde consument, zodat eventuele standaardinformatie op deze 'maatmens' kan worden afgestemd. Dit geldt echter niet indien advies wordt verstrekt, in welke verband informatie moet worden ingewonnen (art. 4:23 Wft). In dat geval moet de te verstrekken informatie precies worden afgestemd op de individuele kenmerken van de consument of cliënt.

7.7.3 Overigens is publiekrechtelijke regelgeving weliswaar relevant voor de invulling van de civielrechtelijke zorgplicht, maar bepaalt zij volgens de rechtspraak van de Hoge Raad niet de inhoud ervan.[117] In hoeverre dit anders is onder Mifid/Mifid II kan thans blijven rusten.[118]

De waarschuwingsplicht strekt volgens de effectenleasearresten verder dan de mededelingsplicht

7.8 Volgens de effectenleasearresten uit 2009, *De T./Dexia* en *Levob/B.*, gaf het oordeel van het hof in die zaken dat was voldaan aan de mededelingsplicht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Maar:

> "Dat laat onverlet dat (…) op Dexia uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten rusten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken — en heeft verstrekt — om te voorkomen dat [De. T] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen." (*De T./Dexia* rov. 4.4.5, en in dezelfde zin *Levob/B.* rov. 4.4.8)

en

> "De klacht van onderdeel 1.a (iii) miskent dat de omstandigheid dat [De T.] zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen omdat hem, kort gezegd, de essentialia van de overeenkomst — en dus de in algemene zin aan deze overeenkomst verbonden risico's — voldoende duidelijk waren of behoorden te zijn omdat Dexia hem tijdig de vereiste informatie omtrent de wezenlijke kenmerken van de overeenkomst heeft verschaft, niet uitsluit dat in de gegeven omstandigheden op Dexia de plicht rustte ondubbelzinnig te waarschuwen voor het bijzondere, aan het onderhavige risicovolle en complexe effectenleaseproduct verbonden, gevaar van een restschuld bij tussentijdse beëindiging. Deze waarschuwingsplicht strekt immers mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de door Dexia verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan." (*De T./Dexia* rov. 4.10.3. Vgl. *Levob/B.* rov. 4.5.9).

7.9 De (op de zorgplicht van de bank gebaseerde) waarschuwingsplicht en de in art. 6:228 lid 1 onder b BW bedoelde mededelingsplicht zien beide op het verschaffen van informatie aan de wederpartij. Zie ook HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, rov. 3.3.4:[119]

> "De verplichting de afnemer bij het aangaan van de leaseovereenkomst indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico, strekt ertoe de potentiële particuliere wederpartij te informeren over, en hem te waarschuwen tegen, het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's, of van risico's die hij redelijkerwijs niet kan dragen."

Toch zijn zij verschillend. De mededelingsplicht strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken (zie hiervoor in 6.8). De waarschuwingsplicht gaat verder, want zij strekt mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan, aldus de Hoge Raad.[120] Schending van de waarschuwingsplicht impliceert daarom niet dat de mededelingsplicht is geschonden. Denkbaar is dat de mededelingsplicht niet is geschonden en de waarschuwingsplicht wel.

117 Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/B.*); HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2017/132 m.nt. B.T.M. van der Wiel, *JOR* 2017/236 m.nt. H. Scholten (*SNS Bank/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P*), rov. 4.2.5.; HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, rov. 3.4.2.

118 Ik volsta met een verwijzing naar mijn conclusies voor HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3018, *NJ* 2018/212, m.nt. A.I.M. van Mierlo, en voor HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:267 (art. 81 RO).

119 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse.

120 Vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, *NJ* 2012/95, *JOR* 2012/116 m.nt. Van Baalen (*Rabobank/A.*), rov. 3.6.2.

7.10 In de literatuur bestaat discussie over dit onderscheid. Een aantal auteurs onderschrijft het onderscheid,[121] anderen hebben kritiek.

7.11.1 In *de eerste plaats* wordt het gemaakte onderscheid niet overtuigend (logisch) geacht,[122] mede omdat mededelingsplicht en waarschuwingsplicht beide strekken tot bescherming van een onvoorzichtige partij.[123]

7.11.2 Op dit punt dient naar mijn mening echter te worden onderscheiden.[124] De mededelingsplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij ongeïnformeerd — zonder de moeite te hebben genomen om zich voldoende te informeren over de kenmerken of risico's van de transactie — contracteert. De waarschuwingsplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij, hoewel geïnformeerd, lichtvaardig omgaat met de risico's die aan het contract zijn verbonden.

7.11.3 Principieel is het onderscheid mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht naar mijn mening wel te maken. Du Perron wees er destijds op dat de waarschuwingsplicht ertoe strekt om de gewaarschuwde zich nog eens op bekende informatie te laten bezinnen. Hij geeft het voorbeeld van de zin "Roken is dodelijk" op pakjes sigaretten: dat weten de rokers ook wel, maar de gedachte is dat het goed is hen daar bij elke aankoop nog eens over te laten nadenken, zodat zij het risico niet lichtvaardig nemen. Du Perron meent dat het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid daarom niet incoherent is.[125] Sieburgh noemt het onderscheid zuiver en goed verdedigbaar.[126]

7.12.1 In *de tweede plaats* wordt de afbakening tussen mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht door veel auteurs problematisch geacht, mede in het licht van de eisen die kunnen worden gesteld aan de duidelijkheid van de mededeling.[127]

7.12.2 Nu kan men het glas half leeg of half vol vinden. Hartkamp vermeldt onder verwijzing naar HR 1 juni 1990 (zie hiervoor in 6.15.5) dat al in eerdere rechtspraak is aanvaard, dat de mededelingsplicht van de bank een plicht tot voorlichting kan inhouden. Hij meent dat een waarschuwingsplicht moet worden onderscheiden van de mededelingsplicht en dat het onderscheid in *De T./Dexia* duidelijker zichtbaar wordt.[128] Daarbij doelt hij, naar ik aanneem, op de overweging van de Hoge Raad over de strekking van de waarschuwingsplicht.

7.13.1 Bezien vanuit de vraag welke inspanning van de bank wordt verwacht om te voldoen aan haar mededelingsplicht en aan haar waarschuwingsplicht, kan gezegd worden dat beide plichten zich op een glijdende schaal bevinden. Daarbij is volgens de effectenleasearresten uit 2009 eerder aan de mededelingsplicht voldaan dan aan de verder strekkende waarschuwingsplicht.

7.13.2 Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen aan de mededelingsplicht meer eisen worden gesteld opdat de gedane mededeling bewerkstelligt dat een partij voldoende duidelijk wordt geïnformeerd over bepaalde kenmerken van de transactie. Naar mate meer eisen worden gesteld aan de mededelingsplicht, schuift de mededelingsplicht op in de richting van de waarschuwingsplicht.

7.13.3 De voorlichting, waarover in het arrest van 1 juni 1990 (zie hiervoor in 6.15.5) wordt gesproken, houdt verband met het risico van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop bij de wederpartij van de bank. Dit wekt associaties op met de zorgplicht van de bank, die een waarschuwingsplicht kan meebrengen. Beide plichten kunnen ook in dit geval analytisch worden onderscheiden.

De in een gegeven geval vereiste 'intensiteit van de mededeling' is afhankelijk van de vraag of infor-

121 Zie reeds de conclusie van de plv. PG De Vries Lentsch-Kostense sub 4.7 voor *De T./Dexia*; A.J.P. Schild, 'Mededelingsplichten komen van Venus, waarschuwingsplichten van Mars', *WPNR* (2009) 6821, p. 939-940; Chr.H. van Dijk en F. van der Woude, Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht, *AV&S* 2009, 11; A.J.E. van den Bergen, Zorgplicht in effectenlease geschillen: over de waarschuwingsplicht en onderzoeksplicht van banken, *Bb* 2009/39, par. 3.1; A.S. Hartkamp, Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht, *WPNR* (2010) 6843, p. 386; C.E. du Perron, Effectenlease. The saga continues, *TOP* 2010/2, p. 63; I.P.M.J. Janssen, *De Civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet particuliere cliënt* (diss. Nijmegen 2017), par. 3.3.1.1, p. 151-152; A.G.F. Ancery, Het swappen van mededelingsplichten. Over de invloed van MiFID I/II en de Wft op het leerstuk van dwaling, *MvV* 2017/11; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/231.

122 W.H. van Boom, De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken, *TvC* 2009, p. 238 en, *JA* 2009/118 nr. 2; C.W.M. Lieverse, *JOR* 2009/199 nr. 10; T.F.E. Tjong Tjin Tai & F.M.J. Verstijlen, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2009/1700; *Asser-De Serrière 2-IV* 2018/762; J.H.A. Lokin, Van schuld naar plichtsverzuim, *RM Themis* 2011-1, p. 2.

123 Zie W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, Effectenlease: Dwaling, Zorgplicht en Schadevergoeding, *AA* 2010/3, p. 194; S.B. van Baalen, Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten anno 2009?, in: A.G. Castermans e.a. (red.), Ex libris Hans Nieuwenhuis, 2009, p. 301-303, en in *Ondernemingsrecht* 2009/176, nr. 4; A.C.W. Pijls, Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed, *MVV* 2009/10, p. 256-257; K.J.O. Jansen, Informatieplichten, 2012, p. 518-519; M.W. Wallinga, De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied, *WPNR* 2016/7116, par. 3.3, die er ook op wijst dat beide plichten berusten het rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de belegger en dat vergelijkbare omstandigheden het bestaan en inhoud van beide lichten bepalen.

124 Vgl. mijn conclusie sub 3.38.2 voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/[…]*). Kritisch daarover Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519.

125 C.E. du Perron, Effectenlease. The saga continues, *TOP* 2010/2, p. 63.

126 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/231.

127 Zie W.L. Valk, *NTBR* 2009/29, die verwijst naar het arrest Offringa/Vinck (waarin de Hoge Raad spreekt van een verschil in intensiteit tussen iets mededelen en ergens op wijzen); A.G. Castermans & P.W. den Hollander, Dwaling tussen privaat- en publiekrecht, *WPNR* 2012/6940; M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW B3), 2015/19.

128 Hartkamp, *WPNR* (2010) 6843, p. 386.

matie over een bepaald punt die op een bepaalde manier wordt gegeven, (naar verwachting) tot de andere partij zal doordringen. De in het arrest van 1 juni 1990 bedoelde voorlichting strekt er dus toe om de andere partij bewust te maken van de aan de borgtochtovereenkomst verbonden risico's.

De waarschuwingsplicht gaat ook in dat geval verder, want zij strekt mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan.

7.13.4 Het voorgaande illustreert dat het verschil tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht in een concreet geval subtiel kan zijn, zodat het in de praktijk wellicht lastig kan zijn om de grens tussen beide plichten af te bakenen (al blijkt dat probleem niet uit de in deze conclusie onder 5 besproken rechtspraak).

7.14 Voorts wordt, in *de derde plaats*, door enkele critici verondersteld dat aan het in 2009 gemaakte onderscheid ten grondslag ligt dat een bank bij de mededelingsplicht minder snel dan bij de waarschuwingsplicht een plicht heeft om te onderzoeken welke informatie de klant nodig heeft.[129] Hoewel de zaken *De T./Dexia* en *Levob/B.* feitelijk in dat beeld passen, meen ik dat een dergelijke conclusie niet aan die zaken kan worden verbonden. Dat in deze zaken in het kader van de mededelingsplicht geen onderzoek van de aanbieder van het effectenleaseproduct nodig was naar de informatiebehoefte van de klant, betekent niet dat daarvan nimmer sprake zou kunnen zijn.

7.15.1 In *de vierde plaats* wordt in de literatuur veelal verondersteld dat het onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht mede is ingegeven door de wens om bij de afwikkeling van effectenleasedossiers het rechtsgevolg vernietiging te vermijden zodat de afwikkeling zich zou richten op de bepaling van de schadevergoeding wegens schending van de zorgplicht, mede in het licht van de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer van het effectenleaseproduct (art. 6:101 BW). Hoewel dit wel op (voorzichtige) instemming kan rekenen,[130] wordt ook gewezen op mogelijke alternatieven om de gevolgen van (vernietiging wegens) dwaling te nuanceren.[131]

7.15.2 In hoeverre de zojuist bedoelde veronderstelling juist is, kan in het middel blijven.[132] Geconstateerd kan worden dat de kritiek op het in 2009 gemaakte onderscheid niet inhoudt, dat het onjuist zou zijn om de rechtsgevolgen van een schending van de zorgplicht of, eventueel, de mededelingsplicht waar mogelijk af te stemmen op de wederzijdse verantwoordelijkheid van partijen.

7.15.3 Vranken heef er overigens op gewezen, dat het resultaat waartoe de Hoge Raad in *De T./Dexia* en *Levob/B.* komt consistent is, in die zin dat alles wat in het kader van het oordeel over dwaling voor risico van de afnemer komt — dat met geleend geld is belegd en dat daaraan koers- en restschuldrisico's zijn verbonden (daargelaten de precieze aard en omvang ervan), alsmede de eis zich bij onduidelijkheid redelijke inspanningen te getroosten om de strekking van de overeenkomst te begrijpen — aan hem als eigen schuld dient te worden toegerekend. Daarmee geeft de Hoge Raad volgens Vranken aan dat bij het vaststellen wie uiteindelijk de schade moet dragen, uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid en het tekort schieten daarin van de consumenten van effectenlease-producten.[133]

7.16.1 In *de vijfde plaats* kan de vraag gesteld worden, of over de verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht anders moet worden gedacht indien tussen partijen een adviesrelatie bestaat. In de adviesrelatie mag de klant zich immers in beginsel verlaten op de juistheid van hetgeen hem door de adviseur wordt verteld.[134]

7.16.2 In *De T./Dexia* (rov. 4.4.5) is de opvatting verworpen dat Dexia een mededelingsplicht heeft geschonden doordat zij de waarschuwingsplichten heeft geschonden die voortvloeien uit de op haar rustende bijzondere zorgplicht.

Nu ging het in dit arrest om de bijzondere zorgplicht en niet specifiek om de zorgplicht van de adviseur. Dit hoeft niet relevant te zijn. Het arrest kán zo worden gelezen, dat hetgeen daarin wordt overwogen ziet op de bijzondere zorgplicht van de bank, ongeacht de grondslag waarop die zorgplicht in het concrete geval berust (zie hiervoor bij 7.2).

7.16.3 In andere arresten, gewezen na het arrest *De T./Dexia*, heeft de Hoge Raad gewezen op de betekenis van de adviesrelatie voor de van de cliënt te verwachten alertheid.

Uit HR 6 september 2013 (*Van U./NBG Finance*) volgt dat op degene die als beleggingsadviseur optreedt, een bijzondere zorgplicht rust tegenover de cliënt, mede ter bescherming van deze tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van

129 Pijls, *MvV* 2009, 10, p. 256-257; Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW B3), 2015/19.

130 Zie onder meer Lieverse, *JOR* 1999/199 nr. 10; Pijls, *MVV* 2009/10, p. 257; Van Boom, *JA* 2009/118 nr. 2. A.C.W. Pijls 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener' in F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh, 'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht, 2010, p. 190-191; B.T.M. Van der Wiel en I.J.F. Wijnberg, noot sub 6 onder Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, *JOR* 2016/37.

131 Zoals art. 6:230 en 6:278 BW. Zie Valk, *NTBR* 2009/29; Van Boom, *TvC* 2009, p. 239; Van Boom & Lindenbergh, *AA* 2010/3, p. 194-195; Pijls, *MVV* 2009/10, p. 257; Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519-520; Wallinga, *WPNR* 2016/7116, par. 3.3.

132 Voor zover het betreft de 'eega-problematiek' heeft de Hoge Raad vernietiging van effectenleaseovereenkomsten op grond van art. 1:88-1:89 BW mogelijk geacht. Voorts speelt inmiddels dat in bepaalde gevallen schending van art. 4:20 Wft tot vernietigbaarheid van de overeenkomst kan leiden (art. 6:193f onder e in verbinding met art. 6:193d lid 2, 6:193b lid 3 en 6:193j lid 3 BW). Zie C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, 2017, p. 347-348.

133 J.B.M. Vranken *NJ* 2012/184 nr. 14.

134 Vgl. *Asser/De Serrière 2-IV* 2018/762 op p. 997.

lichtvaardigheid. De cliënt mag in beginsel ervan uitgaan dat de dienstverlener die zorgplicht jegens hem naleeft. Hieruit volgt dat de cliënt bij een door de dienstverlener geadviseerde constructie minder snel bedacht hoeft te zijn op, en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in, niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenleaseproduct.[135]

Dit werkt ook door in de rechtsverhouding tussen Dexia en de afnemer van een effectenleaseproduct indien Dexia wist of behoorde te weten dat de daarbij optredende tussenpersoon, zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning, tevens als financieel adviseur is opgetreden.[136]

7.16.4 Het gaat in deze arresten echter niet om de mededelingsplicht of om de verhouding van de mededelingsplicht tot de waarschuwingsplicht, maar om de verdeling van de schade op de voet van art. 6:101 BW.

In *De T./Dexia* gaat het voorts om risico's die aan de klant zijn medegedeeld (maar waarvoor onvoldoende is gewaarschuwd). In de onder 7.16.3 bedoelde arresten gaat het daarentegen om niet-vermelde risico's. De adviesrelatie brengt mee dat de cliënt minder snel bedacht hoeft te zijn op en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenleaseproduct als bedoeld in het arrest *De T./Dexia*.

7.17 Uit deze rechtspraak volgt dus niet, dat de adviesrelatie als zodanig rechtvaardigt dat de klant minder alert is op aan hem medegedeelde risico's of dat hij zich minder inspanningen zou behoeven te getroosten om hetgeen hem is medegedeeld te begrijpen.

7.18 Nu wordt door sommige auteurs wel verdedigd dat het bestaan van een adviesrelatie, dan wel van een uit de zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht, ook een rol dient te spelen bij het bepalen van de mededelingsplicht. In *de zesde (en laatste) plaats* dient daarom te worden bezien of er reden is om het in de *De T./Dexia* en *Levob/B.* gemaakte onderscheid tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht te herzien dan wel te nuanceren. Ik bespreek dit in de volgende nummers.

Betekenis van een (uit een adviesrelatie voortvloeiende) zorgplicht voor de mededelingsplicht

7.19.1 Zowel vóór als na de arresten *De T./Dexia* en *Levob/B.* is verdedigd dat de zorgplichten van de aanbieder van een effectenleaseproduct (of van een bank) van invloed zijn op de mededelingsplicht van die partij.[137] Daartoe wordt, kort gezegd, beargumenteerd dat dezelfde omstandigheden het bestaan van de zorgplicht en het bestaan van een mededelingsplicht bepalen en dat zij een overeenkomstige beschermingsstrekking hebben. Deze invloed zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat, voor zover de zorgplicht mede wordt ingevuld aan de hand van de Wft en het Bgfo, het door de bank op grond van de Wft en het Bgfo te verrichten cliëntonderzoek mede bepaalt wat de bank weet of behoort te weten over de informatiebehoefte van de cliënt, wat de bank in het licht van die behoefte aan de cliënt moet mededelen en op welke wijze dat dient te gebeuren. Voor zover de zorgplicht een waarschuwingsplicht inhoudt, zou dit bijvoorbeeld ook van invloed kunnen zijn op de inhoud van de mededelingsplicht.

7.19.2 Castermans & Den Hollander zien verschillen tussen de mededelingsplicht en de Wft-verplichtingen: bij dwaling is het onderzoek gericht op de kennis van de dwalende en op wat de dwalende partij subjectief beweegt, terwijl het 'ken uw cliënt'-beginsel meer is gericht op de vraag of de transactie voor de cliënt in meer objectieve zin verantwoord is.[138] Maar zij betogen onder verwijzing naar onder meer HR 1 juni 1990 (genoemd in 6.15.5), dat de mededelingsplicht meer kan inhouden dan het enkel informeren van een partij in verband met de bescherming van die partij tegen eigen onvoorzichtigheid, en dat de dwalingsregeling via de verkeersopvattingen ruimte biedt om rekening te houden met publiekrechtelijke regelgeving bij het bestaan van een mededelingsplicht en de verdeling van het dwalingsrisico.[139] Deze auteurs:[140]

> "breken er een lans voor de mogelijkheid open te houden de dwalingsregeling in stelling te brengen in het financieel contractenrecht. De dwaling staat als wilsgebrek in het teken van de bescherming van de autonomie van de dwalende partij. Meer specifiek staat de mededelingsplicht in het teken van het voorkomen dat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken wordt gecontracteerd, in een mate die afhankelijk is van de verkeersopvattingen. Reflexwerking van publiekrechtelijke gedragsregels of de bijzondere zorgplicht, die vergen dat de ene partij de andere informeert over doorgaans voor die andere partij belangrijke aspecten van de transactie — waar nodig indringend en met een waarschuwing — zou deze functies

135 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, *NJ* 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van U./NBG Finance*).

136 Zie HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, *NJ* 2017/9, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*B/Dexia*) en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse.

137 S.B. van Baalen, Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten anno 2009?, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, 2009, p. 301-303 en in S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel* (diss. Groningen), 2006, p. 265 e.v.; Van Boom & Lindenbergh, *AA* 2010/3, p. 194; Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 520; M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW B3), 2015/19; Wallinga, *WPNR* 2016/7116, nr. 3.3.

138 A.G. Castermans & P.W. den Hollander, Dwaling tussen privaat- en publiekrecht, *WPNR* 2012/6940, nr. 3 (ook in O.O. Cherednychenko (red.), *Het publieke van het privaatrecht. Hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, 2013, p. 563 e.v.).

139 *WPNR* 2012/6940, nr. 4.

140 *WPNR* 2012/6940, nr. 6.

van de dwaling dienen en moeten dienen gelet op de maatschappelijke positie en verhouding van de financiële onderneming tot haar cliënt.
(…)
De precontractuele mededelingsplicht bij dwaling is eerst en vooral een hulpmiddel om in concreto vast te stellen of sprake is van rechtens relevante dwaling, in het licht van de omstandigheden van het geval en de verkeersopvattingen. In dat kader kan de mededelingsplicht de scherpe publiekrechtelijke gedragsregels en de bijzondere zorgplicht reflecteren, maar zonder het categorisch imperatief. Waar correctie nodig is in verband met nalatigheden aan de kant van de dwalende, biedt de regeling van dwaling ruime mogelijkheden, van het hanteren van de verkeersopvattingen bij de beoordeling van de dwaling tot het vaststellen van de gevolgen (gehele of gedeeltelijke vernietiging, wijziging van de gevolgen van de overeenkomst)."

7.19.3 Wallinga sluit zich aan bij het betoog van Castermans & Den Hollander en concludeert:[141]

"dat wanneer de bijzondere zorgplicht in de omstandigheden van het geval van de financiële instelling vereist dat zij de belegger in een bepaalde vorm waarschuwt, dat zulks ook verwacht zou kunnen worden op basis van de mededelingsplicht in het leerstuk van dwaling. Dat de mededelingslicht voor deze opvatting de benodigde ruimte biedt, is in de literatuur reeds door Castermans & Den Hollander betoogd. De informatieverplichting die uit de bijzondere zorgplicht wordt afgeleid, zou als een uitdrukking van de verkeersopvattingen als gezichtspunt kunnen dienen bij het bepalen van niet alleen of de mededelingsplicht bestaat, maar ook wat deze plicht in concreto van de instelling vergt. Daar komt bij dat het onder bepaalde omstandigheden eisen van financiële instellingen om meer te doen dan enkel informatie mededelen, lijkt aan te sluiten bij de strekking van de mededelingsplicht om bescherming te bieden tegen overhaaste en roekeloze beslissingen. De wederpartij uit de droom moeten helpen, lijkt van financiële instellingen te kunnen verlangen om de informatie, die nodig is voor het voorkomen van een onjuiste voorstelling van zaken, te verpakken in een uitdrukkelijke en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen gegeven waarschuwing."

7.20 Ook in het licht van deze argumenten, komt het in *De T./Dexia* en *Levob/B.* gemaakte onderscheid tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht — dat tot op zekere hoogte berust op een keuze tussen de omschrijving van en afbakening tussen beide plichten — mij als houdbaar voor. De mededelingsplicht gaat niet zover dat de klant gewaarschuwd moet worden.

7.21 Wel kan worden gezegd dat de invulling die in de effectenleasearresten arresten is gegeven aan de mededelingsplicht, niet model staat voor alle gevallen waarin mededelingen moeten worden gedaan over wezenlijke kenmerken en risico's van een bepaalde transactie. Men kan niet zeggen dat het verstrekken van schriftelijke productinformatie (in brochures, overeenkomsten en algemene voorwaarden en dergelijke) steeds voldoende zal zijn om te voldoen aan de mededelingsplicht. De inhoud van de mededelingsplicht is immers afhankelijk van de omstandigheden van het (soort) geval.

7.22 Via onder meer het gezichtspunt de aard van de rechtsverhouding (6.13) kan het bestaan van een adviesrelatie relevant zijn voor de mededelingsplicht.

Het kan zijn dat wat in het kader van de zorgplicht aan informatieverstrekking van de bank wordt gevergd, indicatief is voor het bestaan van wat de bank naar de verkeersopvattingen op een bepaald punt aan de klant moet mededelen. Maar naar mijn mening staat voorop dat wat de zorgplicht van de bank aan informatieverstrekking vergt, niet rechtstreeks vertaald kan worden naar wat de mededelingsplicht van de bank vergt. Zo kan de, mogelijk mede aan de hand van het toezichtrecht ingevulde, zorgplicht vereisen dat bepaalde informatie wordt gegeven, terwijl met betrekking tot die informatie geen mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 BW bestaat, omdat deze informatie niet (voor de bank kenbaar) van invloed is op de beslissing van de klant om de overeenkomst aan te gaan.[142]

De adviesrelatie als zodanig rechtvaardigt naar mijn mening niet dat de klant minder alert is op aan hem medegedeelde risico's of dat hij zich minder inspanningen zou behoeven te getroosten om hetgeen hem is medegedeeld te begrijpen (7.17). De adviesrelatie kan wel meebrengen dat in het concrete geval hogere eisen worden gesteld aan de informatieverschaffing door de bank in het kader van de mededelingsplicht. Zo kan de zorgplicht van de bank meebrengen dat de bank op bepaalde punten klantonderzoek dient te doen (7.5). Kennis die de bank heeft opgedaan in het kader van dit onderzoek, kan onder omstandigheden relevant zijn voor haar mededelingsplicht, namelijk wanneer dit onderzoek — ook indien dit onderzoek niet dáárop was gericht — de bank informatie heeft opgeleverd die voor haar relevant is om te beoordelen welke eigenschappen van het product essentieel zijn voor de klant en hoe zij de klant het beste kan informeren.

8 Samenvatting van 6 en 7. De mededelingsplicht bij renteswapovereenkomsten

8.1 Ik vat het in de paragrafen 6 en 7 behandelde kort samen.

8.2 In verband met de mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW, dient de

141 Wallinga, *WPNR* 2016/7116, nr. 3.4.

142 Ik verwijs naar mijn conclusie sub 3.38.2 voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Vgl. hierover K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519.

rechter te beoordelen of een mededeling is (of mededelingen zijn) gedaan waarvan de wederpartij (de bank) in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs mag aannemen dat zij geschikt is (zijn) om het daarmee beoogde doel — het voorkómen of wegnemen van een bij de andere partij (de klant) bestaande onjuiste voorstelling van zaken — te bereiken (6.17).

8.3 Daartoe is een in de omstandigheden van het geval voldoende duidelijke mededeling vereist (6.15.1), waarvan de intensiteit — enkel mededelen, ergens op wijzen, voorlichten over risico's (6.15.6) — kan variëren.

Bezien vanuit de vraag welke inspanning van de bank wordt verwacht om te voldoen aan haar mededelingsplicht en om te voldoen aan haar eventuele uit haar zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht, kan gezegd worden dat beide plichten zich op een glijdende schaal bevinden, waarbij eerder is voldaan aan de mededelingsplicht dan aan de verder strekkende waarschuwingsplicht. Naar mate in de omstandigheden van het geval meer eisen worden gesteld aan de mededelingsplicht, schuift de mededelingsplicht wel op in de richting van de waarschuwingsplicht (7.13.1-7.13.2). De mededelingsplicht omvat echter niet ook een waarschuwingsplicht (7.9).

De mededelingsplicht strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken. Zij strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij ongeïnformeerd — zonder de moeite te hebben genomen om zich voldoende te informeren over de kenmerken of risico's van de transactie — contracteert. De waarschuwingsplicht gaat verder dan de mededelingsplicht, want zij strekt mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan. De waarschuwingsplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij, hoewel geïnformeerd, lichtvaardig omgaat met de risico's die aan het contract zijn verbonden (7.9 en 7.11.2).

8.4 De invulling die in de effectenleasearresten uit 2009 is gegeven aan de mededelingsplicht, staat niet model voor alle gevallen waarin mededelingen moeten worden gedaan over wezenlijke kenmerken en risico's van een bepaalde transactie (7.21). Tot welke mededeling de bank verplicht is — en dus ook of kan worden volstaan met het verstrekken van schriftelijke informatie — hangt af van de omstandigheden van het geval.

8.5 De vraag of een mededelingsplicht bestaat en de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is, kunnen in elkaar overlopen (6.19) en tot op zekere hoogte is de beantwoording ervan afhankelijk van dezelfde gezichtspunten (6.13 en 6.18.1). Nu in de onderhavige zaken door de bank bepaalde mededelingen zijn gedaan over de wezenlijke kenmerken en risico's van renteswaps, gaat het vooral om de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is. Wat daartoe precies is vereist, hangt af van de omstandigheden van het geval.

8.6 In het algemeen kan daarover naar mijn mening het volgende worden gezegd als het gaat om renteswapovereenkomsten tussen banken en ondernemingen in het MKB (die niet kwalificeren als een professionele partij in de zin van de Wft).

1. Een renteswap die wordt afgesloten ter afdekking van het renterisico van een variabelrentende lening is een ingewikkeld product. De bank heeft daarover meer kennis in huis dan de gemiddelde ondernemer in het MKB.[143] De verwezenlijking van aan een dergelijke renteswap verbonden risico's kan voor de klant aanzienlijke (financiële) gevolgen meebrengen.[144] De bank zal daarom een in de omstandigheden van het geval voldoende duidelijke mededeling over de wezenlijke kenmerken en risico's van de desbetreffende renteswap moeten doen.

2. Indien de bank mededelingen doet in de vorm van documenten (de schriftelijke overeenkomst, algemene voorwaarden, brochures e.d.), mag van de klant — ook als hij door de bank wordt geadviseerd (7.17) — een redelijke inspanning worden verwacht om van de aan hem verstrekte contractsdocumentatie kennis te nemen (6.18.1, 6.23). Deze redelijke inspanning houdt in het algemeen in, dat verstrekte documentatie wordt gelezen op zodanige wijze dat de klant zich van de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie op de hoogte stelt, althans dat hij zich daarvan in zodanige mate een beeld vormt dat hij eventuele vragen die hij nog heeft over de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie aan de wederpartij kan stellen en stelt (6.24).

3. Vervolgens moet worden beoordeeld of de klant die zich een dergelijke redelijke inspanning getroost om van de inhoud van de documentatie kennis te nemen, daarmee het vereiste inzicht in de wezenlijke kenmerken en risico's van de transactie verkrijgt. Dit hangt af van verschillende omstandigheden (6.25), waaronder de volgende. Ten eerste de aard en toegankelijkheid van de in de documentatie geboden informatie.[145] Ten tweede de kennis, deskundigheid of ervaring die in het algemeen nodig zal zijn om bepaalde informatie te begrijpen, althans in zoverre te begrijpen dat het besef kan ontstaan dat het nodig is om over een bepaald kenmerk of risico van de transactie een vraag te stellen aan de wederpartij.[146]

143 Vgl. de gezichtspunten de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen, het type contract, de deskundigheid over en weer, en de complexiteit (6.13); de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, de aard en inhoud van de overeenkomst (6.18.1); de aard en complexiteit van de transactie (6.25).

144 Vgl. de gezichtspunten en importantie van de informatie en de aard van de betrokken belangen (6.13).

145 Vgl. het gezichtspunt vorm, inhoud en presentatie van de mededeling (6.18.1).

146 Vgl. de gezichtspunten het type contract, de deskundigheid over en weer, en de complexiteit (6.13); de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, de aard en inhoud van de overeenkomst (6.18.1); de aard en complexiteit van de transactie (6.25).

4. Naast, maar ook met het oog op de beoordeling van, de schriftelijke informatie is relevant het eventuele (mondelinge) contact over de transactie of bepaalde kenmerken of risico's daarvan dat partijen hadden, hetgeen daarbij is gezegd, en of dit contact voorafgaand aan, gelijktijdig met of na het verstrekken van bepaalde documentatie plaatsvond (6.25).[147] Alle (schriftelijke en/of mondelinge) mededelingen van de bank over de desbetreffende transactie dienen in onderling verband te worden beoordeeld.
5. Het bestaan van een adviesrelatie tussen de bank en de klant ter zake van de renteswap kan relevant zijn.[148] De adviesrelatie kan meebrengen dat in concrete gevallen hogere eisen worden gesteld aan de informatieverschaffing door de bank in het kader van de mededelingsplicht. Zo kan het klantonderzoek dat de bank heeft gedaan in het kader van haar zorgplicht — ook indien dit onderzoek niet dáárop was gericht — de bank informatie hebben opgeleverd die voor haar relevant is om te beoordelen welke eigenschappen van het product essentieel zijn voor de klant en hoe zij de klant het beste kan informeren (7.22).
8.7 Uiteraard zijn ook andere omstandigheden van belang en kunnen de hiervoor genoemde omstandigheden in een concreet geval geen of een ander gewicht in de schaal leggen dan werd aangegeven. De geboden handvatten voor de beoordeling van de mededelingsplicht kunnen kortom niet afdoen aan de noodzaak om elk geval te beoordelen aan de hand van de individuele omstandigheden ervan.

9 Beantwoording vraag 1

9.1 Aan de eerste prejudiciële vraag legt de rechtbank ten grondslag een verschil van inzicht over de vraag of en, zo ja, in hoeverre de bancaire zorgplicht, in het bijzonder de waarschuwings- en onderzoeksplicht en/of informatieplichten uit hoofde van de Wft en het Bgfo, doorwerken in de aard en reikwijdte van de mededelingsplicht. De rechtbank wenst duidelijkheid te verkrijgen of de lijn van de rechtbank de juiste is of de andere, strengere benadering van het gerechtshof Amsterdam.[149]
9.2 De vraag luidt:

Is aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost de wezenlijke kenmerken en risico's van een rentederivaat als het onderhavige kunnen worden afgeleid die aan de dwaling ten grondslag worden gelegd, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging?

Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T./Dexia*) ontwikkelde jurisprudentie?

9.3 Het antwoord op het eerste gedeelte van deze vraag luidt mijns inziens bevestigend, met een kanttekening die berust op de achtergrond waartegen de vraag is gesteld.

Enerzijds vereist de mededelingsplicht niet dat de bank de klant *waarschuwt* tegen het lichtvaardig op zich nemen van risico's die zijn verbonden aan het desbetreffende rentederivaat. Anderzijds is denkbaar dat om te voldoen aan de mededelingsplicht, voldoende is dat de relevante informatie alleen is gegeven in algemene productinformatie.[150]

Maar bij dit laatste moet worden bedacht dat aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of het geval zich voordoet, dat is voldaan aan de mededelingsplicht doordat in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost om van deze informatie kennis te nemen, de aan de dwaling ten grondslag gelegde wezenlijke kenmerken en risico's[151] van het desbetreffende rentederivaat kunnen worden afgeleid. Het is immers ook denkbaar dan in bepaalde gevallen meer is vereist om aan de mededelingsplicht te voldoen.

Het tweede deel van de eerste vraag behoeft geen afzonderlijke beantwoording.

10 Dwaling en nadeel (vragen 2 en 3)

Vragen 2 en 3

10.1 De met elkaar samenhangende vragen 2 en 3 zijn gerezen naar aanleiding van de verweren van ABN AMRO en Rabobank in deze procedures. ABN AMRO heeft aangevoerd dat de kenmerken en risico's waarop het dwalingsberoep van de cliënt in deze procedure is gegrond — het gebrek aan flexibiliteit/de negatieve waarde en/of de marginverplichtingen — zich (i) niet hebben verwezenlijkt omdat tussentijdse aflossing van de lening gedurende de looptijd van de swap niet aan de orde is geweest (dit betreft het gebrek aan flexibiliteit/de negatieve waarde) en (ii) zich niet zullen verwezenlijken omdat de bank geen uitvoering heeft gegeven en niet zal geven aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd (dit betreft de marginverplichtingen).[152] Rabobank heeft in de andere procedure een vergelijkbaar verweer gevoerd.[153]

147 Vgl. de gezichtspunten de aard van de rechtsverhouding (6.13), de vorm, inhoud en presentatie van de mededeling, en de wijze van totstandkoming (6.18.1).
148 Vgl. het gezichtspunt de aard van rechtsverhouding (6.13, 6.25).
149 Zie rov. 2.7 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 2.8 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.
150 Vgl. rov. 2.7 onder a van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 2.8 onder a van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.
151 De vraag ziet niet op de situatie dat is gedwaald over niet-wezenlijke kenmerken en risico's van het derivaat.
152 Zie rov. 4.14-4.16 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*.
153 Zie rov. 4.13-4.15 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

10.2 Met *vraag 2(a)* wenst de rechtbank in wezen te vernemen of in een dergelijk geval met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan, dat wil zeggen een beroep dat leidt tot vernietiging van de overeenkomst.[154]

De vraag omvat zowel het geval dat de klant door de feitelijke ontwikkelingen als door de opstelling van de bank geen nadeel ondervindt. De vraag ziet onder meer op, maar is niet beperkt tot, de mogelijke negatieve waarde of marginverplichting. Het nadeel betreft hier kennelijk een nadeel van financiële aard (vgl. hierna in 10.21.1), dus een nadeel dat zich op de een of ander manier vertaalt in geldelijke gevolgen voor de klant van de bank.

De vraag gaat ervan uit dat de door de dwalende klant gestelde omstandigheid waarop zijn onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft, op geen enkele manier enig nadelig gevolg voor hem heeft (gehad) of kan hebben.

10.3 Men kan de door vraag 2(a) aan de orde gestelde kwestie bezien vanuit de in art. 6:228 BW aan een beroep op dwaling gestelde vereisten (vergelijk *vraag 2(b)*) of vanuit de rechtsgevolgen van dwaling, respectievelijk het verval van de mogelijkheid van vernietiging bij een afdoende voorstel om het nadeel op te heffen (vergelijk *vraag 2(c) (ii)*) en het bestaan van een andere belemmering voor een beroep op vernietiging (vergelijk *vraag 3*).

10.4 *Vraag 2(c)(ii)*[155] betreft de betekenis van de afwezigheid van nadeel voor een succesvol beroep op vernietiging. Volgens de rechtbank verhouden het uitgangspunt dat nadeel niet vereist is voor een geslaagd beroep op dwaling en het bepaalde in art. 6:230 BW zich namelijk slecht tot elkaar. In deze sleutel staat ook *vraag 2(b)*.

Vraag 2(c)(ii) is er niet op gericht om te vernemen of het nadeel voldoende is opgeheven in de zin van art. 6:230 BW[156] als de bank de bepalingen op grond waarvan zij de negatieve marktwaarde in rekening had kunnen brengen, buiten toepassing verklaart.

10.5 In (althans) de zaken waarin de prejudiciële vragen zijn gesteld, zoekt de rechtbank de oplossing namelijk niet in de mogelijke toepassing van art. 6:230 BW. Zoals ook blijkt uit de verschillende varianten van *vraag 3*, zoekt de rechtbank de oplossing in de mogelijkheid om in te grijpen in een in beginsel bestaande bevoegdheid van de klant om de rentederivaatovereenkomst op grond van art. 6:228 BW te vernietigen.

De rechtbank is van oordeel dat deze mogelijkheid in het in vraag 2(a) bedoelde geval van het ontbreken van enig nadeel zich beginsel aandient.[157] Daarbij wijst de rechtbank op verschillende corrigerende mechanismes die daartoe mogelijk zouden kunnen worden gebruikt (art. 3:13, 3:303 en 6:2 lid 2 respectievelijk 6:248 lid 2 BW).

10.6 *Vraag 2(c)(i)* stelt aan de orde hoe in een geval als bedoeld in vraag 2(a) het causale verband moet worden beoordeeld.[158]

10.7 Volgens de rechtbank is in veel zaken aan de orde dat de betrokkene een beroep doet op dwaling onder verwijzing naar een voor zijn of haar situatie niet relevante bepaling in de algemene productinformatie of een voor hem of haar niet relevant productkenmerk.[159]

De vragen 2 en 3 betreffen niet de feitelijke beoordeling of zich in deze zaak de in vraag 2(a) bedoelde situatie voordoet.

10.8 Alvorens de vragen te beantwoorden, schets ik het juridisch kader.

Nadeel is geen vereiste

10.9 Blijkens de (ook door de rechtbank vermelde) rechtspraak van de Hoge Raad is voor een beroep op de in art. 6:228 BW vermelde vernietigingsgrond niet vereist dat degene die zich daarop beroept, door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van het wilsgebrek is benadeeld. Wel is vereist dat de betrokkene de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, als de dwaling niet had plaatsgehad.[160]

10.10 Bij dwaling is nadeel geen vereiste,[161] omdat de regeling van dit wilsgebrek gericht is op het redresseren van een gebrekkig gevormde wil bij de totstandkoming van een rechtshandeling. Bij de beoordeling of van een wilsgebrek sprake is, moet worden gekeken naar de wijze van totstandkoming van de rechtshandeling en niet zozeer naar de in-

154 De rechtbank vraagt of 'met vrucht' een beroep op dwaling kan worden gedaan.

155 Zie rov. 2.10 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO;* rov. 2.12 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

156 De rechtbank verwijst naar art. 6:230 lid 2 BW, maar ik lees daarin geen beperking in de zin dat het eerste lid van dit artikel niet relevant zou zijn bij de beantwoording van de vraag.

157 Zie rov. 2.9 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 2.11 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

158 Blijkens rov. 2.8 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO* en rov. 2.11 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*, speelt causaliteit niet bij de andere vragen van vraag 2.

159 Rov. 2.9 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 2.10 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

160 Hetzelfde geldt voor de in art. 3:44 BW vermelde vernietigingsgronden. Zie HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, *NJ* 2009/398 (*[…]/De Alternatieve*), rov. 3.4.2. Zie voorts o.m. HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95, *JIN* 2017/53 m.nt. G. te Winkel, *JOR* 2017/120 m.nt. C. Spierings, rov. 3.3. Zie voorts Jac. Hijma, *Groene Serie verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.3.2.

161 Dit is heersende leer. Zie bijvoorbeeld A.S. Hartkamp, Misbruik van omstandigheden en benadeling, *NJB* 1972, p. 378, onder verwijzing (in voetnoot 15) naar P.A. Stein, *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen*, diss. 1957, p. 179; C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, diss. 1960, p. 50; de annotatie van W.C.L. van der Grinten bij HR 29 mei 1964, ECLI:NL:HR:1964:AC4462, *NJ* 1965/104 (*Van Elmbt/Feierabend*) in *AA* 1965, nr. 9, p. 236-237; Hofmann-Van Opstall I 1959, p. 395; Toelichting Meijers p. 192 (*Parl. Gesch. Boek 3 NBW*, p. 210). Zie ook P. Abas, *De beperkende werking van de goede trouw*, diss. 1972, p. 86.

houd of uitvoering van die rechtshandeling.[162] De aanwezigheid van nadeel kan overigens een aanwijzing zijn dat is voldaan aan de wel in art. 6:228 BW genoemde vereisten, zoals het causale verband en de kenbaarheid daarvan.[163]

Rechtsgevolgen: vernietigbaarheid en opheffing van nadeel (art. 6:230 BW)

10.11 Art. 6:228 BW vermeldt als rechtsgevolg van dwaling dat de overeenkomst vernietigbaar is. De uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid is een wilsrecht dat toekomt aan de dwalende.[164] De rechter heeft (behoudens de werking van art. 6:230 BW) niet de discretionaire bevoegdheid om te bewerkstelligen dat bij een geslaagd beroep op dwaling vernietiging achterwege blijft.[165]

10.12 De bevoegdheid tot vernietiging op grond van art. 6:228 BW vervalt indien toepassing wordt gegeven aan art. 6:230 lid 1 BW.

10.13.1 In de eerste plaats vervalt de vernietigingsbevoegdheid wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt op afdoende wijze opheft (art. 6:230 lid 1 BW). Aangenomen wordt dat het wijzigingsvoorstel, mits onverwijld, nog tijdig kan worden gedaan nadat de vernietigingsverklaring is uitgebracht, omdat de bepaling anders geen praktisch nut zou hebben.[166]

10.13.2 Als het voorstel het nadeel op afdoende wijze opheft, dan heeft dit — van rechtswege — het gevolg dat de dwalende de overeenkomst niet kan vernietigen. Daarvoor is niet vereist dat de dwalende het voorstel accepteert.[167]

10.13.3 Een wijzigingsvoorstel kan besloten liggen in de omstandigheid dat de wederpartij de overeenkomst uitvoert zoals de vernietigingsbevoegde dat onder invloed van dwaling voor ogen had, zodat de vernietigingsbevoegde geen nadeel ondervindt van zijn dwaling. Een wijzigingsvoorstel kan immers ook blijken uit een gedraging van de wederpartij (vgl. art. 3:37 lid 1 BW).[168]

10.14 In de tweede plaats kan de rechter op verlangen van een van de partijen, in plaats van een vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst wijzigen ter opheffing dit nadeel (art. 6:230 lid 2 BW). Dit is een discretionaire bevoegdheid van de rechter.[169] Een beroep op art. 6:230 lid 2 BW hoeft niet expliciet te worden gedaan, maar kan ook besloten liggen in de stellingen van partijen.[170]

10.15.1 Art. 6:230 BW beoogt (evenals de soortgelijke regeling voor misbruik van omstandigheden in art. 3:54 BW)[171] tegemoet te komen aan de behoefte om, waar zulks redelijk is, de overeenkomst met opheffing van het door de benadeelde geleden nadeel in stand te laten, hetzij in het belang van de wederpartij, hetzij in het belang van de benadeelde.[172] Evenals art. 3:53 lid 2 BW (inhoudende dat de rechter desgevraagd aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking kan ontzeggen) strekken de regels van art. 3:54 en 6:230 BW ertoe "de gevolgen van een vernietigbaarheid te matigen of eventueel op te heffen, wanneer de over en weer staande belangen van de betrokken partijen daartoe aanleiding geven".[173] Het veel ingrijpender middel van vernietiging kan dan achterwege blijven.[174] Zo beschouwd, biedt art. 6:230 BW zowel de wederpartij als de dwalende een minder ingrijpend alternatief voor vernietiging.[175]

10.15.2 Art. 6:230 BW geeft dus uitdrukking aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.[176] In bepaalde gevallen is niet vernietiging, maar een minder vérstrekkend alternatief, wijziging van de overeenkomst, de meest passende reactie op het bestaan van dwaling.

10.15.3 De in de parlementaire geschiedenis genoemde strekking om "de gevolgen van een vernietigbaarheid te matigen of eventueel op te heffen" betreft niet alleen de vraag of de vernietigingsbevoegdheid kan komen te vervallen (vgl. art. 6:230 BW), maar ook, indien de vernietigingsbevoegdheid bestaat, de vervolgvraag welke gevolgen worden verbonden aan de vernietiging. Wat dit laatste betreft kan worden gewezen op mechanismes om de reikwijdte van de vernietiging (art. 3:41 BW) of de gevolgen van vernietiging te beperken (art. 3:53 lid 2 BW). In het verlengde daarvan kunnen de gevolgen van vernietiging zich ook manifesteren in de verschillende gedaanten van de verbintenissen uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 en 6:210 BW)

162 Vgl. M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/2.
163 Zie I.H. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden*, diss. 2013, p. 144-150; Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/2.
164 P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW, aant. 3 en 5. Zie art. 3:50 lid 1 BW.
165 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 225; P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:51 BW, aant. 3.
166 Zie o.a. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/630.
167 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 10.
168 Zie ook M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/82.
169 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 19.
170 Vgl. HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2509, *NJ* 1998/659 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.6; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/633.
171 De wetgever heeft het niet wenselijk geacht om een vergelijkbare regeling te treffen bij bedrog en bedreiging als bedoeld in art. 3:44 BW, omdat de bedrogene en bedreigde niet gedwongen behoren te worden om — zelfs na opheffing van de benadeling — de relatie met de wederpartij, ondanks diens bedenkelijke gedrag, voort te zetten. Dit bezwaar speelt volgens de wetgever niet bij dwaling, omdat van zodanig bedenkelijk gedrag bij dwaling, nog minder dan bij misbruik van omstandigheden, geen sprake behoeft te zijn. Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 914.
172 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6 NBW*, p. 914.
173 Zie Eindverslag I, *Parl. Gesch. Boek 3 NBW*, p. 240.
174 Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, *NJ* 2013/256 m.nt. Jac. Hijma (*Holle Bolle Gijs*), rov. 3.5, onder verwijzing naar T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 NBW*, p. 241.
175 Vgl. de noot van Jac. Hijma in *NJ* 2013/256 onder nr. 10 (i).
176 Vgl. A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten (Mon. BW A10), 2003/35-38.

die omstaan als gevolg van de vernietiging van de overeenkomst.[177]

10.16 Procedureel is het zo dat hetzij de wederpartij (lid 1), hetzij, op verlangen van één van partijen, de rechter (lid 2) de vernietigingsbevoegdheid kan doen vervallen door (het doen van een voorstel tot afdoende) wijziging van de overeenkomst. De dwalende kan toepassing van art. 6:230 BW niet afdwingen,[178] al heeft hij wel de optie om af te zien van vernietiging en te trachten zijn schade (nadeel),[179] zo daartoe gronden zijn, te verhalen op basis van onrechtmatige daad.[180]

10.17 Materieel geldt dat nadeel geen vereiste is voor het ontstaan van de vernietigingsbevoegdheid (art. 6:228 BW), maar dat de vernietigingsbevoegdheid kan vervallen als nadeel aanwezig is én dit nadeel afdoende kan worden opgeheven (art. 6:230 BW).

10.18 Art. 6:230 BW regelt aldus één van drie denkbare situaties, namelijk (i) er is nadeel dat afdoende kan worden opgeheven. De bepaling regelt niet de andere situaties, te weten (ii) er is nadeel dat niet afdoende kan worden opgeheven en (iii) er is geen nadeel.

10.19 Voor de toepassing van art. 6:230 BW wordt ter afbakening van de gevallen (i) en (ii), waarin het nadeel wel respectievelijk niet afdoende kan worden opgeheven, in de literatuur veel gewerkt met het door Hijma ontwikkelde onderscheid tussen 'localiseerbaar nadeel' en 'alomvattend nadeel'.[181] A-G Bakels heeft dit onderscheid als volgt opgehelderd:

> "Onderscheid moet worden gemaakt tussen gevallen waarin het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt bestaat uit de gelding van die overeenkomst zelf (alomvattend nadeel) en gevallen waarin dat nadeel kleeft aan een bepaald beding of verbintenis uit die overeenkomst (localiseerbaar nadeel). Een voorbeeld van het eerste is dat iemand onder invloed van bijvoorbeeld wederzijdse dwaling een zaak verkoopt die hij bij een juiste voorstelling had willen behouden; een voorbeeld van het laatste is dat de verkoper onder invloed van die onjuiste voorstelling een te lage prijs bedingt of de koper een te hoge prijs aanvaardt. Als het nadeel 'alomvattend' is, bestaat geen aanleiding tot wijziging van de overeenkomst en is vernietiging de enige zinvolle mogelijkheid. Slechts in gevallen van localiseerbaar nadeel kan de rechter gebruik maken van zijn bevoegdheid tot wijziging."[182]

10.20 Bij een localiseerbaar nadeel rijst de vraag hoe dit afdoende kan worden opgeheven. In de literatuur worden verschillende opvattingen verdedigd over hoe en naar welk moment het nadeel vastgesteld moet worden (het moment van het sluiten van de overeenkomst, van het wijzigingsvoorstel of van het wijzigingsvonnis).[183]

Een 'afdoende' voorstel[184] houdt volgens sommige auteurs in dat de dwalende moet worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien hij niet had gedwaald;[185] Van Schaick spreekt in dit verband van de 'hypothetische overeenkomst'.[186] Andere auteurs gaan ervan uit dat de dwalende moet worden gebracht in de situatie die hij in zijn dwaling had verwacht.[187]

10.21.1 Een alomvattend nadeel kan niet worden opgeheven. Een dergelijk nadeel kan financieel of niet-financieel van aard zijn.[188] Er kan ook sprake

177 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/635.

178 Zie hierover ook Jac. Hijma, Koopprijsvermindering, *WPNR* 2018/7202.

179 De schade kan meer omvatten dan het nadeel. Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/630.

180 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/629-630.

181 Zie Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. 1988, p. 184. Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/629; W.L. Valk, *T&C BW*, art. 6:230 BW, aant. 2; M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. 1991, p. 49; A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. 1992, p. 132; M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, diss. 1996, p. 326; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Wijziging van de koopprijs door de rechter. Enige kanttekeningen bij HR 12 mei 1989, *RvdW* 1989,129, *WPNR* 1989/5928, p. 504; D.L.M. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 7.1; M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/83.

182 Zie nr. 2.15 van de conclusie A-G Bakels vóór HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7321, *NJ* 2002/106 (*[…]*//*[…]*).

183 Zie voor een beknopt overzicht van deze discussie: D.L.M. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 8.1 en M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/83. Van Schaick is van mening dat bij de berekening van het nadeel ingevolge art. 6:230 BW ook het actuele belang moet worden meegenomen, terwijl Hijma, Hesselink, Hartlief, Tjittes en Peletier van opvatting zijn dat moet worden aangeknoopt bij het moment van de totstandkoming van de overeenkomst. Zie A.C. van Schaick, Wijzigingsbevoegdheden, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, 1993, p. 224; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. 1988, p. 186; M.W. Hesselink, Vragen bij toepassing van artikel 6:230 BW (I), *WPNR* 1995/6191, p. 542; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Wijziging van de koopprijs door de rechter. Enige kanttekeningen bij HR 12 mei 1989, *RvdW* 1989,129, *WPNR* 1989/5928, p. 504; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie: over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht*, diss. 1999, p. 43.

184 Zie voor een beknopt overzicht van deze discussie: M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/83; D.L.M. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 8.1.

185 Zie o.a. A.C. van Schaick, De overschatting van art. 6:230 lid 2 BW, *WPNR* 2003/6550, p. 776; W.L. Valk, *T&C BW*, art. 6:230 BW, aant. 2; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Wijziging van de koopprijs door de rechter. Enige kanttekeningen bij HR 12 mei 1989, *RvdW* 1989,129, *WPNR* 1989/5928, p. 504; M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie: over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht*, diss. 1999, p. 41.

186 Een voorbeeld uit de rechtspraak waarbij bij toepassing van art. 6:230 BW is aangeknoopt bij de hypothetische overeenkomst is HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7321, *NJ* 2002/106. Zie hierover M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/84.

187 Vgl. A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. 1992, p. 133; R.H.J. van Bijnen, Wijziging van de overeenkomst na wederzijdse dwaling, *NTBR* 2004/2, p. 105-111.

188 Vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/630.

van zijn wanneer de wederpartij de dwaling op verwijtbare wijze in de hand heeft gewerkt en de vernietigingsbevoegde niet instemt met toepassing van art 6:230 BW.[189] In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat in deze gevallen een beroep op het artikel van de hand moet worden gewezen, omdat het nadeel zich slechts 'afdoende' laat opheffen door vernietiging van de overeenkomst.[190]

10.21.2 Waar het in alle gevallen van alomvattend nadeel op aan komt, is dat de dwalende de overeenkomst in zijn geheel niet (dus ook niet op gewijzigde voorwaarden) zou hebben gesloten indien hij van een juiste voorstelling van zaken was uitgegaan.[191] Dit verwijst naar het causale verband tussen de onjuiste voorstelling van zaken en het aangaan van de overeenkomst. Dit is achteraf soms moeilijk te beoordelen. Naar mijn mening wordt een handvat geboden door A-G Bakels, die het onderscheid tussen alomvattend en localiseerbaar nadeel vertaalde naar nadeel dat bestaat uit de gelding van die overeenkomst zelf en het nadeel dat kleeft aan een bepaald beding of verbintenis uit die overeenkomst.

10.22.1 Ik merk, afrondend, nog het volgende op. De banken lijken het toepassingsgebied van art. 6:230 BW te beperken tot gevallen waarin de overeenkomst nog loopt en gevolgen heeft voor een der partijen, terwijl de bepaling niet zou zien op overeenkomsten die volledig zijn uitgevoerd en niet meer tot nadeel zou kunnen leiden.[192] Zij betrekken dit betoog op de gevallen waarop de prejudiciële vragen 2 en 3 zien, maar ik bespreek het in algemene zin. Ik denk dat deze benadering niet behulpzaam is.

10.22.2 Art. 6:230 BW ziet op het geval dat overeenkomst die onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, leidt tot nadeel dat zich leent voor opheffing. De vraag of dit nadeel zich alleen kan voordoen tijdens de looptijd van de overeenkomst of ook na uitvoering, staat los daarvan. Zo is de koopovereenkomst voor een zaak waarbij de koper heeft gedwaald over een voor de waarde van de zaak relevant kenmerk van de zaak, na eigendomsoverdracht en aflevering van de zaak (art. 7:9 BW) en betaling van koopprijs (art. 7:26 BW) uitgevoerd in de zin dat deze verbintenissen uit de overeenkomst door nakoming teniet zijn gegaan.[193] Maar in dit geval is nog steeds sprake van een uit de overeenkomst voortvloeiend nadeel dat ophefbaar zou kunnen zijn. Bij duurovereenkomsten geldt hetzelfde. Het zojuist gegeven voorbeeld zou ook kunnen spelen als in een distributieovereenkomst met prijscondities voor toekomstige leveranties van door partijen gespecificeerde zaken, door de distribiteur/koper wordt gedwaald over een waardebepalend kenmerk van die zaken.[194]

Looptijd en uitvoering van de overeenkomst moeten dus worden onderscheiden van de eventuele (nadelige) gevolgen ervan.[195]

10.23 Na deze bespreking van art. 6:228 en 6:230 BW kan het volgende worden geconstateerd met het oog op de door de rechtbank gestelde prejudiciele vragen.

10.24 Ten eerste: betekent de rol die nadeel speelt in art. 6:230 BW dat aanwezigheid van nadeel indirect toch een vereiste is voor vernietiging wegens dwaling?[196] Dat is niet het geval.

Art. 6:230 BW ziet alleen op de situatie (i) met nadeel dat afdoende kan worden opgeheven. In deze situatie van 'ophefbaar nadeel' is nadeel geen vereiste voor het ontstaan van de vernietigingsbevoegdheid, maar kan de vernietigingsbevoegdheid onder omstandigheden komen te vervallen.

Indien er (ii) nadeel is dat niet afdoende kan worden opgeheven of indien er (iii) geen nadeel is, bestaat de vernietigingsbevoegdheid, ongeacht de aan- of afwezigheid van nadeel.

10.25 Ten tweede: wat is de betekenis van afwezigheid van nadeel voor de bevoegdheid van de dwalende om zich te beroepen op de vernietigbaarheid van de overeenkomst, nu nadeel geen vereiste is voor het ontstaan van de bevoegdheid?

Het is duidelijk dat deze situatie niet wordt geregeld door art. 6:228 BW (dat geldt ongeacht de aan- of afwezigheid van nadeel) noch door art. 6:230 BW (dat slechts geldt bij 'ophefbaar nadeel'). Deze situatie moet daarom worden beoordeeld aan de hand van de hierna te bespreken correctiemechanismes.

Geen beroep op vernietiging wegens dwaling bij ontbreken nadeel?

10.26 Hoe moet worden omgegaan met het door de rechtbank bedoelde geval dat vaststaat dat de door de dwalende klant gestelde omstandigheid waarop zijn onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft, op geen enkele manier enig nadelig gevolg voor hem heeft (gehad) of kan hebben? Ik be-

189 Zie D.L.M. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 7.2-7.3.

190 Zie Nota II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1171.

191 D.L.M. Dankers-Hagenaars, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 7.1.

192 S.o. ABN AMRO nrs. 147 en 140; s.o. Rabobank nrs. 137 en 130.

193 Al is denkbaar dat in een dergelijk geval de conformiteitsverbintenis (art. 7:17 BW) niet is nagekomen.

194 Of in de gegeven voorbeelden is voldaan aan de vereisten voor een geslaagd beroep op dwaling, kan in het midden blijven.

195 Vgl. T.M., *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969-970, waarin wordt opgemerkt dat de tekst van art. 6:258 BW niet in de weg staat van toepassing op een overeenkomst die reeds is uitgevoerd, al zal herziening van een reeds geheel uitgevoerde overeenkomst slechts zelden in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid zijn.

196 Vgl. hieromtrent A.C. van Schaick, Wijzigingsbevoegdheden, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, 1993, p. 230-231 (De eis van nadeel geldt niet, maar het nadeel moet wel objectiveerbaar zijn. Wie dergelijk nadeel vergeet te stellen, kan worden geconfronteerd met een (financieel neutraal) wijzigingsvoorstel van de wederpartij); L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van de redelijkheid en billijkheid*, 2005, p. 85 e.v. (die pleit voor een 'ontkoppelde' visie op de verhouding tussen art. 6:228 en 6:230 BW, waarin het normatieve zwaartepunt ligt bij de vraag waartoe partijen krachtens redelijkheid en billijkheid zijn gehouden).

spreek achtereenvolgens de eventuele toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en het ontbreken van een voldoende belang.

Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW)[197]

10.27 De uitoefening van de bevoegdheid om een overeenkomst te vernietigen op grond van dwaling kan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.[198]

10.28.1 Afgezien van gevallen van rechtsverwerking, kan het daarbij onder meer gaan om de situatie dat de omstandigheid waaromtrent is gedwaald zich niet blijkt te manifesteren of na het sluiten van de overeenkomst is opgeheven.[199] Ook is denkbaar dat het punt waarover is gedwaald van dusdanig gering gewicht is, dat vernietiging van de overeenkomst met haar gevolgen disproportioneel zou zijn.[200]

10.28.2 Ik verwijs ter illustratie naar een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 30 juni 2015.[201] In deze zaak wilde de koper van een auto de koopovereenkomst vernietigen op grond van bedrog dan wel dwaling, omdat de mededeling van de verkoper dat de driejarige fabrieksgarantie op de auto op de datum van de levering was aangevangen, naar later bleek, onjuist was omdat de garantietermijn ruim vier maanden eerder was aangevangen. Het hof oordeelde dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, omdat niet is gebleken dat de koper nadeel heeft ondervonden van deze omstandigheid. Er hadden zich geen mankementen aan de auto voorgedaan waarvan de reparatiekosten onder de fabrieksgarantie zouden zijn gevallen. Het hof overwoog:

> "Onder die omstandigheden is het beroep van appellant op bedrog en dwaling wegens een onjuiste voorstelling van zaken over de garantietermijn en op de gevolgen die hij aan dat beroep wenst te verbinden onaanvaardbaar. Bij dat oordeel heeft het hof — tegen de achtergrond van art. 3:12 BW, welke bepaling voor de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen mede verwijst naar rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen — betrokken de strekking van de regel van art. 6:230 lid 1 BW, volgens welke vernietiging op grond van dwaling niet mogelijk is wanneer het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding lijdt, door (een voorstel van) de wederpartij tijdig en op afdoende wijze is opgeheven. In het onderhavige geval heeft het nadeel dat appellant met vernietiging beweert te willen redresseren, zich nimmer gerealiseerd en was dat (…) reeds duidelijk op het moment dat appellant zich voor het eerst op vernietiging beriep (met als gevolg dat een eventueel wijzigingsvoorstel als bedoeld in art. 6:230 lid 1 BW niet meer aan de orde was)."[202]

10.28.3 Volgens Hijma kan bij verhoudingsgewijs 'kleine' dwalingen (bijv. uitsluitend ten aanzien van de verwarming van een aangekocht woonhuis) de mogelijkheid voor de dwalende om op grond van art. 6:230 lid 2 BW een prijsaanpassing te bewerkstelligen onder omstandigheden tot het oordeel leiden dat de vernietiging onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[203]

10.29 Het stellen van dergelijke grenzen aan de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid strookt met het hiervoor in 10.15.1-3 geschetste kader waarbinnen de beschikbaarheid van de vernietigingsbevoegdheid is gegeven en meer in het bijzonder met de strekking van art. 6:230 BW, op grond waarvan een vernietiging wegens dwaling niet mogelijk is wanneer het nadeel dat de vernietigingsbevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt door wijziging van de overeenkomst afdoende wijze wordt opgeheven.

10.30 Bij het voorgaande moet worden bedacht dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten bij de aanvaarding van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.[204] Toegespitst op de hier besproken gevallen, kan dit alleen indien voldoende wordt gemotiveerd waarom het op dwaling gebaseerde beroep op vernietiging van de overeenkomst (met haar gevolgen) in

197 Een detail: toepassing van art. 6:248 lid 2 BW ligt m.i. meer voor de hand dan toepassing art. 6:2 lid 2 BW, omdat het gaat om de uitoefening van een bevoegdheid ten aanzien van een overeenkomst.

198 Vgl. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 1.4.6-1.4.7; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/419; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW nr. A5)*, 2017/36.1.

199 Vgl. A-G Strikwerda in zijn conclusie sub 11 voor HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, *NJ* 2001/159.

200 Een vergelijking met art. 6:265 lid 1 BW — waarover HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 — dringt zich op, maar gaat niet volledig op. Niet alleen bestaat bij ontbinding een duidelijke wettelijke basis voor een dergelijke afweging, maar zal in het algemeen ook nakoming en/of schadevergoeding (art. 6:74 BW) beschikbaar zijn als een alternatief voor ontbinding. Bij dwaling is dat niet het geval.

201 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4818, *RCR* 2015/73.

202 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4818, *RCR* 2015/73, rov. 4.6.

203 Zie *Asser/Hijma 7-I* 2013/248; Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 1.4.7 en 1.2.7. De kritiek van Hartlief, waarnaar Hijma verwijst, betreft niet de stelling dat bij kleine dwalingen de mogelijkheid van art. 6:230 lid 2 BW ertoe kan leiden dat een beroep op vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar de speculatie van Hijma (zie onder meer *WPNR* 2002/6472, p. 77) dat door de introductie van 6:230 BW de kansen op honorering van een dwalingsberoep wel eens zouden kunnen stijgen omdat de rechter een relatief lichtere sanctie kan toepassen. Zie T. Hartlief, De gevolgen van vernietiging en van nietigheid naar Nederlands recht: nuance in plaats van de botte bijl, in: J. Smits & S, Stijns (red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, p. 290-291.

204 Zie o.a. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, *NJ* 1998/363 m.nt. A.R. Bloembergen, rov. 3.3; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, *NJ* 2000/471, rov. 3.4.

het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

10.31 Mijns inziens zou de rechter tot dat oordeel kunnen komen in het door vraag 2(a) bedoelde geval, dat vaststaat dat de door de dwalende klant gestelde omstandigheid waarop zijn onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft, op geen enkele manier enig nadelig gevolg voor hem heeft (gehad) of kan hebben.

Daarbij is van belang welke gevolgen de vernietiging van de rentederivaatovereenkomst (en de daaruit voortvloeiende verbintenissen uit onverschuldigde betaling) zou hebben voor beide partijen. Moeten alle betaalde bedragen over en weer worden terugbetaald? Leent de prestatie van de bank zich niet voor ongedaanmaking zodat een waardevergoedingsverbintenis met een bepaalde inhoud ontstaat?[205]

Zoals gezegd (zie hiervoor in 10.2), betreft vraag 2(a) financieel nadeel. Daarom is tevens van belang of er bijzondere omstandigheden zijn gesteld door de dwalende die wijzen op een niet-financieel nadeel aan zijn zijde. Er zijn immers gevallen denkbaar waarin de wederpartij de dwaling op zo'n verwijtbare wijze in de hand heeft gewerkt, dat een instandhouding van de overeenkomst niet van de dwalende kan worden gevergd (zie hiervoor in 10.21.1).

10.32 Nu art. 6:248 lid 2 BW mijn inziens een bruikbaar kader biedt voor de beoordeling van het door vraag 2(a) bedoelde geval, wijs ik nog kort op de andere grondslagen die de rechtbank noemt in vraag 3.

Misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW)

10.33 Op grond van art. 3:13 lid 1 BW kan degene aan wie een bevoegdheid toekomt deze bevoegdheid niet inroepen voor zover hij haar misbruikt. Van misbruik van bevoegdheid kan onder meer sprake zijn indien de bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden of een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend of indien men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij die uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen (evenredigheidscriterium), zie art. 3:13 lid 2 BW.

10.34 Er zijn bevoegdheden denkbaar die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt (art. 3:13 lid 3 BW). De vernietigingsbevoegdheid op grond van dwaling kan m.i. niet tot deze (beperkte)[206] categorie worden gerekend.[207]

10.35 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:13 BW volgt dat bij rechtsverhoudingen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid met de maatstaf van de art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW ongeveer hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met misbruik van bevoegdheid en dat er geen reden is om daartussen onnodig scherp onderscheid te maken.[208] Met name de onevenredigheidsmaatstaf van art. 3:13 BW sluit aan bij wat hiervoor is opgemerkt over de mogelijkheid dat het op dwaling gebaseerde beroep op vernietiging van de overeenkomst (met haar gevolgen) in het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Onvoldoende belang (art. 3:303 BW)

10.36 Op grond van art. 3:303 BW komt zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toe. Dit betreft het onder het oude recht toegepaste ongeschreven rechtsbeginsel 'point d'intérêt, point d'action' (ofwel: 'geen belang, geen actie').

In de Toelichting Meijers is opgemerkt dat in het algemeen voldoende belang voor de eiser mag worden verondersteld en de eiser slechts bij uitzondering moet bewijzen dat hij voldoende belang heeft.[209] Hieruit volgt dat de rechter terughoudend dient te zijn bij het afwijzen van een vordering op grond van onvoldoende belang.[210]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW blijkt dat het belang van eiser voldoende moet zijn om de procedure die hij wenst in te stellen te rechtvaardigen en dat het hierbij niet alleen gaat om de afweging van belangen van de betrokken partijen tegen elkaar (toepassing evenredigheidscriterium), maar ook om de eisen van een behoorlijke procesvoering en het belang van de rechtspleging in het algemeen.[211]

10.37 In de literatuur bestaat discussie over de vraag of onder 'belang' in de zin van art. 3:303 BW alleen een processueel belang of ook een materieel belang moet worden verstaan.[212] In (een ander deel

205 Zie hierover mijn conclusie van heden in zaaknr. 18/01155, *ING/Cliënt*.

206 Zie o.a. E.J.H. Schrage, Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW A4), 2019/16.

207 Zie t.a.v. onder meer wilsrechten P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 51; R. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW A4), 1985/1. Vgl. echter E.J.H. Schrage, Misbruik van bevoegdheid (Mon. BW A4), 2019/16, p. 34, die uit het feit dat kredietruimte naar haar aard niet vatbaar is voor beslag en executie afleidt dat misbruik van het wilsrecht om kredietruimte te benutten, onmogelijk lijkt.

208 M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6*, p. 1049.

209 T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 915.

210 Zie ook de aanvullende conclusie van A-G Wesseling-van Gent onder 1.12-1.13 van 6 april 2012 vóór HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5630, *NJ* 2012/424 (*Yukos*). Vgl. ook de noot van Ras onder nr. 6 onder HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1058, *NJ* 1994/118.

211 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 916.

212 Zie over deze discussie onder meer T.E. Deurvorst, *Groene Serie Onrechtmatige daad* II.2.1.2.8; A.W. Jongbloed, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 3.

van) de literatuur wordt gesuggereerd dat een beroep op dwaling zou kunnen afstuiten op art. 3:303 BW wanneer de vernietigingsbevoegde van de dwaling geen (enkel) nadeel ondervindt.[213] De rechtspraak biedt hiervan enkele voorbeelden.[214]

10.38 Gelet op het voorgaande lijkt art. 3:303 BW minder geschikt dan art. 6:248 lid 2 BW als kader voor de beoordeling van de gevallen waarin de onjuiste voorstelling van zaken op geen enkele manier enig nadelig gevolg voor de dwalende heeft (gehad) of kan hebben.

Causaal verband (vraag 2(c)(i))

10.39 Vraag 2(c)(i) betreft het causale verband tussen de onjuiste voorstelling van zaken en het sluiten van de overeenkomst in geval als bedoeld in vraag 2(a).

10.40 Het causale verband moet worden beoordeeld naar het moment van sluiten van de overeenkomst. De afwezigheid van nadeel waarop vraag 2(a) ziet, betreft echter de situatie na het sluiten van de overeenkomst. Het is denkbaar dat de klant enerzijds een onjuiste voorstelling heeft ten aanzien van een bepaalde kenmerk of risico van een rentederivaat en dat hij de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als de dwaling niet had plaatsgehad, terwijl anderzijds als gevolg van de dwaling ten aanzien van dat kenmerk of risico geen nadeel als bedoeld in vraag 2(a) voor de klant ontstaat.

10.41 Voor het vaststellen van het causale verband gelden dus in het door vraag 2(a) bedoelde geval geen bijzondere eisen. In het algemeen zal de klant die zich beroept op een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van bepaalde kenmerken of risico's van de renteswapovereenkomst dienen te stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting, bewijzen dat hij in verband met die kenmerken of risico's de overeenkomst niet, of niet op de daadwerkelijk overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten (zie hiervoor in 6.4-6.6).

10.42 De prejudiciële vragen hebben geen betrekking op de toepassing van art. 6:230 BW.[215] Voor zover bij toepassing van art. 6:230 BW de vraag rijst of sprake is van 'alomvattend nadeel' volsta ik met een verwijzing naar hetgeen daarover hiervoor is opgemerkt.

Beantwoording van vragen 2 en 3

10.43 De *vragen 2(a), 2(b), 2(c)(ii) en 3* lenen zich voor gezamenlijke beantwoording.

10.44 Vraag 2(a) betreft het geval dat de door de dwalende klant gestelde omstandigheid waarop zijn onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft — dat wil zeggen het kenmerk of risico van een rentederivaat waarop diens beroep op dwaling wordt gegrond — zich niet heeft verwezenlijkt en ook niet zal verwezenlijken (waaronder het geval dat de bank aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd geen uitvoering heeft gegeven en toezegt daaraan geen uitvoering te zullen geven), zodat de onjuiste voorstelling van zaken op geen enkele manier enig financieel nadelig gevolg voor de klant heeft (gehad) of kan hebben.

In een dergelijk geval van ontbreken van enig nadeel kan in beginsel met succes een beroep op art. 6:228 BW worden gedaan, omdat voor een beroep op de in art. 6:228 BW vermelde vernietigingsgrond niet vereist is dat degene die zich daarop beroept, door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van het wilsgebrek is benadeeld. Hieraan doet niet af dat in de in art. 6:230 BW bedoelde situatie dat nadeel is geleden dat afdoende kan worden opgeheven, de vernietigingsbevoegdheid bij toepassing van art. 6:230 BW komt te vervallen.

In het in vraag 2(a) bedoelde geval van het ontbreken van enig nadeel kan de rechter, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, tot het oordeel komen dat het op dwaling gebaseerde beroep op vernietiging van de overeenkomst (met haar gevolgen) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

10.45 *Vraag 2(c)(i)* kan aldus worden beantwoord dat de klant die zich beroept op een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van bepaalde kenmerken of risico's van de renteswapovereenkomst dient te stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting, bewijzen dat hij in verband met die kenmerken of risico's de overeenkomst niet, of niet op de daadwerkelijk overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten.

10.46 Voor het overige behoeven de vragen 2 en 3 geen beantwoording.

11 Onbekende aspecten (vraag 4)

11.1 Aanleiding voor de vierde vraag is het debat over het feit dat een marge voor de bank deel uitmaakt van het door de klant onder de renteswapovereenkomst te betalen vaste rentetarief. De rechtbank heeft overwogen dat gesteld noch gebleken is dat de vraag of in dit tarief een bankmarge is verwerkt ten tijde van het sluiten van de renteswapovereenkomst(en) aan de orde is geweest, dat Cliënt c.s. het aangeboden tarief in het onderhavige geval heeft aanvaard en, meer in het algemeen, dat het overeengekomen swaptarief veelal het resultaat is van een onderhandelingsproces waarbij vele factoren over en weer een rol spelen en waarbij partijen niet altijd inzicht hebben in elkaars beweegredenen.

213 Vgl. M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3)* 2015/10; Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.3.2; A.C. van Schaick, Wijzigingsbevoegdheden, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, 1993, p. 230-231; R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, 2017, nr. 101.

214 Zie naast de hiervoor in 5.14 vermelde uitspraken ook Rb. Amsterdam 30 juni 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AP4933, *NJF* 2004/410, rov. 6.1 (geen belang bij de vorderingen tot vernietiging van effectenlease-overeenkomsten op grond van dwaling, omdat deze met winst zijn beëindigd).

215 Rov. 2.10 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 2.12 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

De rechtbank heeft voorshands geoordeeld dat het in verband met het beroep op dwaling niet gaat om wat het toezichtrecht op dit punt inhoudt.[216]

De rechtbank betrekt de vraag op de causaliteit en kenbaarheid van het causaal verband en heeft behoefte aan beantwoording ervan, mede in het licht van drie door haar genoemde uitspraken van de Hoge Raad, het gerechtshof Amsterdam en het gerechtshof Den Haag.[217]

11.2 Vraag 4 vraagt of met vrucht een beroep op dwaling kan worden gedaan in de in deze vraag bedoelde situatie. Ik bespreek dit met het oog op de door de rechtbank genoemde vereisten van causaal verband en kenbaarheid.

Vraag 4 spreekt in het algemeen van de situatie dat "niet is gebleken dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald (…) ten tijde van het afsluiten van de renteswap aan de orde zijn geweest of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de klant" en noemt daarbij als voorbeeld het geval "dat in het swaptarief een opslag of bankmarge was verdisconteerd". Ik zal hierna een onderscheid maken tussen deze algemene situatie en geval van de bankmarge.

Verder zal ik nog een onderscheid maken tussen de situatie waarin de productkenmerken waarop het dwalingsberoep is gebaseerd, niet "aan de orde zijn geweest" dan wel geen "rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de klant".

11.3 De twee door de rechtbank genoemde hofarresten kunnen naar mijn mening buiten beschouwing worden gelaten bij het beantwoorden van de vierde prejudiciële vraag.

Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255, *JOR* 2017/130 m.nt. M. van der Beek, betreft, voor zover thans van belang, door de klacht gestelde zorgplichtschendingen bij het aangaan van renteswapovereenkomsten. Het hof oordeelde dat de zorgplicht van de bank meebracht dat zij de klant in niet mis te verstane bewoordingen diende te informeren over de bijzondere risico's van de door haar geadviseerde en verkochte producten, waaronder de bankmarges (rov. 9.3 en 9.9). Dit arrest betreft een andere kwestie (de zorgplicht) dan de kwestie die door vraag vier aan de orde wordt gesteld.

Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, *JOR* 2018/72 m.nt. F.P.C. Strijbos, betreft het eindarrest in de zaak *ABN AMRO/[A]*, waarin ik heden eveneens concludeer (nr. 18/00875). Uit rov. 2.24 van dit arrest volgt dat de na vernietiging van de overeenkomst ontstane vordering uit onverschuldigde betaling van [A] (art. 6:203 lid 2 BW) mede inhoudt dat de bank de door [A] onder de swap betaalde bankmarge moet terugbetalen. Het gaat hier dus niet om de vraag of is gedwaald ten aanzien van de bankmarge, maar om de afwikkeling van de vernietigde overeenkomst.

11.4.1 De rechtbank wijst in haar vierde prejudiciele vraag op HR 10 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:AE0308, *NJ* 2003/165 (*Volta*). In deze zaak stelde de huurster van een cv-ketel dat verhuurder Volta haar ten onrechte omzetbelasting als deel van de huurprijs in rekening had gebracht en dat zij in dat opzicht had gedwaald. Ten tijde van het aangaan van de overeenkomst had zij een onjuiste voorstelling van zaken met betrekking tot de (on)mogelijkheid omzetbelasting te heffen over de verhuur van in woningen geplaatste en daardoor onroerend geworden cv-ketels en als zij geweten had dat zij geen omzetbelasting verschuldigd was, zou zij de overeenkomst niet zijn aangegaan, aldus de huurster.

11.4.2 In hoger beroep oordeelde de rechtbank in de eerste plaats (in rov. 4.2), dat hetgeen door Volta aan huurpenningen in rekening werd gebracht en hetgeen door de huurster als zodanig werd betaald, overeenstemde met hetgeen terzake door partijen was overeengekomen en dat het daarbij verder niet ter zake deed, hoe dat bedrag precies was opgebouwd en of daar al of niet BTW bij was inbegrepen.

In de tweede plaats oordeelde de rechtbank (in rov. 4.4), dat niet kan worden geconcludeerd dat de huurster ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst een verkeerde voorstelling van zaken heeft gehad omtrent het al dan niet verschuldigd zijn van BTW over de huur van de cv-ketel. Uit niets is gebleken dat die vraag op dat moment zelfs maar aan de orde is geweest of bij de overwegingen van de huurster een rol heeft gespeeld.

11.4.3 De Hoge Raad overwoog (rov. 3.4.3) dat het oordeel van de rechtbank in rov. 4.4 aansluit bij diens oordeel in rov. 4.2 en voorts: "*De onjuiste voorstelling met betrekking tot de verschuldigdheid van omzetbelasting was derhalve verdisconteerd in de overeenkomst en kon dus niet met succes aan het beroep op dwaling ten grondslag worden gelegd*."

Bij de verwerping van de tegen rov. 4.2 gerichte klacht, verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 15 november 1996.[218] In die zaak had het hof de overeenkomst aldus uitgelegd dat de kopers de hun door de gemeente voor levering van niet-bouwrijpe grond in rekening gebrachte omzetbelasting verschuldigd waren, ongeacht of de heffing was geschied overeenkomstig de maatstaven van HR 21 november 1990, *BNB* 1991/19 (waarin was geoordeeld dat in een dergelijk geval geen omzetbelasting verschuldigd was), en dat daarom "*een beroep op dwaling ter zake van de eventuele onverschuldigdheid van de omzetbelasting indien het tot tijdige toepassing*

216 Rov. 4.5 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 en rov. 2.12 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 4.17 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 en rov. 2.13 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

217 Rov. 4.5 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 en rov. 2.13 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt c.s./ABN AMRO*; rov. 4.17 van het tussenvonnis van 30 mei 2018 en rov. 2.14 van het tussenvonnis van 19 september 2018 in de zaak *Cliënt/Rabobank*.

218 HR 15 november 1996, ECLI:NL:HR:1997:ZC2198, *NJ* 1997/160 m.nt. M. Scheltema.

van die maatstaven was gekomen, (…) niet [kan] baten."

11.5 In de literatuur is de formulering dat de onjuiste voorstelling was "verdisconteerd in de overeenkomst" als verwarrend bekritiseerd.[219] Deze formulering is ontleend aan Haazen, die haar echter gebruikte in verband met een bespreking van de (uitleg)vraag wanneer kan worden gezegd dat onzekerheid of rechtsdwaling over de (on)verschuldigdheid van omzetbelasting in de overeenkomst was verdisconteerd.[220]

11.6.1 Het geval dat in het arrest *Volta* voorlag, kan op verschillende manieren worden geduid.

11.6.2 In de eerste plaats kan het geval worden gezien als een waarin een onjuiste voorstelling van zaken ontbreekt. Zoals eerder is opgemerkt (in 6.3) kan een onjuiste voorstelling van zaken ook aanwezig zijn bij het ontbreken van een voorstelling van zaken. Maar daarvan moet worden onderscheiden het geval dat de huurder de details van de huursom (impliciet) als onverschillig heeft aangemerkt. De huurder had ter zake geen relevante voorstelling van zaken. Het oordeel van de rechtbank (rov. 4.2) in deze zaak kan althans zo worden gelezen. Hijma ziet de zaak overigens als een geval waarin de dwaling om die reden op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende komt. Voor die lezing biedt het arrest van de Hoge Raad steun, gezien diens verwijzing naar de rechtspraak over het in de overeenkomst verdisconteren van de (on)verschuldigdheid van omzetbelasting.

11.6.3 Met het oog op de vierde prejudiciële vraag kan echter ook gezegd worden dat indien de samenstelling van de prijs niet relevant is voor de partij die deze prijs verschuldigd is, het causale verband ontbreekt. Sieburgh schrijft dat er geen causaal verband is indien een bepaald gegeven bij het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende 'irrelevant' is geweest.[221]

In het verlengde hiervan kan men een dergelijk geval ook als een kenbaarheidskwestie zien. Het causale verband wordt dan benaderd (niet vanuit de positie van de dwalende, maar) vanuit de positie van de wederpartij.

11.7.1 De formulering van de vierde prejudiciële vraag is ontleend aan de overwegingen van de rechtbank in de zaak *Volta*. Deze formulering is met het oog op de kwestie die de vierde vraag aan de orde stelt, echter ambivalent.

11.7.2 De vaststelling dat een productkenmerk waarop het dwalingsberoep is gebaseerd 'geen rol heeft gespeeld bij de overwegingen van de klant' sluit (meer) aan bij het hiervoor bedoelde geval dat het productkenmerk bij het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende irrelevant is geweest. In dat geval kan niet met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan. Aangenomen dat in een dergelijk geval al sprake zou zijn geweest van een onjuiste voorstelling van zaken, strandt het dwalingsberoep op de vereisten van causaliteit en/of kenbaarheid.

11.7.3 De vaststelling dat een productkenmerk waarop het dwalingsberoep is gebaseerd, niet 'aan de orde is geweest', kan een andere betekenis hebben. Het enkele feit dat een bepaalde omstandigheid bij het sluiten van de overeenkomst niet aan de orde is geweest in het contact tussen partijen, sluit immers niet uit dat een van partijen in dat opzicht een onjuiste voorstelling van zaken had die voor haar causaal was voor het aangaan van de overeenkomst en dat dit voor de wederpartij kenbaar was.

11.8 Ten slotte merk ik op, dat het van belang is om te weten om welk productkenmerk het gaat. Ten aanzien van sommige productkenmerken kan immers eerder dan ten aanzien van andere productkenmerken worden aangenomen dat zij relevant zijn voor de klant en dat de klant daaromtrent mogelijk dwaalt.

11.9.1 Het ligt voor de hand dat voor de klant het onder de renteswap te betalen vaste rentetarief relevant is. Aan het afkopen van het renterisico onder de variabele rentelening hangt een prijskaartje in de vorm van het onder de renteswap te betalen vaste rentetarief. De klant zal een afweging maken of hij deze prijs wil betalen voor het afkopen van dit risico. In dit verband is relevant de overweging van de rechtbank, dat het overeengekomen swaptarief veelal het resultaat is van een onderhandelingsproces waarbij vele factoren over en weer een rol spelen en waarbij partijen niet altijd inzicht hebben in elkaars beweegredenen.

11.9.2 Voor een ondernemer die met de bank een lening aangaat (voor een vaste of variabele rente) of die met de bank een renteswapovereenkomst sluit, is onder normale omstandigheden uiteraard van belang welke prijs (welk rentetarief) daarvoor moet worden betaald.

Hoe deze prijs c.q. dit tarief is samengesteld, zal in het algemeen minder of niet van belang zijn, zeker niet in gevallen waarin de prijs in onderhandelingen tot stand is gekomen. Het onderhandelingsresultaat telt, en niet eventuele onzekerheid ten aanzien van de beweegredenen van de andere partij om met een bepaald tarief in te stemmen. De samenstelling van de prijs c.q. het tarief kan onder bijzondere omstandigheden wellicht relevant zijn, maar die omstandigheden zullen moeten zijn gesteld of gebleken.

Dat in de door de bank bedongen prijs c.q. tarief een marge voor de bank zit (of althans kan zitten), is voor ondernemers een voor de hand liggend uitgangspunt,[222] waarmee zij vertrouwd zijn als zij zelf hun producten of diensten beprijzen.

Ondernemers zullen eveneens vertrouwd zijn met het gegeven dat een dergelijke marge groter of kleiner kan zijn. Het onderhandelingsproces dient

219 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/222. P. Abas, *WPNR* 2004/6527, p. 309, stelt dat de motivering hoort bij art. 6:258 BW.

220 O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. 2001), p. 573-575. Zie de conclusie sub 2.13, noot 14, van A-G Keus voor het arrest.

221 Zie *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/222.

222 Vgl. F.P.C. Strijbos, noot sub 13, in *JOR* 2018/72.

er mede toe om de grenzen te verkennen van wat voor de wederpartij nog een acceptabele prijs is.

11.10 Naar mijn mening veronderstelt vraag 4 dat de bank geen mededelingen heeft gedaan over de aanwezigheid van een bankmarge (van een bepaalde omvang) in het onder de swap verschuldigde vaste rentetarief. Bij het voorgaande ben ik van deze veronderstelling uitgegaan.

Indien de bank daarover wel mededelingen heeft gedaan, hangt het van de situatie af wat dit kan betekenen voor een dwalingsberoep (is bijvoorbeeld juiste informatie verschaft, desgevraagd geen informatie verschaft of onjuiste informatie verschaft?).

Tevens lees ik vraag 4 alleen een vraag naar het bestaan van een marge, niet naar eventuele gevolgen daarvan.[223]

11.11 Naar mijn mening kan als vuistregel worden aangenomen (i) dat voor de klant die ondernemer is, bij het aangaan van de renteswapovereenkomst (voor de bank kenbaar) relevant is welk vaste rentetarief daarvoor geldt, maar (ii) dat voor deze klant niet (voor de bank kenbaar) relevant is hoe dit tarief is samengesteld en dus ook niet of daarin een bankmarge is verwerkt.

11.12 Ik stel voor om de beantwoording van vraag 4 te beperken tot het door de rechtbank als voorbeeld genoemde geval van de opslag c.q. bankmarge. Ik meen voorts dat het beter is om niet aan te sluiten bij de in de zaak *Volta* gebruikte formuleringen, omdat deze voor misverstand vatbaar zijn.

11.13 *Vraag 4* zou als volgt kunnen worden beantwoord. Voor een geslaagd beroep op dwaling is onder meer vereist dat de betrokkene de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, als de dwaling niet had plaatsgehad, en voorts dat dit voor de wederpartij kenbaar is. Aan deze vereisten zal in het algemeen — behoudens bijzondere, door de partij die zich op dwaling beroept, te stellen omstandigheden — niet zijn voldaan wanneer de bank geen mededelingen heeft gedaan over de aanwezigheid van een bankmarge (van een bepaalde omvang) als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de klant verschuldigde vaste rentetarief, voor zover aan het beroep op dwaling ten grondslag wordt gelegd het bestaan van een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van de omstandigheid dat dit vaste rentetarief een dergelijke opslag of marge voor de bank inhoudt.

12 Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals voorgesteld in 9.3, 10.44, 10.45 en 11.13 van deze conclusie.

223 Kennelijk anders H. Bais, *JOR* 2018/281 nr. 14.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de tussenvonnissen in de zaak C/13/620611/HA ZA 16-1269 van de rechtbank Amsterdam van 30 mei 2018 en 19 september 2018.

De tussenvonnissen van de rechtbank zijn aan deze beslissing gehecht.

2 De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd tussenvonnis heeft de rechtbank op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Beide partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend, voor [eiseressen] mede door mr. J.M. Wagenaar. Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, hebben mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, advocaat bij de Hoge Raad, en mr. M.W.A. Schimmel namens ING Bank N.V. op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals voorgesteld in 9.3, 10.44, 10.45 en 11.13 van de conclusie.

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

Inleiding

3.1.1 Deze prejudiciële zaak gaat over dwaling bij renteswaps. Een renteswap is een overeenkomst waarbij, in de variant van het contract die voor deze zaak van belang is, de bank aan de cliënt een variabele rente betaalt, en de bank daarvoor van de cliënt een vaste rente terugkrijgt. Als de cliënt een lening met dezelfde variabele rente (plus opslag) heeft, die bij dezelfde of een andere bank kan lopen, en de fictieve hoofdsom van de swap ('de *notional*') wat betreft omvang en looptijd is afgestemd op de hoofdsom van die lening, betaalt hij onder de lening en de swap gezamenlijk per saldo de vaste rente en de opslag.

Een renteswap is een derivatencontract. De marktwaarde van een dergelijk contract hangt af van een onderliggende waarde, bij een renteswap van een marktrente.

3.1.2 De achtergrond van de zaak is de volgende. Veel ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf zijn in het verleden met hun bank renteswaps en andere rentederivaten overeengekomen. Deze derivaten waren doorgaans bedoeld om het risico af te dekken dat de variabele rente zou gaan stijgen die de ondernemingen verschuldigd waren over hun bankleningen. Na verloop van tijd werden ondernemingen geconfronteerd met aan de derivaten verbonden risico's. Die risico's waren onder andere dat de swap in hoofdsom of in looptijd niet goed bleek afgestemd op de lening ('*mismatch*'), en dat bij tussentijdse beëindiging van de swap — bijvoorbeeld bij aflossing van de lening — de marktwaarde daarvan moest worden afgerekend. Deze afrekening van

de marktwaarde kon betekenen dat de cliënt een aanzienlijk bedrag aan de bank moest betalen. Bovendien kon deze mogelijke betalingsverplichting al tijdens de looptijd van de renteswap negatieve gevolgen hebben voor de cliënt, bijvoorbeeld in de vorm van beperking van kredietruimte.

3.1.3 De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft tekortkomingen geconstateerd in de dienstverlening ten aanzien van rentederivaten. Zo is in bepaalde gevallen gebleken dat onduidelijk was welke soort dienstverlening de klant van de bank kreeg, dat de afgesloten producten niet geschikt waren voor de klant of dat onjuiste of onvoldoende informatie aan de klant is verstrekt. Mede op grond hiervan zijn banken overgegaan tot herbeoordeling van rentederivatendossiers en is een Uniform Herstelkader Rentederivaten tot stand gekomen. Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.8-5.12.

3.1.4 De variabele rente is volgens gegevens van De Nederlandsche Bank, uitgaande van driemaands-Euribor, van november 2000 (5,092%) tot maart 2004 (2,029%) flink gedaald. Van oktober 2005 (2,197%) tot oktober 2008 (5,113%) is de rente, met een korte onderbreking, flink gestegen. Na oktober 2008 is de rente tot april 2010 (0,645%) zeer fors gedaald. Tot oktober 2011 (1,576%) is de rente weer overwegend gestegen, daarna heeft zich een dalende trend ingezet, met vanaf mei 2015 een negatieve rentestand.

3.1.5 Ondernemers hebben zich in procedures voor de burgerlijke rechter over renteswaps beroepen op onder meer dwaling en schending van de zorgplicht van de bank. Zij voeren aan dat de bank onvoldoende heeft gedaan om hen op de risico's van derivaten te wijzen. Over de vraag onder welke voorwaarden ondernemingen die een rentederivaat zijn overeengekomen zich met succes op dwaling kunnen beroepen, wordt in de rechtspraak verschillend geoordeeld (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.13 e.v.). De prejudiciële vragen van de rechtbank zijn erop gericht hierover een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen.

Feiten

3.2 Omdat de vragen van de rechtbank erop zijn gericht duidelijkheid te krijgen voor een groot aantal zaken, zijn de specifieke feiten in deze zaak bij de beantwoording door de Hoge Raad van beperkt belang. De Hoge Raad gaat uit van de feiten zoals die zijn vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal onder 2. Het gaat om het volgende.

(i) [eiseressen] maken deel uit van [B], die zich onder meer bezighoudt met groenvoorzieningen en de aan- en verkoop van onroerend goed en grondposities.

(ii) ABN AMRO heeft aan [B] verschillende kredieten verstrekt, steeds met een variabele rente, die was gebaseerd op Euribor. Vanaf 2010 heeft ABN AMRO de voorwaarde gesteld dat [B] 50% van het renterisico zou afdekken.

(iii) Om het renterisico af te dekken zijn [eiseressen] in de periode 2003-2011 verscheidene renteswaps en een ander rentederivaat, genaamd een '*Cap with Knock-in-Floor*' (zie hierna onder (vi) en (vii)), met ABN AMRO overeengekomen.

(iv) ABN AMRO heeft voorafgaand aan het overeenkomen van de eerste renteswap in 2003, en verscheidene malen daarna, aan [eiseressen] de brochure "OTC-derivatentransacties met de Bank" toegezonden. In die brochure is onder meer het volgende opgenomen:

> "(…)
> Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie volledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico's kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico's.
> *Kosten van 'Unwinding'*
> Bij OTC-transacties kan het onder bepaalde (markt)omstandigheden moeilijk zijn een open positie te sluiten, een bestaande positie te liquideren, de waarde van een positie te bepalen of een risicowaardering te maken.
> Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt de transactie gewaardeerd tegen marktwaarde. Dit wil zeggen dat wordt nagegaan welk bedrag zou moeten worden betaald of ontvangen, indien het contract zou worden beëindigd en vervangen door een zelfde transactie voor het restant van de looptijd. De financiële gevolgen hiervan zijn over het algemeen groter naarmate de (resterende) looptijd van de transactie langer is. Ook kunnen de kosten van ABN AMRO in verband met de beëindiging van eventuele hedge-transacties aan u worden doorbelast.
> Afhankelijk van de (markt)omstandigheden, kunt u dus worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten bij voortijdige beëindiging ('unwinding').
> (…)."

(v) In 2007 heeft ABN AMRO de kredietfaciliteit uitgebreid. Zij heeft [B] daarbij geadviseerd een *cancellable* renteswap af te sluiten. In haar advies schreef de bank onder meer:

> "(…)
> Voorstel:
> Gezien de kans dat de beide leningen van € 1.800.000 eerder dan 1 januari 2012 zullen/dienen te worden afgelost stellen wij voor een Cancellable renteswap te sluiten.
> Deze biedt de mogelijkheid om vanaf 1 september 2008 voor één lening ad € 1.800.000 op iedere coupondatum de renteswap boetevrij te verkopen en voor de andere lening van € 1.800.000 op iedere coupondatum vanaf 1 januari 2011 boetevrij te verkopen. Bijkomend voordeel is dat een eventuele positieve waarde van de renteswap nog steeds mogelijk is!
> (…)"

[B] heeft dit advies niet opgevolgd en heeft het renterisico op de nieuwe leningen afgedekt met een

'gewone' renteswap. Het advies vermeldt over deze optie:

"Daarnaast kunt u uiteraard de rente voor de gehele looptijd tot 1 januari 2012 beschermen zonder mogelijkheid van boetevrije verkoop.
Er is dan een mogelijkheid dat bij aflossing van de leningen de renteswaps een negatieve waarde hebben."

(vi) Eind 2008 zijn twee renteswaps omgezet in een *Cap with Knock-in-Floor*. Met dit rentederivaat zou [B] ([eiseres 2]) nooit meer dan de vaste rente betalen (de '*Cap*'). Binnen de bandbreedte betaalde [eiseres 2] de werkelijke Euribor-rente (met opslag). Op het moment dat de rente onder de ondergrens zou dalen, zou [eiseres 2] weer de overeengekomen vaste rente verschuldigd zijn.

(vii) Voorafgaande aan het overeenkomen van de *Cap with Knock-in-Floor* heeft eind oktober 2008 een telefoongesprek plaatsgevonden tussen de controller van [B] en een treasury adviseur van ABN AMRO. Het transcript van dit gesprek vermeldt:

"(…)
[Controller]: 'Als we door dat punt heen gaan, betalen we dat. De meetpunten zijn altijd per kwartaal he? Klopt dat? Op die data die genoemd zijn.'
[Adviseur]: 'Ja, klopt. Op die data wordt er gekeken staat de euribor voor die periode gefixed op 3,0 of lager. Dan wordt de zogenaamde barrier geraakt, de knock in floor. En dan ga je dus terug, als je nu akkoord gaat, terug naar een niveau van 5,14%. Maar dus tussen de 5,14 en de 3,0. Dus je hebt een bandbreedte van 2,14% Daarbinnen ben je gewoon variabel. Stijgt hij verder door dan 5,14% dan ben je daar dus op gecapt.'
[Controller]: 'Ja'
[Adviseur]: 'Dat is je maximum. Maar gaat hij onder de 3,0 dan heb je op dat moment een nadelige constructie omdat je het hoge plafond betaalt. Maar in de periode daarop kan het al weer anders zijn.
(…)'."

(viii) In verband met het overeenkomen van de *Cap with Knock-in-Floor* heeft [eiseres 2] op verzoek van de bank een "Cliëntenprofiel Treasury" en een formulier "Intake Treasury" ingevuld en ondertekend, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"(…)
De marktwaarde van derivaten is afhankelijk van de ontwikkelingen op de geld-, kapitaal-, valuta-, energie-, klimaat- en grondstoffenmarkt en wisselt van moment tot moment. Dit brengt met zich mee dat de marktwaarde van derivaten de financiële positie van uw onderneming zowel positief als negatief kan beïnvloeden. Bij voortijdige sluiting van uw positie kan een negatieve marktwaarde voor uw onderneming leiden tot de verplichting aan de bank zekerheid te verstrekken of een bedrag aan de bank te etalen. De maximale omvang van deze potentiële betalingsverplichting is niet altijd te voorspellen.
(…)"

[eiseres 2] heeft in het formulier aangekruist een dergelijke betalingsverplichting te aanvaarden. Als doelstelling is aangekruist het "beheersen van financiële risico's" en het "afdekken van posities".

(ix) [eiseres 2] heeft door het ondertekenen van het formulier "Intake Treasury" bevestigd de brochure "Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO" te hebben ontvangen, gelezen en begrepen. In die brochure staan de werking en de risico's van rentederivaten als volgt uitgelegd:

"(…)
3. Wat zijn OTC Derivaten?
OTC-derivaten zijn financiële instrumenten die worden gebruikt om (toekomstige) financiële risico 's af te dekken of om een extra rendement te behalen op een investering. Het zijn overeenkomsten, die tussen twee partijen tot stand komen en waarvan de waarde gebaseerd is op de ontwikkeling van een zogenaamde onderliggende basiswaarde. (…) Er zijn een aantal verschillen tussen beursverhandelde derivaten en OTC-derivaten te onderkennen:
- de waarde van een derivaat is afhankelijk van de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde. Derivaten dragen daarmee vaak een hoog risico omdat de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde soms onvoorspelbaar is.
- de handel in OTC-derivaten kan soms een illiquide markt zijn met als gevolg dat het niet altijd mogelijk is om posities tegen een gunstige prijs te sluiten of te verkopen.
(…);
6. Productinformatie
(…)
2. Swap:
(…) Een renteswap is een bilaterale overeenkomst tot het uitwisselen van rentegeldstromen (verplichtingen) berekend op basis van de onderliggende hoofdsom. De rentebetalingen vinden plaats op van te voren vastgestelde data gedurende de looptijd van de swap. Er vindt geen uitwisseling van hoofdsom plaats. Er zijn diverse varianten op de renteswap, maar bij een standaard renteswap betaalt een partij de vaste rente en de andere partij de variabele rente over de hoofdsom. Met andere woorden een variabele renteverplichting kan worden geruild tegen een vaste renteverplichting.
(…)
7. Derivatenrisico's
(…)
Renterisico:
De rentestijgingen en -dalingen kunnen zowel een positief of negatief effect hebben op de waarde van uw positie of gedane investering.
(…)
9. Kosten van voortijdige beëindiging
Indien u — om welke reden dan ook — een derivatentransactie wilt of moet beëindigen voordat de looptijd is verstreken, kan dit aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Een derivaten-

ransactie is altijd gerelateerd aan een onderliggende waarde. De waarde van 'een derivatentransactie is dan ook afhankelijk van de fluctuaties in de prijs, dan wel de koers van die onderliggende waarde.
Indien een transactie vervroegd moet worden beëindigd, wordt gekeken of die transactie op dat moment een positieve, dan wel een negatieve waarde heeft (waardering tegen marktwaarde). In geval van een positieve waarde zal ABN AMRO deze met u verrekenen. Bij beëindiging van een transactie met een negatieve waarde dient u een bedrag aan ABN AMRO te betalen.
(…)"

(x) De *Cap with Knock-in-Floor* is geëindigd op de overeengekomen einddatum van 1 juli 2016.

(xi) Bij brief van 27 juni 2016 heeft (de advocaat van) [eiseressen] de renteswaps buitengerechtelijk vernietigd op grond van dwaling. Er liepen op die datum geen renteswaps meer. Alleen de hiervoor onder (x) genoemde *Cap with Knock-in-Floor* was nog niet geëindigd.

De vorderingen van [eiseressen]

3.3 In dit geding vorderen [eiseressen] dat de rechtbank
(a) voor recht verklaart dat ABN AMRO in strijd met de op haar rustende zorgplicht, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid, althans onrechtmatig heeft gehandeld bij het adviseren van de renteswaps, het in rekening brengen van de kosten en/of provisies daaronder en met betrekking tot de opslagverhogingen;
(b) voor recht verklaart dat [eiseressen] hebben gedwaald bij het overeenkomen van de renteswaps primair op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder a BW en subsidiair op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b BW;
(c) ABN AMRO veroordeelt tot terugbetaling van provisies (de marge die ABN AMRO op de renteswaps heeft gerealiseerd), te veel betaalde rente (het verschil tussen de in werkelijkheid betaalde rente en de destijds geldende Euribor), opslagverhogingen, de risicopremie en de voor deze procedure gemaakte kosten.

De prejudiciële vragen

3.4 De rechtbank heeft overwogen dat de vraag aan de orde is of [eiseressen] bij het overeenkomen van de renteswaps hebben gedwaald. Zij heeft in verband hiermee de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:
1. Is aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost de wezenlijke kenmerken en risico's van een rentederivaat als het onderhavige kunnen worden afgeleid die aan de dwaling ten grondslag worden gelegd, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging? Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*NJ* 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*[…]/Dexia*) ontwikkelde jurisprudentie?
2.(a) Kan met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan indien de risico's (kenmerken waarop een beroep op dwaling wordt gegrond) van een rentederivaat zich niet hebben verwezenlijkt en ook niet zullen verwezenlijken (zoals in het onderhavige geval de negatieve waarde) of in het geval dat de wederpartij — de bank — aan de bepaling in de standaard-documentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd (zoals in het onderhavige geval geldt ten aanzien van de marginverplichtingen), geen uitvoering heeft gegeven (en toezegt daaraan ook geen uitvoering te zullen geven), kortom in gevallen waarin het aangaan van de overeenkomst (het rentederivaat) dus op geen enkele manier voor de dwalende enig nadelig gevolg heeft (gehad) of kan hebben gehad?
2.(b) Zo nee, hoe verhoudt zich dat tot de jurisprudentie als ontwikkeld in HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559 (*NJ* 2001/159; *red.*) (*[…]/[…]*), rov. 3.4 en HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*NJ* 2009/398; *red.*) (*[…]/[…]*), r.o. 3.4.2?
2.(c) Zo ja, (i) hoe kan in een dergelijke situatie worden beoordeeld of aan het vereiste is voldaan dat de betrokkene de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, als de dwaling niet had plaatsgehad (zie wederom HR 4 september 2009 (*[…]/[…]*), rov. 3.4.2) en (ii) hoe verhoudt zich dat tot het bepaalde in artikel 6:230 BW dat aan de wederpartij de mogelijkheid biedt om een vernietiging te voorkomen door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel opheft dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt?
3. Indien de vraag onder 2.(a) bevestigend wordt beantwoord, rijst een aantal vervolgvragen:
(i) heeft [eiseressen] onder die omstandigheden een voldoende belang bij haar op dwaling gebaseerde rechtsvordering zoals vereist in artikel 3:303 BW? en/of
(ii) resulteert een beroep op dwaling onder deze omstandigheden in misbruik van recht als bedoelde in artikel 3:13 BW? en/of
(iii) moet onder die omstandigheden worden geoordeeld dat het beroep op dwaling op de voet van artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is?
4. Kan met vrucht een beroep worden gedaan op dwaling als niet is gebleken dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald (in het onderhavige geval de omstandigheid dat in het swaptarief een opslag of bankmarge was verdisconteerd) ten tijde van het afsluiten van de renteswap aan de orde zijn geweest of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de cliënt (vergelijk HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398) (*NJ* 2003/165; *red.*)?

Vraag 1 – Omvang mededelingsplicht

3.5.1 De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde wanneer de bank aan de op haar rustende mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1, onder b, BW heeft voldaan.

3.5.2 Een onder invloed van dwaling tot stand gekomen overeenkomst is vernietigbaar onder meer indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten (art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW).

3.5.3 Op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, zal in het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*De T./Dexia*), rov. 4.4.5.

3.5.4 De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*De T./Dexia*), rov. 4.4.4 en 4.4.5.

3.5.5 De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zij volgt uit de bijzondere zorgplicht die op een dergelijke professionele aanbieder rust in verband met zijn maatschappelijke functie en deskundigheid. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*De T./Dexia*), rov. 4.4.5 en 4.8.4 en vgl. onder meer HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191 (*NJ* 2016/107, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; *red.*), rov. 3.3.3 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (*NJ* 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; *red.*) (*Hypinvest*), rov. 3.4.2. Het belang van het onderscheid tussen de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht komt hierna aan de orde bij de beantwoording van de vragen 2 en 3.

3.5.6 De eerste prejudiciële vraag wordt op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. Omvang en inhoud van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Een en ander is in overeenstemming met de lijn in de jurisprudentie die is ingezet met HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*De T./Dexia*).

Vragen 2 en 3 – Dwaling en nadeel

3.6.1 De tweede en derde prejudiciële vraag hangen nauw met elkaar samen en worden gezamenlijk behandeld. De derde vraag is gericht op de gevolgen van een bevestigend antwoord op de tweede vraag.

3.6.2 De tweede vraag stelt aan de orde of met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan als het overeenkomen van het rentederivaat op geen enkele manier voor de dwalende nadeel tot gevolg heeft, heeft gehad of zal hebben.

3.6.3 Volgens vaste rechtspraak is voor een succesvol beroep op de in art. 6:228 BW vermelde vernietigingsgrond niet vereist dat degene die zich daarop beroept door het aangaan van de overeenkomst is benadeeld. Wel is vereist dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. (Vgl. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559 (*NJ* 2001/159; *red.*), rov. 3.4; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 (*NJ* 2009/398; *red.*) (*[…]*), rov. 3.4.2; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95 (*Delta/S'Energy*), rov. 3.3.) Het is daarbij aan degene die zich op dwaling beroept, te stellen en bij voldoende betwisting aannemelijk te

maken dat hij zonder de dwaling de overeenkomst, of een of meer door hem aan te wijzen onderdelen daarvan, niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, *NJ* 1997/222 (*Geerlofs Koeltechniek*), rov. 3.3).

3.6.4 Vernietiging van een renteswapovereenkomst heeft in beginsel tot gevolg dat de door partijen op grond van die overeenkomst verrichte prestaties over en weer ongedaan moeten worden gemaakt (art. 3:53 lid 1 BW in verbinding met art. 6:203 lid 1 BW). Welke prestaties op grond van de overeenkomst zijn verricht, moet worden vastgesteld door uitleg van die overeenkomst. Die uitleg kan in een concreet geval meebrengen dat als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds (hierna ook: de geldstroomuitleg). Uit de uitleg kan ook volgen dat als prestatie van de bank mede is aan te merken dat zij het risico van een verandering van de rente geheel of gedeeltelijk van de cliënt overneemt (hierna ook: de risico-uitleg). Afhankelijk van de uitleg waartoe wordt gekomen, gelden bij de ongedaanmaking verschillende uitgangspunten. In het navolgende zal eerst de ongedaanmaking bij de geldstroomuitleg worden behandeld. De gevolgen van vernietiging bij de risico-uitleg komen hierna in 3.6.9 aan de orde.

3.6.5 Als de renteswapovereenkomst in een bepaald geval aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank uitsluitend bestaat in het betalen van de variabele rente (de geldstroomuitleg), dienen na vernietiging in beginsel de over en weer verrichte betalingen ongedaan te worden gemaakt. De cliënt wordt daardoor in de positie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij geen rentederivaat zou zijn overeengekomen. Aldus verschillen de gevolgen van vernietiging wegens dwaling van de gevolgen van schending van de hiervoor in 3.5.5 bedoelde bijzondere zorgplicht. Bij een zorgplichtschending is de bank verplicht de schade te vergoeden die door die schending is ontstaan. De gevolgen van de overeenkomst blijven bij een zorgplichtschending — anders dan bij een gegrond beroep op vernietiging — in stand.

3.6.6 Algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen zal in zaken waarin sprake is van dwaling bij rentederivaten tot onevenwichtige resultaten kunnen leiden. Dat houdt verband met het volgende. In de meeste gevallen waarin een renteswap ter vermijding van het risico van een stijging van de variabele rente werd afgesloten, heeft dat risico zich niet verwezenlijkt. Integendeel, deze rente is de afgelopen jaren, met een korte onderbreking, sterk gedaald (zie hiervoor in 3.1.4). Algehele ongedaanmaking van de betalingen onder de renteswap levert de cliënt daardoor in veel gevallen het voordeel op dat hij zich achteraf kan onttrekken aan de voor hem, gegeven de renteswap, ongunstige marktontwikkelingen. Dat resultaat is gerechtvaardigd indien en voor zover de cliënt onder invloed van dwaling voor het afdekken van het renterisico als zodanig heeft gekozen. Als echter aannemelijk is dat de cliënt destijds ook geheel of gedeeltelijk voor het afdekken van het renterisico zou hebben gekozen als hij niet in dwaling zou hebben verkeerd, levert het een niet gerechtvaardigd resultaat op dat hij zich, in de wetenschap van de renteontwikkeling die zich inmiddels heeft voorgedaan, achteraf door een beroep op dwaling zou kunnen onttrekken aan de aan zijn keuze inherente gevolgen. Daarbij is van belang dat de cliënt de afgelopen jaren wel beschermd is geweest tegen het risico van een stijging van de variabele rente, en dat het hier gaat om een overeenkomst waarvan juist een wezenlijk kenmerk is dat de risico's van toekomstige ontwikkelingen worden verdeeld.

3.6.7 Uit het hiervoor in 3.6.6 overwogene volgt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende typen gevallen van dwaling.

Dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig

De dwaling van de cliënt kan (mede) betrekking hebben op de afdekking van het renterisico als zodanig, of op de omvang waarin het renterisico moest worden of werd afgedekt. In een dergelijk geval zou de cliënt bij afwezigheid van de dwaling niet, of niet in dezelfde omvang, voor het afdekken van het renterisico hebben gekozen. Dan is het gerechtvaardigd dat de cliënt door ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen in de positie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij het renterisico niet, respectievelijk niet geheel, zou hebben afgedekt.

Dwaling over andere aspecten van het rentederivaat

Het is ook mogelijk dat de dwaling van de cliënt geen betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, maar uitsluitend op andere aspecten van het rentederivaat, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan. In een dergelijk geval heeft de cliënt ervoor gekozen het risico van een stijgende rente af te dekken door voor een vaste rente te kiezen. Dan is het in beginsel niet gerechtvaardigd als hij zich door vernietiging gevolgd door algehele ongedaanmaking, met wetenschap van de renteontwikkeling, achteraf zou kunnen bevrijden van de verplichtingen die inherent zijn aan die keuze. In dergelijke gevallen dient te worden onderzocht voor welke wijze van afdekking van het renterisico de cliënt zou hebben gekozen indien van dwaling geen sprake zou zijn geweest. De cliënt dient vervolgens in de positie te worden gebracht alsof hij die keuze zou hebben gemaakt. De wederzijdse ongedaanmakings-verplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht.

3.6.8 Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op dwaling op de hiervoor beschreven wijze te beperken. In dit verband kan wor-

den gewezen op de volgende aanknopingspunten. Volgens art. 6:228 lid 2 BW kan de vernietiging niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Art. 6:230 BW biedt bij dwaling de mogelijkheid om op verlangen van een van partijen, in plaats van vernietiging, de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen op een manier die het nadeel van de dwalende afdoende opheft. Buiten de regeling van de dwaling zijn te noemen art. 3:54 lid 2 BW, dat voor misbruik van omstandigheden eenzelfde regeling kent als art. 6:230 lid 2 BW, art. 6:278 BW, waarin de gevolgen van de ongedaanmaking van een overeenkomst worden beperkt indien aan de keuze van een partij om de overeenkomst te ontbinden of op andere wijze ongedaan te maken, mede ten grondslag ligt dat de verhouding in de waarde van de prestaties inmiddels in haar voordeel is veranderd, en art. 3:53 lid 2 BW, dat bepaalt dat de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid dat een beroep op algehele vernietiging wegens dwaling moet afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW indien dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.6.9 Als de overeenkomst aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank niet bestaat in het verrichten van betalingen, maar in het overnemen van het renterisico (de risico-uitleg; zie hiervoor in 3.6.4) sluit de aard van deze prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. Art. 6:210 lid 2 BW bepaalt voor zodanig geval dat, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van de ontvangst daarvan in de plaats treedt voor de ongedaanmaking, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Indien de dwaling van de cliënt geen betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, maar uitsluitend op andere aspecten van het rentederivaat, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan, zal bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van de bank mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW, en zo nodig van art. 3:53 lid 2 BW, kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg.

3.6.10 Het is mogelijk dat een aan het product verbonden risico waarover de cliënt heeft gedwaald, zich niet heeft verwezenlijkt of zal verwezenlijken, zoals bijvoorbeeld het risico van een betalingsverplichting bij tussentijdse beëindiging in het geval dat de renteswap niet tussentijds beëindigd is. Deze omstandigheid sluit op zichzelf een beroep op dwaling wegens onbekendheid met dit risico niet uit. De cliënt heeft dit risico immers wel gelopen. Indien een beroep op dwaling in een dergelijk geval slaagt, kunnen de gevolgen daarvan op de hiervoor beschreven wijze worden beperkt, door na te gaan wat de cliënt ten tijde van het aangaan van de overeenkomst zou hebben gedaan als hij over het betrokken risico niet in dwaling zou hebben verkeerd.

3.6.11 Als er naast dwaling ook sprake is geweest van schending van een bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover die niet reeds is weggenomen door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed, indien deze vergoeding is gevorderd.

3.6.12 De tweede en de derde prejudiciële vraag worden op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. De omstandigheid dat de dwalende geen nadeel heeft ondervonden en zal kunnen ondervinden van zijn onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomst, staat niet eraan in de weg dat hij zich met succes beroept op dwaling (art. 6:228 BW). Hij zal daartoe moeten stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting aannemelijk moeten maken, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. Bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten ongerechtvaardigde resultaten als hiervoor in 3.6.6 bedoeld worden voorkomen. Daarom zal de dwalende cliënt, indien aannemelijk is dat hij ook bij afwezigheid van de dwaling voor afdekking van het renterisico zou hebben gekozen, zoveel mogelijk in de toestand moeten worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst op het onderdeel of de onderdelen van de overeenkomst waarover hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd. Als er naast dwaling sprake is geweest van schending van de bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed.

Vraag 4 – Dwaling ten aanzien van onbekende aspecten?

3.7.1 De vierde prejudiciële vraag vloeit voort uit het partijdebat over de marge die ABN AMRO heeft verdisconteerd in het renteswaptarief dat zij aan [eiseressen] in rekening heeft gebracht. Zij stelt aan de orde of een geslaagd beroep op dwaling kan worden gedaan als niet gebleken is dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald, ten tijde van het aangaan van de overeenkomst aan de orde zijn geweest, of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van degene die zich op dwaling beroept om de overeenkomst aan te gaan.

3.7.2 In het onderhavige geval hebben [eiseressen] gesteld dat zij niet wisten dat ABN AMRO in het renteswaptarief een bankmarge had verdisconteerd en dat zij de renteswaps niet zouden hebben gesloten als zij dat hadden geweten. De rechtbank heeft overwogen dat niet is gesteld of gebleken dat ten tijde van het sluiten van de renteswapovereenkomsten de vraag aan de orde is geweest of in het door [eiseressen] onder de renteswaps aan ABN AMRO te betalen vaste rentetarief een bankmarge is verwerkt, en dat vaststaat dat [eiseressen] het door ABN AMRO aangeboden tarief steeds hebben aanvaard. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat in aanmerking moet worden genomen dat een overeengekomen renteswaptarief veelal het resultaat is van een onderhandelingsproces waarbij vele factoren over en weer een rol spelen en partijen niet altijd inzicht hebben in elkaars beweegredenen.

3.7.3 Voor een geslaagd beroep op dwaling vereist art. 6:228 lid 1 BW dat causaal verband bestaat tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst. De partij die zich op dwaling beroept zal dus aannemelijk moeten maken dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten (zie hiervoor in 3.6.3). Daarnaast is voor het beroep op dwaling nodig dat de wederpartij moest begrijpen dat de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap voor de dwalende van beslissende betekenis was. Het vereiste causaal verband dan wel de kenbaarheid daarvan voor de wederpartij ontbreekt in ieder geval als de omstandigheid waarop de gestelde dwaling betrekking heeft bij het sluiten van de overeenkomst in het geheel niet, of niet voor de wederpartij kenbaar, van belang is geweest (vgl. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398 (*NJ* 2003/165; *red.*) (*Volta*), rov. 3.4.3).

3.7.4 Met betrekking tot de door [eiseressen] gestelde dwaling ten aanzien van de in het renteswaptarief begrepen marge is de rechtbank blijkens haar hiervoor in 3.7.2 weergegeven overwegingen uitgegaan van het volgende. Het uit hoofde van een renteswap te betalen vaste rentetarief zal als een van de kernprestaties een relevant gegeven zijn voor de beslissing tot het al dan niet aangaan van de overeenkomst. Dit vaste rentetarief bepaalt immers de prijs die de cliënt aan de bank betaalt voor de afkoop van het renterisico dat hij loopt met de door hem afgesloten geldlening met variabele rente. Uit welke componenten het vaste rentetarief is opgebouwd, zal over het algemeen niet of minder van belang zijn voor de cliënt. Deze zal immers slechts de afweging maken of hij bereid is om het door de bank voorgestelde vaste rentetarief te betalen ter afdekking van het genoemde renterisico. Dit geldt temeer in gevallen waarin het door de bank voorgestelde vaste rentetarief door onderhandelingen tot stand is gekomen, waarbij — zoals de rechtbank heeft overwogen — vele factoren een rol spelen en waarbij partijen niet altijd inzicht hebben en behoeven te krijgen in elkaars beweegredenen. Aan deze overwegingen van de rechtbank doet niet af dat de opbouw van het vaste rentetarief onder bijzondere omstandigheden een relevant gegeven kan zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Degene die zich op dwaling beroept zal deze bijzondere omstandigheden dan moeten aanvoeren. Daarbij is van belang dat bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een bankmarge is verdisconteerd.

3.7.5 De vierde prejudiciële vraag beantwoordt de Hoge Raad op grond van het voorgaande als volgt. Voor een geslaagd beroep op dwaling is onder meer vereist dat de partij de overeenkomst bij afwezigheid van de dwaling niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, en dat dit voor de wederpartij kenbaar was. Aan deze vereisten zal in het algemeen — behoudens bijzondere, door de partij die zich op dwaling beroept te stellen omstandigheden — niet zijn voldaan als het beroep op dwaling erop berust dat de bank geen melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van een bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de cliënt verschuldigde vaste rentetarief, of dat de bank geen inzicht heeft gegeven in de componenten waaruit het vaste rentetarief is opgebouwd.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor in 3.5.6, 3.6.12 en 3.7.5 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van [eiseressen] en op € 1.800 aan de zijde van ABN AMRO.

Noot

1. Een ondernemer die een aanzienlijk bedrag leent en daarvoor een variabele rente betaalt, zal vrezen voor een stijging van die rente. Ter afdekking van dit renterisico hebben banken de *renteswap* ontwikkeld: een overeenkomst waarbij een bank en een cliënt 'rentes ruilen', kort gezegd in die zin, dat de bank een corresponderende variabele rente aan de cliënt betaalt en daarvoor een vaste rente (met een opslag) terugontvangt.

De renteswap, een derivatencontract (rentederivaat), is met name in het midden- en kleinbedrijf veel aangegaan. Voor de cliënt zijn er risico's aan verbonden, onder meer in geval van tussentijdse beëindiging. Nogal wat ondernemers hebben geprobeerd zich via een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) aan de renteswap te onttrekken. De feitenrechtspraak te dien aanzien vertoont een wisselend beeld (zie voor vindplaatsen A-G Wissink, conclusie, sub 5.13-17).

In een van de aangespannen zaken legt de rechtbank een aantal prejudiciële vragen voor aan de Hoge Raad (art. 392 Rv). Zie voor die vragen r.o. 3.4, voor hun beantwoording door A-G Wissink diens conclusie, sub 9, 10.43-46 en 11.13, voor de beantwoording door de Hoge Raad r.o. 3.5.6, 3.6.12 en

3.7.5. Gezien de strekking van de vragen zijn de specifieke feiten van de casus slechts van beperkt belang (r.o. 3.2).

2. Art. 6:228 BW kent drie dwalingsrubrieken, waaronder die waarin de wederpartij zweeg waar zij behoorde te spreken (lid 1 sub b). De eerste prejudiciële vraag betreft de invulling van deze 'mededelingsplicht'; zie par. 3-6. De tweede en derde vraag zien op de relevantie van nadeel (en mogelijk voordeel) aan de kant van de dwalende; zie par. 7-12. De vierde vraag snijdt aan of een dwalingsberoep kan worden gebaseerd op aspecten die bij het contracteren niet aan de orde zijn geweest; zie par. 13.

Eerste vraag

3. *Mededelingsplicht.* In veel dwalingszaken komt het aan op een afweging van enerzijds de mededelingsplicht van de wederpartij (art. 6:228 lid 1 sub b BW), en anderzijds de eigen onderzoeksplicht van de dwalende (afgeleid uit art. 6:228 lid 2 BW). Ook de renteswap kent dit patroon (r.o. 3.5). Van beide plichten geeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar het *effectenlease*-arrest HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia*), enige concretisering.

Wat de eerste plicht betreft schetst de Raad als uitgangspunt, dat degene die een financieel product of financiële dienst aanbiedt aan iemand die daarover geen specifieke deskundigheid heeft, in het algemeen een mededelingsplicht zal hebben om redelijkerwijs te voorkomen dat de ander de overeenkomst aangaat onder invloed van dwaling. Meer precies moet de bank inlichtingen verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de ander tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van het product of de dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval (r.o. 3.5.3).

De Hoge Raad betrekt de mededelingsplicht op 'de wezenlijke kenmerken' van product of dienst (idem r.o. 3.5.6; zie ook *Dexia*, r.o. 4.4.5). Die woorden kan men op twee manieren opvatten: ofwel als een terreinversmalling, die de vernietigbaarheid terugdringt tot gevallen van 'fundamentele dwaling' (vgl. art. II.-7:201 DCFR), ofwel als een parafrase van 'alle relevante kenmerken'. Ik houd het op de laatste lezing, die aansluit bij het gangbare basisvereiste dat iemand alleen informatie behoeft te verschaffen op punten waarvan hij begrijpt of moet begrijpen dat die voor de ander van causale betekenis zijn (kenbaarheid). Vgl. (par. 13 en) MvA, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 908-909; Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228, aant. 6.7.

4. *Eigen onderzoeksplicht.* Aan de kant van de cliënt luidt het — algemene — uitgangspunt, dat hij zich redelijke inspanningen moet getroosten om te voorkomen dat hij onder invloed van dwaling contracteert (r.o. 3.5.4). Meer precies mag van de cliënt, aldus de Hoge Raad, in ieder geval drieërlei worden verlangd: (i) kennisnemen van en aandachtig en met de nodige oplettendheid bestuderen van de overeenkomst, vooraf verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie; (ii) aandachtig kennisnemen van een eventuele mondelinge toelichting; (iii) vragen stellen als de stukken, ook na toelichting, onduidelijkheden bevatten (r.o. 3.5.4). Daarbij geldt het — algemene — principe, dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen (r.o. 3.5.4); zie reeds HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

De onderzoeksplicht heeft dus niet alleen breedte (alle documenten), maar ook diepte (intensiteit): de cliënt dient de stukken 'aandachtig en met de nodige oplettendheid' te 'bestuderen'. Van dit intensiteitsverlangen kan men niet zeggen dat het in algemene zin tot het dwalingsleerstuk behoort. Dat het hier ten tonele verschijnt, laat zich m.i. verklaren door de commerciële context: van de ondernemer die om eventuele rentestijgingen op te vangen een renteswap overweegt, mag worden verwacht dat hij zich, naar zijn mogelijkheden, degelijk oriënteert.

5. *Saldo.* Het is vaste rechtspraak dat een partij die haar mededelingsplicht heeft geschonden, de ander in het algemeen niet met vrucht kan tegenwerpen dat deze de dwaling aan zichzelf heeft te wijten; zie o.a. HR 30 november 1973, *NJ* 1974/97, m.nt. G.J. Scholten (*Van der Beek/Van Dartel*); HR 16 december 2016, *NJ* 2018/223, m.nt. Jac. Hijma (*Woonboerderij*). Verder leert de rechtspraak dat de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht niet complementair zijn, maar elkaar kunnen overlappen; zie m.n. HR 10 april 1998, *NJ* 1999/666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck c.s.*). De eventuele constatering dat een cliënt de stukken onvoldoende heeft bestudeerd, doet het doek dus nog niet vallen. Als óók de bank te weinig heeft gedaan, zal die tweede observatie normaliter de eerste overschaduwen, zodat de overeenkomst toch voor vernietiging in aanmerking komt.

Tegen deze achtergrond is de wijze waarop de Hoge Raad in zijn afrondende overweging de beide plichten in één greep neemt wat verrassend. Met betrekking tot (onder meer) renteswaps formuleert de Raad als uitgangspunt dat aan de mededelingsplicht is voldaan, indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van het derivaat (r.o. 3.5.6). Aldus gaat het terrein van de onderzoeksplicht ('redelijke inspanning') het terrein van de mededelingsplicht afgrenzen, wat eerder duidt op een complementair denkmodel dan op het normaliter gevolgde overlappingsmodel. Vgl. o.a. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), 2012, nr. 3.6.13-14, 5.3.6. Materieel suggereert de uitwerking in termen van (algemene productinformatie en) 'de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost' een standaardisering, en daarmee een zekere abstractie

ten opzichte van r.o. 3.5.3, waar de Raad — meer concreet — van (inlichtingen en) 'de wederpartij' spreekt. Nu het college een en ander vloeiend presenteert, is niet aannemelijk dat hier een inhoudelijke ingreep plaatsvindt. Veeleer verdient het inleidende woord 'uitgangspunt' beklemtoning. Als de bank weet dat de concrete cliënt het niveau van de 'maatman' niet haalt, kan dat leiden tot een verzwaring ten opzichte van de standaardmededelingsplicht; zie HR 4 oktober 2019, *NJ* 2020/258, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ABN AMRO II*), r.o. 4.2.4.

6. *Waarschuwingsplicht.* De mededelingsplicht (par. 3) moet, aldus de Hoge Raad, worden onderscheiden van een mogelijke *waarschuwingsplicht* van de bank (r.o. 3.5.5). Deze waarschuwingsplicht, bekend van HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia*), heeft zich in het financiële contractenrecht tot een vaste figuur ontwikkeld (zie r.o. 3.5.5 slot). Zij vloeit voort uit de *bijzondere zorgplicht* die de Hoge Raad legt op (i) de professionele aanbieder van (ii) risicovolle financiële producten of diensten (iii) tegenover een wederpartij die op dit terrein geen specifieke deskundigheid heeft (of mag worden verondersteld te hebben). Deze zorgplicht — en daarmee de waarschuwingsplicht — berust op de maatschappelijke functie en deskundigheid van de bank, en strekt ertoe de wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (r.o. 3.5.5). Zo zal een bank soms moeten onderzoeken of de ander zich deze uitgave wel kan permitteren, en hem zo nodig de overeenkomst moeten ontraden (*Dexia*, r.o. 4.11).

De geannoteerde uitspraak toont aan dat het hier niet om typisch consumentenrecht gaat; de renteswap wordt immers door een ondernemer aangegaan.

Het niet naleven van de waarschuwingsplicht verplicht de bank tot schadevergoeding (art. 6:162 en/of art 6:74 BW), maar levert niet de schending op van een mededelingsplicht — een *informatieplicht* over product of dienst — in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW. De overeenkomst zal dus niet op grond van dwaling kunnen worden vernietigd (zie r.o. 3.6.5). In *Dexia* werd aldus, bij effectenlease, een cascade aan ongedaanmakingsverbintenissen vermeden. De beide plichten kunnen samenlopen (waarover kort r.o. 3.6.11). Onomstreden is het onderscheid niet; zie A-G Wissink, conclusie, sub 7.

Tweede en derde vraag

7. *Dwaling en nadeel.* De tweede en derde prejudiciële vraag stellen de relatie tussen dwaling en nadeel aan de orde. Deze verhouding kan men op twee niveaus bezien: dat van de vereisten voor vernietigbaarheid (par. 7) en dat van de ongedaanmaking na vernietiging (par. 8-12).

Op het niveau van de vereisten is het beeld eenduidig (r.o. 3.6.3). Art. 6:228 BW volstaat met de eis van causaal verband tussen dwaling en overeenkomst (waarbij stelplicht en bewijslast rusten op de dwalende). Wet noch rechtspraak verlangt dat de overeenkomst aan de dwalende nadeel berokkent, heeft berokkend of zal berokkenen. Zie o.a. HR 4 september 2009, *NJ* 2009/398 (*De Alternatieve*).

Later in het arrest buigt de Hoge Raad zich nog over de situatie dat de cliënt heeft gedwaald over een bepaald aan de renteswap verbonden risico (bijv. bij tussentijdse beëindiging), maar dat risico zich niet heeft gerealiseerd (contract niet tussentijds beëindigd). Deze omstandigheid sluit een beroep op dwaling wegens onbekendheid met dit risico niet uit; de cliënt heeft het risico wel degelijk gelopen (zie r.o. 3.6.10, ook voor bijzonderheden bij de ongedaanmaking).

8. *Nadeel en voordeel bij ongedaanmaking.* Op het niveau van de ongedaanmaking liggen de kaarten ingewikkelder (r.o. 3.6.4 e.v.). De Hoge Raad vat de prejudiciële vragen ruim op en betrekt, in het verlengde van de nadeelkwestie, ook het potentiële ontstaan van *voordeel* in de beschouwingen. Gezien de veelheid aan procedures is die informatieve aanpak aantrekkelijk.

Een vernietiging heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW); achteraf bezien heeft voor de prestaties dus geen rechtsgrond bestaan, zodat het gepresteerde wederzijds kan worden teruggevorderd uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW). Dat doet de vraag rijzen welke prestaties partijen precies hebben verricht. Die vraag moet, zo overweegt de Hoge Raad, worden beantwoord door *uitleg* van de overeenkomst. Aan de kant van de bank geldt dat zij, afhankelijk van het concrete geval, twee typen prestaties kan hebben geleverd: ofwel zij heeft uitsluitend geld betaald ('geldstroomuitleg'), ofwel zij heeft mede het risico van renteverandering geheel of gedeeltelijk van de cliënt overgenomen ('risico-uitleg'). De Raad werkt deze varianten uit in resp. r.o. 3.6.5 e.v. (par. 9-10) en r.o. 3.6.9 (par. 11).

De sprong naar de uitleg is naar mijn idee nogal radicaal. Bij een onverschuldigde betaling dient men in essentie steeds een (objectieve) analyse van die *prestatie zelf* te maken, ook als er een overeenkomst in het spel is. De gemaakte afspraken zijn niet doorslaggevend, reeds niet, omdat het nogal eens voorkomt dat een prestatie daarvan afwijkt (tekortkoming); bovendien is de context van een onverschuldigde betaling lang niet altijd contractueel. Dit neemt niet weg dat de overeenkomst als een nuttig aanknopingspunt kan fungeren, met name als de prestatie lastig is te duiden en haar conformiteit niet ter discussie staat. Het zal in deze aanknopende zin zijn, dat de Hoge Raad (de uitleg van) de overeenkomst centraal stelt.

9. *Geldstroomuitleg.* Bij dit eerste renteswaptype is de ongedaanmaking in theorie eenvoudig: partijen hebben over en weer slechts rentebedragen betaald, die zij alle kunnen terugvorderen ex art. 6:203 BW. Er blijkt echter een beer op de weg: onverkorte terugafwikkeling kan niet-gerechtvaar-

digde, onevenwichtige, resultaten opleveren (r.o. 3.6.6).

De crux is dat tijdens de contractsperiode de rente niet is gestegen, maar flink is gedaald (r.o. 3.1.4). Toen de overeenkomst werd gesloten, was die ontwikkeling nog in de schoot der toekomst verborgen; in de hoogte van de aan de cliënt berekende bedragen zijn juist ook de kansen op stijging van de rente verwerkt. Terugblikkend met de kennis van vandaag, heeft de ondernemer 'ongelukkig veel betaald'; de renteswap is voor hem ongunstig uitgevallen. Als hij de overeenkomst weet te vernietigen, krijgt hij zijn 'hoge bedragen' weer terug, terwijl de bank de 'lage bedragen' terugontvangt die zij gezien de lage rentestand heeft uitbetaald. Het resultaat is dat de cliënt feitelijk tegen rentestijgingen gedekt is geweest, maar daar (achteraf gezien) niet voor heeft behoeven te betalen, terwijl de bank dat stijgingsrisico feitelijk heeft gedragen, maar de compensatie daarvoor moet teruggeven.

De vernietiging van een renteswap wist het contractuele evenwicht dus niet 'neutraal' uit, maar heeft op haar beurt een verstoring tot gevolg. De Hoge Raad acht dat niet steeds acceptabel. Hij onderscheidt twee situaties.

a. De dwaling betreft (mede) de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig (of de omvang van die afdekking) (r.o. 3.6.7, eerste rubriek). In dit geval zou de cliënt bij een juiste voorstelling van zaken niet (of niet in deze omvang) voor het afdekken van het renterisico hebben gekozen. Hier is het, aldus de Raad, gerechtvaardigd dat hij via ongedaanmaking wordt gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als hij het renterisico niet (of niet geheel) zou hebben afgedekt (r.o. 3.6.7).

b. De dwaling betreft (uitsluitend) andere aspecten van het rentederivaat, zoals de situatie bij tussentijdse beëindiging (r.o. 3.6.7, tweede rubriek). In dit tweede geval heeft de cliënt bewust voor de figuur van de renteswap gekozen. Dan is het, aldus de Raad, in beginsel niet gerechtvaardigd dat hij zich achteraf zou kunnen bevrijden van de verplichtingen die aan die keuze inherent zijn. Dit mondt uit in het volgende plan van aanpak: (I) er moet worden onderzocht voor welke wijze van risicoafdekking de cliënt zou hebben gekozen als hij niet had gedwaald; en (II) vervolgens moet de cliënt worden gebracht in de positie alsof hij die andere keuze zou hebben gemaakt. "De wederzijdse ongedaanmakingsverbintenissen dienen daarnaar te worden ingericht", zo rondt de Raad — laconiek — af (r.o. 3.6.7 slot).

10. *Vervolg (rubriek b).* Bij de eerste rubriek kunnen de ongedaanmakingsregels dus in principe regulier worden toegepast (par. 9 sub a), terwijl bij de tweede rubriek een bijzondere — voor de cliënt beperkende — aanpak geldt (par. 9 sub b). Ter onderbouwing van dat bijzondere regime voert de Hoge Raad aan dat de beperkende benadering past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen (de formule staat in de traditie van HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*)). Het college wijst op een serie 'aanknopingspunten' (r.o. 3.6.8): (i) art. 6:228 lid 2 BW (uitzonderingen bij dwaling); (ii) art. 6:230 BW (gevolgenwijziging bij dwaling) en art. 3:54 lid 2 BW (idem bij misbruik van omstandigheden); (iii) art. 6:278 BW (bijbetaling bij balansverstoring in ongedaanmakingsfase); (iv) art. 3:53 lid 2 BW (ontzegging werking aan vernietiging); (v) art. 6:248 lid 2 BW (derogerende redelijkheid en billijkheid).

Deze bepalingen ademen inderdaad eenzelfde geest: nietigheden, vernietigbaarheden incluis, reiken in beginsel niet verder dan hun strekking meebrengt. Dit principe heeft, terecht, de status van een aan het BW ten grondslag liggend uitgangspunt; HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal & Sun c.s./Universal Pictures*), r.o. 4.7. Naast de opgesomde bepalingen kan men nog denken aan art. 3:41 en 3:42 BW (partiële nietigheid, conversie). Bovendien dient, meer algemeen, art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) zich aan.

Het pijnpunt is dat de cliënt de overeenkomst kan vernietigen en zo zijn risicoafdekking achteraf gratis kan maken (par. 9), hoewel hij bewust voor (de risicoverdeling via) een renteswap heeft gekozen en zijn dwaling alleen de modaliteit van die keuze betreft (par. 9 sub b). Het door de Hoge Raad — in houtskoollijnen — geschetste plan van aanpak strekt ertoe de ongedaanmaking beperkt te houden tot het aspect waarop de dwaling van deze cliënt specifiek betrekking heeft, terwijl de financiële consequenties van diens keuze voor dit type contract (de renteswap) overigens overeind blijven. Ik onderschrijf die koers, maar plaats bij de uitwerking enkele kanttekeningen (par. 12).

11. *Risico-uitleg.* Naast deze 'geldstroomuitleg' plaatst de Hoge Raad de 'risico-uitleg'. In deze variant bestaat de prestatie van de bank mede uit het (geheel of gedeeltelijk) overnemen van het renterisico van de cliënt (r.o. 3.6.4). Nu sluit de aard van de prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt, zodat de situatie door art. 6:210 lid 2 BW wordt beheerst (r.o. 3.6.9). Het risico is nu eenmaal gedragen, en dat laat zich structureel niet terugdraaien. In r.o. 3.6.4 plaatst de Raad deze risico-overname naast de rentebetalingen ('mede'), maar in r.o. 3.6.9 lijkt hij haar als enige prestatie te beschouwen ('niet bestaat in het verrichten van betalingen'). De eerste invulling is m.i. verkieslijk; vgl. par. 12 en de noot in *NJ* 2020/259, par. 5.

Art. 6:210 lid 2 BW ruilt de in principe bestaande verbintenis tot ongedaanmaking in voor een verbintenis tot *waardevergoeding*. De wettelijke inperking tot drie opgesomde situaties levert geen probleem op, reeds niet omdat de wederpartij in een tegenprestatie heeft toegestemd (art. 6:210 lid 2 BW slot). Indien de dwaling niet op het risico-afdekken als zodanig zag (vgl. par. 9 sub b), dan zal, aldus de Raad, bij de waardevaststelling mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van

art. 6:210 lid 2 BW en zo nodig art. 3:53 lid 2 BW kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg (r.o. 3.6.9 slot). Zie voor een illustratie HR 4 oktober 2019, *NJ* 2020/259 (*Rentederivaat ING*), en de noot daaronder, par. 5.

De situatie dat de dwaling wél op het risicoafdekken als zodanig zag (vgl. par. 9 sub a) wordt door de Hoge Raad niet meer vermeld, maar zal — parallel aan r.o. 3.6.7 (eerste rubriek) — aldus zijn te beoordelen, dat de cliënt de renteswap in principe onverkort kan vernietigen.

12. *Kanttekeningen.* De essentie van de door de Hoge Raad gevolgde visie onderschrijf ik graag. De uitkomst dat de cliënt achteraf aan de kosten van zijn risicoafdekking kan ontkomen, waarmee hij zich zou verrijken (uitgaven bespaard) ten koste van de bank (risico gedragen), nodigt uit tot corrigeren, eventueel tot creatief corrigeren. Het belangrijke principe dat nietigheden niet verder ingrijpen dan hun strekking rechtvaardigt (par. 10) verdient doorvoering. Het gegeven dat de renteswap een commercieel contract is, versterkt dit gevoelen nog.

Wat de uitwerking betreft plaats ik enkele kanttekeningen.

Ten eerste vraag ik mij af of de Raad het onderscheid tussen de geldstroomuitleg en de risicouitleg niet onnodig zwaar aanzet (vgl. r.o. 3.6.9 slot, waar een en ander naar elkaar toebuigt). De renteswap wordt er figuurbreed door gekenmerkt dat de bank voor de cliënt diens risico op rentestijging afdekt. In de woorden van A-G Wissink: "De klant 'koopt' met de swap zekerheid" (conclusie, sub 5.5.2). Of dat gebeurt doordat de bank in het contract uitsluitend de betaling van concrete bedragen toezegt (geldstroomuitleg) of doordat zij mede het rentestijgingsrisico als zodanig overneemt (risicouitleg), lijkt mij niet cruciaal. Het verschil komt er in de kern op neer dat in de eerste uitleg de bank het risico *indirect* draagt (door de variabele hoogte van haar betalingen), terwijl in de tweede uitleg zij het risico *direct* draagt. Daar komt nog bij dat de vraag welke prestaties er zijn verricht niet onderhorig is aan de contractsbepalingen, maar zelfstandig moet worden beoordeeld (par. 8). In dit licht kan men aan de kant van de bank m.i. steeds twee prestaties aanwijzen: (i) zij doet rentebetalingen; (ii) zij draagt, in plaats van de cliënt, het renterisico. Voor 'geldstroomgevallen' betekent dit dat de bank niet alleen de betaalde rentebedragen kan terugvorderen (art. 6:203 BW), maar ook een (redelijke) waardevergoeding kan verlangen voor het afdekken van het renterisico (art. 6:210 lid 2 BW; par. 11). Naar mijn smaak is deze weg eleganter (en transparanter) dan de gecompliceerd ogende 'inrichting van de ongedaanmaking' die de Hoge Raad voorstaat.

Ten tweede: ingeval men zo'n duaal model niet aanvaardt en (in geldstroomgevallen) dus op correctieven is aangewezen, treft men in de wet m.i. meer 'harde' steun aan dan het arrest suggereert. Waar de Hoge Raad spreekt van 'aanknopingspunten' en in die indirecte sfeer een reeks artikelen opsomt (par. 10), gaat het ten dele om bepalingen die reeds rechtstreeks uitkomst kunnen bieden. Te denken is o.a. aan art. 6:230 lid 2 BW: als de rechter het nadeel van de dwalende weet op te heffen door de gevolgen van de renteswap te wijzigen, kan de overeenkomst overigens voortbestaan. Ook art. 6:278 BW kan rechtstreeks van toepassing zijn: als aannemelijk is dat de cliënt zich juist vanwege het oneigenlijke ongedaanmakingsvoordeel op dwaling beroept (lid 2), zal hij door bijbetaling de balans moeten herstellen. Art. 6:212 BW (schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking) lijkt eveneens een bruikbaar instrument.

Ten derde ervaar ik als ongemakkelijk, dat de Hoge Raad de ongedaanmaking hier structureel in de sleutel van een vermogensvergelijking plaatst: de cliënt moet worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd als [enz.] (par. 9 sub a en b). Deze benadering ('met' versus 'zonder') leunt aan tegen de schadevergoedingsleer. Bij ongedaanmaking wegens onverschuldigde betaling echter staat niet de positie van een persoon, maar het feit van een prestatie centraal: wat is ontvangen, moet (in principe) worden teruggegeven. Hoewel deze invalshoeken tot dezelfde resultaten kunnen leiden, lijkt het mij verkieslijk ze zoveel mogelijk uit elkaar te houden.

Vierde vraag

13. *Dwaling en onbekende aspecten.* Tot slot de vierde prejudiciële vraag: kan iemand een beroep op dwaling doen met betrekking tot productkenmerken waarvan niet is gebleken dat deze aan de orde zijn geweest of bij hem een rol hebben gespeeld (r.o. 3.7)?

Hoewel bij dwaling vaak een onjuiste voorstelling van zaken voorzit, kan het dwalen er ook in zijn gelegen dat de betrokkene zich op een bepaald punt in het geheel geen voorstelling maakt (zuivere onwetendheid). Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 901 (met referte aan HR 19 juni 1959, *NJ* 1960/59, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Kantharos van Stevensweert*)). Dat een onderwerp tussen partijen niet aan de orde is geweest, is voor het dwalingsberoep dus niet fnuikend. De Hoge Raad kan de voorliggende vraag gevoeglijk doorschuiven naar (de combinatie van) twee nadere eisen: *causaal verband* (par. 7) en *kenbaarheid* (r.o. 3.7.3).

Het kenbaarheidsvereiste is niet in algemene zin in art. 6:228 BW neergelegd, maar ligt wel in de drie in het eerste lid omschreven dwalingsrubrieken besloten. De Raad omschrijft — die drie rubrieken overkoepelend — het vereiste aldus, dat 'de wederpartij moest begrijpen dat de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap voor de dwalende van beslissende betekenis was' (r.o. 3.7.3). Hierin is 'eigenschap' m.i. ruim op te vatten (eigenschap of omstandigheid). De overkoepelende formule, die aan het oude recht doet denken, sluit aan bij de in de literatuur gangbare visie; vgl. *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/227; Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228, aant. 2.1.

In casu beroepen de cliënten zich erop dat zij niet wisten dat in het swaptarief een bankmarge was verdisconteerd (r.o. 3.7.2). De Hoge Raad schrijft de rechtbank na dat het te betalen vaste rentetarief een voor de contracteerbeslissing relevant gegeven zal zijn, maar de vraag uit welke componenten dat tarief is opgebouwd in het algemeen niet (of minder) (r.o. 3.7.4). Dat kan anders zijn in geval van bijzondere omstandigheden, die door de cliënt zullen moeten worden aangevoerd. De Raad acht daarbij van belang dat bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een bankmarge is verdisconteerd (r.o. 3.7.4 slot). De kans dat een op dit soort onwetendheid stoelend dwalingsberoep succes heeft, is dus niet groot; in het algemeen zal niet aan de vereisten van causaal verband en kenbaarheid zijn voldaan (r.o. 3.7.5).

14. De beslissing staat bekend als *Rentederivaat ABN AMRO*. Een kwartaal later is een tweetal vervolguitspraken verschenen, waarin het overwogene wordt toegepast en van enige nadere uitwerking voorzien: HR 4 oktober 2019, *NJ* 2020/258 (*Rentederivaat ABN AMRO II*), en HR 4 oktober 2019, *NJ* 2020/259 (*Rentederivaat ING*).

15. Over de besproken prejudiciële beslissing ook M.D.H. Nelemans & J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2019-6, p. 269-280; F.P.C. Strijbos, *JOR* 2019/223.

Jac. Hijma

NJ 2020/258

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)
4 oktober 2019, nr. 18/00875
(Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff; A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. Jac. Hijma

Art. 3:303, 6:119, 6:119a, 6:228 lid 1 onder b BW

RvdW 2019/1014
RAV 2020/2
JONDR 2020/187
RCR 2020/16
JONDR 2019/1297
NJB 2019/2115
ECLI:NL:PHR:2019:330
ECLI:NL:HR:2019:1499

Verbintenissenrecht; dwaling bij renteswaps. Toepassing HR 28 juni 2019, *NJ* 2020/257 (*rentederivaat ABN AMRO*). Mededelingsplicht versus waarschuwingsplicht; verplichting adviseur; algemene productinformatie; verdergaande mededelingsplicht i.v.m. uit hoofde van zorgplicht of als adviseur bekende informatie. Wettelijke handelsrente; schadevergoedingsvordering; ongedaanmakingsvordering; uitleg rentevordering.

De HR verwijst naar HR 28 juni 2019, NJ 2020/257 (rentederivaat ABN AMRO) voor de regels betreffende (i) de mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW van degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, (ii) de inspanningsverplichting van de wederpartij om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert, en (iii) het onderscheid tussen de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten uit hoofde van haar zorgplicht kan hebben. De mededelingsplicht moet voorts worden onderscheiden van een uit een adviesrelatie voortvloeiende verplichting tot advisering. De kern van die laatste verplichting is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint. Wat betreft de mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, is uitgangspunt dat daaraan ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Zie HR 28 juni 2019, NJ 2020/257 (rentederivaat ABN AMRO). Het is mogelijk dat het door de bank ter voldoening aan de op haar rustende zorgplicht verrichte onderzoek of de — in voorkomend geval — door haar als adviseur ingewonnen inlichtingen, informatie opleveren die voor de bank relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan de cliënt moet verstrekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert, bijvoorbeeld doordat de kennis of ervaring van de cliënt verschillen van wat de bank in het algemeen mag verwachten. In een dergelijk geval bestaat aanleiding om in zoverre van het hiervoor genoemde uitgangspunt af te wijken. Het hof diende te beoordelen of ABN AMRO, mede in het licht van hetgeen haar bekend was over de kennis en ervaring van verweerster, de informatie heeft gegeven waarvan zij in de omstandigheden van het geval mocht aannemen dat deze geschikt was om te voorkomen dat verweerster de renteswap zou aangaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Als uit onderzoek van ABN AMRO zou zijn gebleken dat een renteswap voor verweerster geschikt of passend was, betekent dat niet dat er met betrekking tot de renteswap geen mededelingsplicht meer zou bestaan.

Art. 6:119a BW heeft alleen betrekking op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit is de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe een dergelijke overeenkomst aanleiding kan geven, en dus evenmin