



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij HR 4-10-2019, NJ 2020/258 (Rentederivaat ABN AMRO II)

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2020). Annotatie bij HR 4-10-2019, NJ 2020/258 (Rentederivaat ABN AMRO II). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(31/32), 4367-4368.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278702>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278702>

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

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 waarschuwplicht; verplichting adviseur; algemene productinformatie; verdergaande mededelingsplicht i.v.m. uit hoofde van zorgplicht of als adviseur bekende informatie. Wettelijke handelsrente; schadevergoedingsvordering; onge-daanmakingsvordering; 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 waarschuwplicht 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

op vorderingen tot vergoeding van schade (zie HR 8 december 2017, RvdW 2018/3) of uit onverschuldigde betaling. De vordering van wettelijke rente 'als bedoeld in art. 6:119a BW, althans art. 6:119 BW' moet aldus worden begrepen, dat het aan het hof is overgelaten te beoordelen of de wettelijke rente zou moeten worden gegrond op art. 6:119a BW of op art. 6:119 BW.

ABN AMRO Bank N.V., te Amsterdam, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mrs. F.E. Vermeulen en B.F.L.M. Schim,

tegen
Verweersters 1 en 2, verweersters in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J.H.M. van Swaaij.

Hof (tussenarrest 4 oktober 2016):

3. Beoordeling

3.1. Met betrekking tot de renteswap worden in deze procedure alleen door [verweerster 1] vorderingen ingesteld tegen ABN Amro. Na eiswijziging in hoger beroep vordert [verweerster 1] betaling van de volgende bedragen van ABN Amro: € 168.900 in hoofdsom ter zake van de negatieve marktwaarde van de renteswap, € 63.720,54 ten aanzien van de bedragen die volgens haar het vaste rentepercentage te boven zijn gegaan en € 46.242 als de 'verborgen marge' die [verweerster 1] aan ABN Amro heeft betaald. De vorderingen van [verweerster 1] zijn primair gebaseerd op onverschuldigde betaling, subsidiair worden de genoemde bedragen bij wijze van schadevergoeding gevorderd.

3.2. Kort gezegd legt [verweerster 1] aan haar vorderingen ten grondslag dat zij bij het aangaan van de renteswap heeft gedwaald, althans dat ABN Amro haar in strijd met de op haar rustende zorgplicht niet of niet voldoende heeft voorgelicht over de werking en risico's van de renteswap en zodoende jegens [verweerster 1] toerekenbaar is tekortschoten in de nakoming van haar verplichtingen, althans onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. [verweerster 1] is in hoger beroep niet opgekomen tegen de verwerping door de rechtbank van haar standpunt dat tussen partijen geen wilsovereenstemming heeft bestaan over het aangaan van de renteswap, zodat deze grondslag niet ter beoordeling voorligt in hoger beroep.

3.3. De rechtbank heeft in het bestreden tussenvonnis – samengevat – overwogen dat in beginsel ervan dient te worden uitgegaan dat ABN Amro [verweerster 1] met de door haar verstrekte informatie voldoende en juist heeft geïnformeerd over de werking van de renteswap en de daaraan verbonden risico's zodat, indien daaromtrent bij [verweerster 1] desalniettemin een onjuiste voorstelling van zaken heeft bestaan, deze voor haar rekening moet blijven. Zowel het beroep op dwaling als het beroep op een tekortkoming in de nakoming en onrechtmatige daad stuiten daarop volgens de

rechtbank in beginsel af. Wel is [verweerster 1] bij het tussenvonnis toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen geachte stelling van ABN Amro dat [verweerster 1] de ABD en de brochure OTC-Derivatentransacties voor of op de datum van ondertekening van de kredietovereenkomst (19 juni 2007) heeft ontvangen.

3.4. Bij bestreden eindvonnis is de rechtbank – samengevat – tot het oordeel gekomen dat het verlangde tegenbewijs niet volgt uit de afgelegde getuigenverklaringen en overgelegde stukken. Verder heeft de rechtbank vastgesteld dat ABN Amro onjuiste versies van de ABD en de OTC-brochure in het geding heeft gebracht. Ten aanzien van de ABD maakt dat geen verschil, omdat de juiste versie van de ABD woordelijk gelijk is aan de onjuiste versie die aanvankelijk in het geding was gebracht. De juiste versie van de OTC-brochure wijkt tekstueel af van die eerder in de procedure is overgelegd, maar de strekking van de tekst leidt volgens de rechtbank niet tot een andere waardering van de feiten. De vorderingen van [verweerster 1] die zijn gebaseerd op de gesloten renteswap zijn door de rechtbank afgewezen.

3.5. Ten aanzien van de overeengekomen risicofee stellen [verweersters] zich – samengevat weergegeven – op het standpunt dat ABN Amro zich in de gegeven omstandigheden er niet op kan beroepen dat het krediet te laat is afgelost, zodat zij de risicofee ten onrechte niet heeft gestorneerd. De rechtbank is – samengevat – tot het oordeel gekomen dat [verweerster 1] in september 2011 wist dat zij uiterlijk op 1 januari 2012 het gehele krediet diende af te lossen om de risicofee teruggestort te krijgen. Het krediet is pas op 17 februari 2012 afgelost. Dat ABN Amro [verweerster 1] aan de uiterste datum van 1 januari 2012 wil houden, is volgens de rechtbank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar. De vordering ter zake van de risicofee is in eerste aanleg afgewezen.

3.6. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen [verweersters] met hun grieven op.

3.7. Het hof overweegt als volgt. Op grond van de kredietovereenkomst van 19 juni 2007 heeft [verweerster 1] een nieuw krediet van ABN Amro verkregen van in totaal € 1.075.000 met een looptijd van 10 jaar. De rente is variabel, bestaande uit het éénmaands Euribor-tarief, vermeerderd met een opslag van 1,35% per jaar. Vast staat dat partijen met de renteswap hebben beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het eenmaands Euribor-tarief. [verweerster 1] heeft met de renteswap het variabele eenmaands Euribor-tarief 'geruild' tegen een vaste rente. Zij betaalde na het sluiten van de renteswap feitelijk de swaprente in plaats van het variabele eenmaands Euribor-tarief. De kredietovereenkomst en de renteswap zijn twee afzonderlijke overeenkomsten, maar hangen met elkaar samen. Zonder de kredietovereenkomst zou de renteswap niet zijn afgesloten.

3.8. Een renteswap is een financieel instrument (derivaat) met een bepaalde marktwaarde. Indien het Euribor-tarief tijdens de looptijd van de renteswap stijgt, krijgt de renteswap voor de afnemer een positieve marktwaarde, indien het Euribor-tarief daalt, wordt de marktwaarde voor hem negatief. Indien het Euribor-tarief is gedaald, dient een afnemer bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap de negatieve waarde van de renteswap aan de bank te betalen, is het Euribor-tarief gestegen dan dient de bank de positieve marktwaarde aan de afnemer te betalen. Aan het begin en het einde van de looptijd is de marktwaarde van de renteswap altijd nul.

3.9. [verweersters] stellen dat [verweerster 1] niet juist, althans niet volledig, is geïnformeerd over de risico's die zijn verbonden aan de renteswap bij voortijdige beëindiging van de kredietovereenkomst en de renteswap. Als ABN Amro haar juist had geïnformeerd, had [verweerster 1] de renteswap niet gesloten. [verweersters] beroepen zich primair op de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 aanhef en sub b BW.

3.10. ABN Amro betwist gemotiveerd dat zij haar informatieplicht heeft verzaakt. Zij stelt [verweerster 1] voorafgaand aan het sluiten van de renteswap mondeling en schriftelijk over de werking van de renteswap en het risico van een negatieve marktwaarde bij voortijdige beëindiging te hebben geïnformeerd.

3.11. Een belangrijk deel van de grieven ziet op de stelling van [verweersters] dat ABN Amro onvoldoende, althans ondeugdelijke informatie heeft verschaft. Zij hebben beschouwingen gewijd aan de spreek- en informatieplicht van ABN Amro, versus een onderzoeksplicht aan hun zijde. Welke wederzijdse verplichtingen in dit geval van toepassing zijn, hangt in belangrijke mate af van de aard van de rechtsverhouding tussen partijen. Partijen hadden een kredietrelatie, in verband waarmee ook de renteswap is gesloten. Op grond van de wederzijds gestelde feiten en omstandigheden is het hof voorschans van oordeel dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap — het verlenen van een beleggingsdienst — binnen die rechtsverhouding moet worden beoordeeld. Het partijdebat heeft zich evenwel onvoldoende op de juridische kwalificatie van de rechtsverhouding toegespitst. Het hof ziet hierin aanleiding partijen in de gelegenheid te stellen zich daarover nader uit te laten. Tevens dienen zij concreet toe te lichten welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden in het kader van de op hen rustende (precontractuele) verplichtingen.

3.12. Verder wordt het volgende overwogen. De minister van Financiën heeft drie deskundigen aangesteld om een uniform 'herstellkader' overeen te komen met de Nederlandse banken die renteswaps hebben gesloten met het MKB. Door deze commissie is op 5 juli 2016 het 'Uniform Herstellkader rentederivaten MKB' uitgebracht. ABN Amro heeft zich

daarmee akkoord verklaard. Het hof ziet hierin aanleiding partijen in de gelegenheid te stellen met elkaar in overleg te treden en te beproeven of zij een minnelijke regeling kunnen sluiten.

3.13. Als tussen partijen geen overeenstemming wordt bereikt, dienen zij zich bij akte uit te laten zoals hiervoor onder 3.11 is uiteengezet. Om het onderling overleg mogelijk te maken, zal een langere termijn worden bepaald waarop de eerste akte dient te worden genomen dan welke voortvloeit uit het toepasselijke procesreglement.

3.14. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak de rol van 29 november 2016 voor akte aan de zijde [verweersters] tot het hiervoor in r.o. 3.11 genoemde doel;

bepaalt dat ABN Amro vervolgens op een termijn van 6 weken een akte kan nemen; houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (tussenarrest 21 maart 2017):

2. De verdere beoordeling in hoger beroep

2.1. In het tussenarrest is overwogen dat het hof op grond van de wederzijds gestelde feiten en omstandigheden voorschans van oordeel is dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap — het verlenen van een beleggingsdienst — binnen die rechtsverhouding moet worden beoordeeld. Het hof heeft aanleiding gezien partijen in de gelegenheid te stellen zich hierover nader uit te laten. Verder zijn partijen in de gelegenheid gesteld te beproeven of zij op basis van het 'Uniform Herstellkader rentederivaten MKB' tot een minnelijke regeling kunnen komen.

2.2. In de akte na tussenarrest stellen [verweersters] dat hun advocaat de advocaat van ABN Amro heeft benaderd om een minnelijke regeling te beproeven, maar dat ABN Amro vervolgens in het geheel niet heeft gereageerd. [verweersters] leiden daaruit af dat ABN Amro kennelijk niet tot een schikking bereid is.

2.3. In haar antwoordakte stelt ABN Amro dat zij wel tot een schikking bereid is en [verweersters] een voorstel uit hoofde van het Herstellkader zal doen, maar dat dat nog niet kan en ook niet eerder kon. De AFM wil eerst een plan van aanpak voor de uitvoering van het Herstellkader van de banken ontvangen en goedkeuren. Verder dienen de berekeningen door een externe accountant te worden goedgekeurd, voordat ABN Amro voorstellen aan haar klanten kan toesturen.

2.4. Op grond van het voorgaande gaat het hof ervan uit dat ABN Amro aan [verweersters] een voorstel tot compensatie zal doen. Daarin ziet het hof aanleiding de zaak in afwachting daarvan aan te houden. [verweersters] kunnen weer arrest vragen als zij het voorstel van de kant van ABN Amro niet

langer wensen af te wachten of als zij op basis van dat voorstel niet tot een vergelijk met ABN Amro zijn gekomen. Nadat de hierna te noemen roldatum is verstrekken, zal de zaak telkenmale voor de duur van een half jaar worden aangehouden.

2.5. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

4. *Beslissing*

Het hof:

verwijst de zaak de rol van 24 oktober 2017 voor uitlegging voortzetting aan de zijde van [verweerster] tot het hiervoor in r.o. 2.4 genoemde doel; houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (eindarrest):

2. *De verdere beoordeling in hoger beroep*

2.1. Het hof heeft in het eerste tussenarrest van 4 oktober 2016 op grond van de wederzijds gestelde feiten en omstandigheden voorshands aangenomen dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap – het verlenen van een beleggingsdienst – binnen die rechtsverhouding moet worden beoordeeld. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover nader uit te laten.

2.2. [verweerster 1] neemt – kort gezegd – het standpunt in dat zij is geadviseerd door ABN Amro. Zij verwijst naar de daarvoor volgens haar relevante feiten en omstandigheden zoals die in de processtukken staan vermeld.

2.3. ABN Amro heeft allereerst verwezen naar de brochure OTC-derivaten transacties die aan [verweerster 1] is verstrekt. Daarin is het volgende vermeld:

“In het algemeen treedt ABN AMRO op als uw contractspartij. Bij de handel in derivaten heeft ABN AMRO dezelfde motieven als bij de handel in overige financiële producten. In dit kader kan ABN AMRO u informatie of commentaar geven. Gaat u er echter niet zonder meer van uit dat ABN Amro dan optreedt als uw adviseur. U dient te allen tijde zelfstandig de verschaft informatie te verifiëren, te evalueren en te interpreteren. Dit geldt voor de marktsituatie en marktontwikkelingen, maar ook voor uw juridische, fiscale, accounting- en kredietpositie.

U kunt er alleen dan van uitgaan dat ABN AMRO als uw adviseur optreedt als

1. ABN AMRO dit schriftelijk heeft bevestigd en
2. u ABN AMRO volledig en juist hebt ingelicht over uw financiële doelstellingen en de omvang, aard en financiële conditie van uw onderneming.”

2.4. Volgens ABN Amro brengt dit mee dat, wil sprake zijn van een adviesrelatie, daarvoor is vereist dat ABN Amro schriftelijk heeft bevestigd dat zij optreedt als adviseur. Nu die bevestiging ontbreekt, heeft ABN Amro geen adviserende rol gespeeld in de juridische zin van het woord.

2.5. Dit standpunt wordt verworpen. Aan de desbetreffende passage in de brochure ligt een onjuist uitgangspunt ten grondslag, namelijk dat ABN Amro zelf door het al of niet sturen van een bevestiging zou kunnen bepalen hoe de rechtsverhouding civielrechtelijk moet worden gekwalificeerd. De wijze waarop de rechtsverhouding tussen partijen is vormgegeven en feitelijk is ingevuld, is uitgangspunt voor de juridische kwalificatie van het optreden van ABN Amro.

2.6. ABN Amro betoogt verder dat zij niet heeft geadviseerd. Zij is bij het sluiten van de renteswap (slechts) als wederpartij van [verweerster 1] opgetreden. Zij heeft geen beleggingsdienst verleend. Tevens voert ABN Amro aan dat het aanbieden van een renteswap niet zonder meer kwalificeert als een beleggingsdienst. Dat is alleen het geval als [verweerster 1] de renteswap is aangegaan als belegging en dus als belegger heeft gesloten. Volgens ABN Amro dient het enkele aangaan van een renteswap ter afdekking van een renterisico niet als een belegging te worden aangemerkt, zodat zij daarom reeds geen beleggingsdienst heeft verleend.

2.7. Ten aanzien van het toezichtrechtelijke kader wordt het volgende overwogen. Een renteswap dient te worden aangemerkt als een financieel instrument (zoals ten tijde van het aangaan van de renteswap is gedefinieerd in artikel 1.1 Wft onder ‘financieel instrument’, sub f, thans in sub d van deze definitie). Het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een of meer specifieke financiële instrumenten aan een cliënt dient als ‘adviseren’ te worden aangemerkt (artikel 1.1 Wft onder ‘adviseren’). Het voor rekening van cliënten uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten is het verrichten van een beleggingsdienst (artikel 1.1 Wft onder ‘verlenen van een beleggingsdienst’ sub b). Met de implementatie van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten (PBL 145, p. 1) (MiFID) in de Wft, wordt het adviseren over financiële instrumenten tevens aangemerkt als het verlenen van een beleggingsdienst (artikel 1.1 Wft onder ‘verlenen van een beleggingsdienst’ sub d). Binnen de systematiek van de Wft dient [verweerster 1] niet als een professionele belegger te worden aangemerkt.

2.8. In het tussenarrest van 4 oktober 2010 is overwogen dat tussen partijen vaststaat dat zij een kredietrelatie hadden. [verweerster 1] was sinds de jaren ‘90 cliënt van ABN Amro. Het initiatief tot het aangaan van de renteswap kwam geheel van ABN Amro. Zij heeft [verweerster 1] uitgenodigd voor een voorlichtingsbijeenkomst. Het was een bijeenkomst die speciaal voor [verweerster 1] was belegd. Namens ABN Amro waren haar medewerkers [X], Senior Relatiemanager Bedrijven Eindhoven, en [Y], Treasury-adviseur, aanwezig. Volgens [verweerster 1] is van de kant van ABN Amro gezegd dat [verweerster 1] met haar financiering bij ABN Amro veel te veel renterisico’s zou lopen en dat ABN Amro daarvoor de oplossing had (inleidendes dagvaarding

onder 19). ABN Amro heeft dat niet voldoende gemotiveerd weersproken. [X] heeft tijdens de com-paritie in eerste aanleg verklaard dat hij in verband met een in 2006 aan [verweerster 1] verstrekte kredietofferte met [...] van [verweerster 1] heeft gesproken over het renterisico en dat ook is gesproken over renteswaps en rentecaps. Volgens ABN Amro (memorie van antwoord onder 32) is bij het verstrekken van de financiering in 2007 niet de voorwaarde gesteld dat het renterisico moest worden afgedekt. Het afdekken van het renterisico was volgens [X] in dit geval wel verstandig. Na de bijeenkomst is telefonisch contact geweest tussen [Y] en [verweerster 1], waarna de renteswap is gesloten. Partijen hebben met de renteswap beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het op het krediet toepasselijke eenmaands Euribortarief. Zonder de kredietovereenkomst en de bestaande kredietrelatie zou de renteswap niet zijn gesloten.

2.9. Onder de genoemde omstandigheden mocht [verweerster 1] in beginsel gerechtvaardigd ervan uitgaan dat bij het sluiten van de renteswap haar belangen werden behartigd door ABN Amro. De renteswap is gesloten in het kader van de bestaande kredietrelatie, in samenhang met een verstrekte financiering en is gepresenteerd door ABN Amro als zijnde in het belang van [verweerster 1] als cliënt en niet als voorwaarde voor de financiering. [verweerster 1] mocht aldus ervan uitgaan dat ABN Amro jegens haar optrad als dienstverlener en niet enkel als haar tegenpartij. De wijze waarop ABN Amro is opgetreden kan redelijkerwijs niet als enkel handel voor eigen rekening worden gekwalificeerd.

Gelet op de aard van de verleende dienst, het aan [verweerster 1] aanbevelen van een specifiek financieel instrument — een renteswap — die voor haar geschikt is ter afdekking van haar renterisico, gaat het om een op de omstandigheden van de persoon van de cliënt toegespitste aanbeveling, zodat [verweerster 1] door ABN Amro is geadviseerd.

Door als dienstverlener te handelen is ABN Amro als beleggingsonderneming in ieder geval (ook) voor rekening van [verweerster 1] als haar cliënt opgetreden en dient te worden gesproken van het uitvoeren van orders met betrekking tot een financieel instrument voor rekening van een cliënt. ABN Amro heeft met het sluiten van de renteswap aldus een beleggingsdienst verleend. De stelling van ABN Amro dat een cliënt met het enkele aangaan van een renteswap ter afdekking van een renterisico niet als een belegger optreedt, is derhalve onjuist.

2.10. [verweerster 1] stelt dat zij heeft gedwaald omtrent de eigenschappen en risico's die zijn verbonden aan de renteswap. Dit betreft met name de gevolgen die intreden in geval van een tussentijdse beëindiging van de renteswap, namelijk dat dan een negatieve marktwaarde voor haar rekening komt als het variabele Euribortarief lager is dan de swaprente. [verweerster 1] stelt dat ABN Amro haar daarover onvoldoende heeft geïnformeerd en haar

voor de gevolgen daarvan onvoldoende indringend heeft gewaarschuwd.

ABN Amro betwist dat.

2.11. Op grond van artikel 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar, indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. ABN Amro diende aldus die inlichtingen te verschaffen, die zij, gelet op de aard van de rechtsverhouding met [verweerster 1] en van de te sluiten overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [verweerster 1] omtrent die essentiële eigenschappen van de overeenkomst in dwaling zou kunnen komen. Anderzijds mag van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt. [verweerster 1] had dan ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat zij — binnen redelijke grenzen, mede afhankelijk van de rechtsrelatie met ABN Amro — was gehouden te voorkomen dat zij op basis van een onjuiste voorstelling van zaken de renteswap zou sluiten.

2.12. Op ABN Amro rustte in het kader van haar advisering een op artikel 7:401 BW gebaseerde zorgplicht. Deze kon meebrengen dat ABN Amro als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden [verweerster 1] uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's. Bij de beantwoording van de vraag of deze waarschuwingsplicht in het concrete geval daadwerkelijk bestaat, en zo ja, hoe ver deze strekt, dienen alle ter zake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren onder andere de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.

2.13. ABN Amro diende in het onderhavige geval — om aan de zojuist genoemde op haar rustende zorgplicht als adviseur te kunnen voldoen — de informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij diende onderzoek te doen naar de financiële positie, mede met het oog op de extra (margin)verplichtingen die een renteswap kan meebrengen, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Niet is gesteld of gebleken dat ABN Amro een dergelijk onderzoek heeft gedaan (zij meende immers dat geen adviesrelatie bestond) om op basis van de uitkomst daarvan te kunnen beoordelen of een renteswap voor [verweerster 1] geschikt was. Niet is gesteld of gebleken dat [verweerster 1] kennis had van en ervaring had met een product als het onderhavige. Aangenomen moet daarom worden dat [verweerster 1] ter zake als ondeskundig en onervaren moet worden aangemerkt. Ten aanzien van het geadvi-

seerde product geldt dat een renteswap in combinatie met langlopende leningen met een variabele rente een complex samenstel is van producten waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Een renteswap is een financieel instrument dat niet op de reguliere beurs wordt aangeboden of verhandeld en waarvan [verweerster 1] als niet-professionele partij niet geacht kan worden de kenmerken en risico's te kennen en te overzien. Het gaat om een derivatentransactie waarbij in geval van tussentijdse beëindiging een negatieve waarde kan ontstaan die voor rekening en risico komt van de cliënt.

2.14. Het voorgaande in aanmerking nemende en gezien de adviesrelatie tussen partijen rustte op ABN Amro voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Zij kon niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. Op verschillende plaatsen in de overgelegde documentatie wordt in algemene termen gewezen op het feit dat een derivatentransactie is gerelateerd aan een bepaalde onderliggende waarde. Die waarde van de renteswap is afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. de koers van die onderliggende waarde. Verder wordt erop gewezen dat bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap aan de cliënt in voorkomende gevallen een negatieve waarde in rekening wordt gebracht. Op basis van die informatie alleen is echter niet voldaan aan verplichting om [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van een renteswap en dan met name de risico's die zijn verbonden aan een tussentijdse beëindiging daarvan. In de verstrekte informatie wordt immers niet uitgelegd wat in het geval van [verweerster 1] de 'onderliggende waarde' is en hoe en onder welke omstandigheden de 'prijs c.q. koers' daarvan kan fluctueren en wat een 'unwinding' precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor [verweerster 1] kon op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben.

2.15. Op grond van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat ABN Amro met de schriftelijke informatie die zij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Weliswaar rustte op

[verweerster 1] ook een verplichting om de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, zo de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan ABN Amro om opheldering te vragen. [verweerster 1] mocht echter, in aanmerking genomen de rol van ABN Amro als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat ABN Amro haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat ABN Amro als adviseur haar belang niet op ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van [verweerster 1] ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld. Daarbij wordt verder in aanmerking genomen dat [verweerster 1] zich tot ABN Amro had gewend in het kader van de kredietverstrekking. Zij hoefde er in beginsel niet op bedacht te zijn dat ABN Amro haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienstverlener. ABN Amro heeft nog gesteld dat [verweerster 1] werd bijgestaan door een accountant en dat dit relevant is bij de beantwoording van de vraag of een eventuele dwaling voor rekening dient te komen van [verweerster 1], maar ABN Amro heeft niet concreet toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom de kennis van de accountant in de gegeven omstandigheden kan worden tegengeworpen aan [verweerster 1].

2.16. ABN Amro stelt dat zij [verweerster 1] mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap en heeft van die stelling bewijs aangeboden (memorie van grieven onder 33):

"De Bank heeft tijdens het gesprek op 20 september 2006 de hiervoor (onder randnummer 9 en verder) beschreven eigenschappen van de renteswap uitgelegd. [X] kan dat verklaren; de Bank biedt bewijs aan van haar stellingen middels het horen van [X] als getuige."

2.17. Het hof is van oordeel dat ABN Amro de stelling van [verweerster 1], inhoudende dat ABN Amro niet heeft voldaan aan de verplichting om [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie waren verbonden, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Het enkele hiervoor aangehaalde verweer van ABN Amro dat de in de memorie van grieven beschreven eigenschappen van de renteswap zijn uitgelegd, volstaat daartoe in de gegeven omstandigheden niet. Met name is van belang dat ABN Amro niet gemotiveerd duidelijk maakt dat en hoe zij [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft *gewaarschuwd* voor de aan te derivatentransactie verbonden risico's. Bij gebreke daarvan moet ervan worden uitgegaan dat ABN Amro die waarschuwing niet heeft gegeven en wordt aan bewijslevering niet toegestaan.

2.18. Het voorgaande betekent dat [verweerster 1] heeft gedwaald. Ten aanzien van het causaal ver-

band heeft [verweerster 1] zich op het standpunt gesteld dat als zij door ABN Amro juist en volledig was geïnformeerd, zij geen renteswap zou hebben gesloten. Haar standpunt houdt kort gezegd het volgende in (memorie van grieven onder 68): ABN Amro had [verweerster 1] juist en volledig moeten informeren over het geadviseerde product en had voldoende indringend op de risico's daarvan moeten wijzen. Nu dat niet is gebeurd, is sprake van een wilsgebrek en kan de overeenkomst worden vernietigd. [verweerster 1] kan een vordering uit onverschuldigde betaling geldend maken. [verweerster 1] stelt dat als zij voorafgaand aan het aangaan van de nieuwe financiering deugdelijk was voorgelicht, zij de keuze had uit de volgende alternatieven (memorie van grieven onder 117-118):

“(a) de risicovolle derivaten, (b) een rentecap (c) een vastrentecomponent, (d) een variabele rente, maar ook (e) afzien van de investering en simpelweg géén krediet. Als de Bank deze opties had toegelicht, met alle daarbij horende voor- en nadelen, dan had [verweerster 1] op gedegen informatie een eigen afweging kunnen maken, althans had de Bank passend kunnen én moeten adviseren. De Bank heeft dat evenwel niet gedaan en heeft een rentederivaat opgedrongen, omdat [verweerster 1] ‘renterisico’s’ zou lopen, dit met alle schade van dien. Daarmee heeft de Bank de keuze aan Eisers ontnomen, met name ook de keuze om van de investering af te zien omdat deze te duur of te risicovol is, c.q. zou kunnen zijn.”

Verder verwijst [verweerster 1] naar het door haar overgelegde rapport (productie 1 bij memorie van grieven) van een door haar ingeschakelde deskundige van Zeta Corporate Finance, die van oordeel is dat ABN Amro de renteswap had moeten ontraden en de mogelijke alternatieven, zoals niets doen, een rentecap of een swapstion aan [verweerster 1] had moeten presenteren.

2.19. De vordering van [verweerster 1] is uit verschillende onderdelen opgebouwd. Zij vordert uit onverschuldigde betaling de bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan (€ 63.720,54), vermeerderd met de negatieve marktwaarde van € 168.900 die [verweerster 1] aan ABN Amro heeft betaald. Verder vordert [verweerster 1] dat ABN Amro wordt veroordeeld een bedrag van € 46.242 te betalen ter zake van de verborgen marge die [verweerster 1] aan ABN Amro zou hebben betaald. Deze bedragen zijn ontleend aan het door [verweerster 1] overgelegde deskundigenrapport. Als bijlage V bij dit rapport is een berekening gevoegd van de beëindigingsvergoeding die [verweerster 1] verschuldigd zou zijn geweest als zij een rentevaste lening met een rente van 5% had gesloten in plaats van lening met een variabele rente in combinatie met de renteswap.

2.20. Voor het hof is niet aanstonds duidelijk wat [verweerster 1] in haar vordering bedoeld met “de bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan”. Uit de verwijzing van de [verweerster 1] naar

de door de deskundige berekende beëindigingsvergoeding bij een 5% rentevast-lening, in combinatie met de vordering tot betaling van hetgeen het vaste rentepercentage te boven gaat, zou kunnen worden geconcludeerd dat [verweerster 1] het standpunt inneemt dat zij in de fictieve situatie waarin ABN Amro haar mededelingsplicht wel was nagekomen een 5% rentevast-lening had gesloten. Haar vordering uit onverschuldigde betaling belooft daarvan uitgaande het verschil tussen hetgeen zij daadwerkelijk aan ABN Amro heeft betaald en de betalingen onder een 5% rentevast-lening. ABN Amro leest de vordering van [verweerster 1] ook op deze wijze. Uit de hiervoor aangehaalde stellingen (en ook uit andere passages in de processtukken van [verweerster 1]) blijkt echter dat [verweerster 1] uitdrukkelijk het standpunt inneemt dat zij geen 5% rentevast-lening zou hebben gesloten in de bedoelde fictieve situatie. Dat was slechts één van de mogelijke alternatieven.

2.21. ABN Amro gaat er (eveneens) uitdrukkelijk vanuit dat [verweerster 1] geen 5% rentevast-lening zou hebben gesloten in de bedoelde fictieve situatie. Dat was volgens haar niet mogelijk, omdat het tarief (inclusief opslag) voor [verweerster 1] voor een rentevast-lening van 10 jaar toentertijd 6,6% was. Het standpunt van ABN Amro is dat [verweerster 1] geen reële alternatieven had voor een renteswap en [verweerster 1] in de genoemde fictieve situatie eveneens voor een renteswap had gekozen.

2.22. Het hof is van oordeel dat dit standpunt van ABN Amro niet kan worden gevolgd. ABN Amro heeft [verweerster 1] ter afdekking van het renterisico een renteswap geadviseerd. [verweerster 1] was op dat moment al een krediet aangegaan waarop het eenmaands Euribortarief van toepassing was. Volgens ABN Amro was [verweerster 1] op grond van de kredietvoorwaarden niet gehouden het renterisico geheel of gedeeltelijk af te dekken. ABN Amro neemt ook feitelijk het standpunt in dat [verweerster 1] het renterisico slechts wenste af te dekken uit oogpunt van risicobeheersing (zie het schema in de memorie van antwoord onder 66). ABN Amro heeft in het kader van haar advisering verzuimd het vereiste onderzoek te doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Evenmin heeft ABN Amro [verweerster 1] juist en volledig geïnformeerd over de kenmerken en risico's van de renteswap. In het licht daarvan is de enkele stelling van ABN Amro dat [verweerster 1] ook in de fictieve situatie waarin ABN Amro haar verplichtingen correct was nagekomen een renteswap had gesloten onvoldoende gemotiveerd. Het hof acht voldoende aanneemelijk geworden dat als [verweerster 1] in de gegeven omstandigheden afdoende over de risico's en kosten van de renteswap was geïnformeerd, zij geen renteswap had gesloten. Daarmee slaagt het beroep van [verweerster 1] op dwaling.

2.23. De conclusie van hetgeen hiervoor is overwogen is dat [verweerster 1] de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd. Het hof komt

daarmee tot een ander oordeel dan de rechtbank. De subsidiair onder A gevorderde verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd, is toewijsbaar. De datum waarop de buitengerechtelijke vernietiging heeft plaatsgevonden (13 november 2002) is niet door ABN Amro bestreden, zodat daarvan zal worden uitgegaan.

2.24. Aan de vernietiging van de renteswapovereenkomst komt terugwerkende kracht toe. De vernietiging leidt ertoe dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd. Dit betekent dat [verweerster 1] uit onverschuldigde betaling gerechtigd is tot hetgeen zij per saldo onder de renteswapovereenkomst heeft betaald, bestaande uit de swaprente en het bedrag dat ter zake van de negatieve waarde is betaald, verminderd met de van ABN Amro ontvangen Euriborrente.

De concrete bedragen die [verweerster 1] in dit geding vordert, sluiten hierop niet geheel aan. Het gevorderde bedrag ter zake van de negatieve waarde zal worden toegewezen. Daarnaast vordert [verweerster 1] een bedrag van €46.242 wegens een haar in rekening gebrachte 'verborgen marge'. ABN Amro erkent dat een deel van de door haar in rekening gebrachte swaprente bestaat uit een marge en zij is niet concreet ingegaan op het door [verweerster 1] gevorderde bedrag, zodat het genoemde bedrag toewijsbaar is. Hiervoor is al overwogen dat – mede gelet op het verweer van ABN Amro – onduidelijk is waarop op de door [verweerster 1] gevorderde "bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan" betrekking hebben, zodat het in dat verband gevorderde bedrag van € 63.720,54 moet worden afgewezen.

2.25. Gezien de concrete bedragen die [verweerster 1] in dit geding vordert en de in hoger beroep geldende twee-conclusieregel, ziet het hof geen ruimte om [verweerster 1] in de gelegenheid te stellen haar vorderingen nader te specificeren en in verband daarmee haar eis te wijzigen. Een bedrag aan swaprente, verminderd met de van ABN Amro ontvangen Euriborrente, dat het bedrag van € 46.242 te boven gaat en waarop [verweerster 1] uit onverschuldigde betaling aanspraak kan maken, zal daarom door partijen buiten rechte of desnoods in een nieuwe procedure moeten worden vastgesteld.

2.26. [verweerster 1] vordert verder primair wettelijke handelsrente over de verschuldigde bedragen. De verschuldigheid daarvan en de ingangsdatum (21 februari 2012) zijn door ABN Amro niet bestreden, zodat de gevorderde rente zal worden toegewezen.

2.27. Grief 12 heeft betrekking op de vordering van [verweersters] ten aanzien van de terugbetaling van de risicofee. [verweerster 1] had in 2010 in het kader van de verhoging van het krediet aan ABN Amro een risicofee betaald van € 25.000. Op 9 september 2011 zijn [verweerster 1] en ABN Amro overeengekomen dat ABN Amro dit bedrag zou storeren als het krediet vóór of uiterlijk 1 januari 2012 zou zijn afgelost na de verkoop van de activa. Op 2 januari 2012 heeft [verweerster 1] met een ko-

per een overeenkomst tot verkoop van de activa gesloten. Uiteindelijk heeft het notarieel transport plaatsgevonden op 17 februari 2012, waarna het krediet is afgelost. ABN Amro was niet bereid de risicofee te storeren. De rechtbank heeft de vordering van [verweersters] ter zake van deze € 25.000 afgewezen.

2.28. Het hof komt niet tot een andere afweging dan de rechtbank. [verweersters] wisten in september 2011 dat de risicofee zou worden gestorneerd als uiterlijk op 1 januari 2012 het krediet zou zijn afgelost. Het was dan ook aan hen ervoor te zorgen dat zij die datum zouden halen. Het krediet is echter pas op 17 februari 2012 afgelost. Ook als ervan wordt uitgegaan dat ABN Amro aan [verweersters] te kennen heeft gegeven dat zij de risicofee zou storeren als [verweerster 1] en de koper de koopovereenkomst 'op of omstreeks 1 januari 2012' zouden tekenen en er 'vervolgens op korte termijn' zou worden geleverd, maakt dat geen verschil. Mede in aanmerking genomen de duur van de in september 2011 overeengekomen termijn tot uiterlijk 1 januari 2012, kan een levering op 17 februari 2012 redelijkerwijs niet worden beschouwd als een levering op korte termijn na 1 januari 2012. [verweersters] gaan ook zelf ervan uit (zie de inleidende dagvaarding onder 111) dat ABN Amro een 'kleine termijnoverschrijding' niet bezwaarlijk zou vinden. Een overschrijding van meer dan een maand is onder de omstandigheden zoals hiervoor vastgesteld geen kleine termijnoverschrijding.

2.29. In de memorie van grieven (onder 195 en 196) wordt gesteld dat het notarieel transport eerder dan 17 februari 2012 had kunnen plaatsvinden, maar dat dat weinig nut had, omdat ABN Amro op 2 januari 2012 al had laten weten, in weerwil van eerdere uitlatingen, dat [verweerster 1] te laat was omdat '2 januari nu eenmaal geen 1 januari is', zodat het voor [verweerster 1] toen geen zin meer had om het transport op zeer korte termijn te regelen. ABN Amro heeft dit betwist. Zij stelt dat op 2 januari 2012 geen bericht met een dergelijke strekking te hebben overgebracht aan [verweersters].

2.30. Het hof overweegt dat [verweersters] niet concreet stellen door wie en op welke wijze namens ABN Amro de door hen bedoelde mededeling is gedaan. Zij verwijzen slechts naar eigen correspondentie van latere datum. Dat op 2 januari 2012 de door hen gestelde mededeling is gedaan, is betwist, zodat van de juistheid van deze stelling niet kan worden uitgegaan. [verweersters] hebben ter zake geen (gespecificeerd) bewijsaanbod gedaan. Voor bewijsoverlevering is geen plaats. Los daarvan geldt dat de rechtbank – in hoger beroep onweersproken – in aanmerking heeft genomen dat als [verweerster 1] voorzag dat zij door omstandigheden (de notaris van de koper was niet beschikbaar) de overeengekomen datum niet zou gaan halen, zij met ABN Amro nadere afspraken had moeten maken over de inlosdatum. Dat heeft zij niet gedaan. ABN Amro heeft onweersproken gesteld (conclusie van antwoord onder 69) dat zij ervan mocht uitgaan dat de

overeengekomen termijn tot 1 januari 2012 redelijk was. [verweersters] hadden zelf toegezegd vóór deze datum de koop rond te hebben. ABN Amro mocht ervan uitgaan dat zij zich aan de overeengekomen termijn, die uit coulançe was gegeven, zouden houden. Voorafgaand aan het verstrijken van de termijn hebben [verweersters] geen contact met ABN Amro opgenomen. Onder deze omstandigheden is het hof met de rechtbank van oordeel dat [verweersters] niet achteraf aan ABN Amro kunnen tegenwerpen dat zij hen geen verder uitstel heeft willen toestaan en hen aan de overeengekomen datum wenste te houden. Grief 12 faalt daarmee.

2.31. De slotsom is dat de vorderingen van [verweerster 1] deels worden toegewezen zoals hierna zal worden vermeld. De vordering van [verweerster 2] is terecht afgewezen. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal ABN Amro worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties. De restitutievordering van [verweersters] is onbestreden gebleven, zodat deze zal worden toegewezen.

4. *Beslissing*

Het hof:
vernietigt het vonnis waarvan beroep;
en opnieuw rechtdoende:
verklaart voor recht dat de tussen [verweerster 1] en ABN Amro gesloten renteswapovereenkomst van 20 juni 2007 bij brief van 13 november 2012 rechtsgeldig is vernietigd;
veroordeelt ABN Amro € 168.900 aan [verweerster 1] te betalen vanwege de in rekening gebrachte negatieve marktwaarde, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW te rekenen vanaf 21 februari 2012 tot aan de dag van algehele betaling;
veroordeelt ABN Amro € 46.242 aan [verweerster 1] te betalen vanwege de in rekening gebrachte marge, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW te rekenen vanaf 21 februari 2012 tot aan de dag van algehele betaling;
veroordeelt ABN Amro in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [verweersters] begroot op € 3.791,71 aan verschotten en € 8.000 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 5.237,84 aan verschotten en € 6.526 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van dit arrest;
veroordeelt ABN Amro tot terugbetaling van hetgeen [verweersters] ter uitvoering van het geding in eerste aanleg aan ABN Amro hebben betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van algehele terugbetaling;
verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat het hof ten onrechte heeft geoordeeld en beslist zoals weergegeven in zijn hiervoor vermelde op 4 oktober 2016 en 28 november 2017 uitgesproken arresten, zulks om één of meer van de volgende, waar nodig in onderling verband en samenhang te beschouwen, redenen.

1. *Inleiding en algemeen kader van geschillen over rentederivaten*

1.1. *Introductie en leeswijzer*

1. Deze procedure gaat over een rentederivaat dat is afgesloten door een onderneming in het spectrum van zogenoemde midden- en kleinbedrijven. In Nederland zijn tussen 2005 en 2013 meer dan 18.000 rentederivaten gesloten tussen banken en MKB-ondernemingen, van eenmanszaken tot ondernemingen op het gebied van vastgoedontwikkeling met een volwaardige financiële en juridische afdeling. Nadat rentederivaten in de publieke belangstelling kwamen te staan en de Autoriteit Financiële Markten (de 'AFM') kritisch was over de dienstverlening van banken bij de verkoop van rentederivaten, zijn door vele MKB-ondernemingen klachten geuit en is een groot aantal procedures gestart. Voor zover de Bank heeft kunnen nagaan, zijn tussen 1 januari 2007 en 31 december 2017 in ieder geval 122 rechtbankvonnissen, 20 arresten door gerechtshoven en één arrest door de Hoge Raad gewezen die betrekking hadden op rentederivaten.¹ Daarnaast is ook bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening een groot aantal klachtprocedures aanhangig gemaakt.

2. Deze rechtspraak is casuïstisch van aard en de uitkomst hangt af van de omstandigheden van het geval. Klachten gebaseerd op dwaling worden in feitelijke instanties veelal afgewezen. De rechter kiest een op maat gesneden benadering, op basis van de door de bank in acht te nemen zorgplicht. Uit de rechtspraak volgt dat rentederivaten niet per definitie ongeschikt of risicovol zijn, maar passende instrumenten kunnen zijn om renterisico's te beheersen. Zoals hieronder in paragraaf 2 nader wordt uiteengezet, was dat volgens de Bank ook bij uitstek het geval in deze zaak.

a) [verweerster 1] is als ondernemer, met bijstand van haar accountant, een renteswap aangegaan met de Bank. [verweerster 1] wenste zekerheid omtrent haar financieringslasten. De financiering die zij aantrok ging zij aan voor de lange termijn ter aankoop van het [...] waarop zij haar bedrijf exploiteerde. Zij pachtte dit strand sinds jaar en dag voor een vaste vergoeding per maand, maar wenste het aan te schaffen, omdat de financiële lasten van een financiering lager zouden zijn dan de pacht. Als alternatief voor een, eveneens met haar

¹ In deze telling zijn meegenomen: eind-, tussen- en incidentele vonnissen en arresten.

besproken, vastrentende lening heeft [verweerster 1] gekozen voor een variabelrentende lening waarvan het renterisico gelijktijdig en integraal werd afgedekt met een renteswap. De renteswap was geschikt om het renterisico op die financiering af te dekken. Na ommekomst van de looptijd van de renteswap zouden er over en weer geen betalingsverplichtingen bestaan.

b) [verweerster 1] is, als gevolg van haar voortijdige beëindiging van de renteswap, de zgn. negatieve marktwaarde van die renteswap aan de Bank verschuldigd. Bij het sluiten van de renteswap was er geen indicatie dat de renteswap voortijdig zou (kunnen) worden beëindigd. Uit de beschikbaar gestelde documentatie en uit een drietal gesprekken wist [verweerster 1] of behoorde zij te begrijpen dat bij voortijdige beëindiging van de renteswap een aanzienlijk bedrag verschuldigd zou kunnen zijn, waarvan de omvang afhankelijk is van onzekere toekomstige gebeurtenissen. Economisch komt een dergelijke verplichting op hetzelfde neer als een beëindigingsvergoeding bij vervroegde aflossing van een vastrentende lening. Daarvoor zou [verweerster 1] naar eigen zeggen hebben gekozen, als zij meer (precieze) informatie had gekregen van de Bank. [verweerster 1] heeft daarvoor echter niet gekozen vanwege de lagere financiële lasten van een variabele lening met een renteswap.

3. Hoewel de concrete omstandigheden van het geval in de rentederivatenzaken variëren, stelt de Bank dit cassatieberoep in met de wens dat uw Raad de zaak, ondanks de verscheidenheid van MKB-ondernemingen, type rentederivaten en overige zaakspecifieke omstandigheden, zo 'breed' mogelijk wil afdoen, opdat voor wat betreft het leerstuk van dwaling zo veel mogelijk richting wordt gegeven voor de vele andere rentederivatenzaken die thans aanhangig zijn. Het middel stelt ook klachten voor over oordelen van het hof, die mogelijk geen aanleiding geven tot richtinggevende zaak overstijgende beslissingen voor andere zaken over rentederivaten. Toch zijn ook die klachten van wezenlijk belang voor de Bank en de financiële sector, omdat zij de vereiste zorgvuldigheid in de rechtspleging over financiële geschillen betreffen.

4. Het komt de Bank nuttig voor dat zij het maatschappelijk kader schetst waarbinnen deze zaak valt te bezien. Daartoe dient dit inleidend hoofdstuk 1. In dit inleidend hoofdstuk wordt ingegaan op:

- i. de werking van een renteswap (het meest voorkomende type rentederivaat, dat ook in deze zaak centraal staat);
- ii. de achtergrond van de klachten van MKB-ondernemingen over rentederivaten;
- iii. de herbeoordeling van dienstverlening door banken en het breed gedragen 'Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB'; en
- iv. de stand van de rechtspraak.

5. Na dit inleidend hoofdstuk volgt in hoofdstuk 2 een korte (aanvullende) beschrijving van de relevante feiten in de onderhavige zaak, waarna in

hoofdstuk 3 de cassatieklachten over 's hofs arrest volgen.

1.2. De werking van een renteswap

6. Een rentederivaat wordt overwegend aangegaan in combinatie met een krediet, dat veelal wordt verstrekt door de bank die ook het rentederivaat aanbiedt. Een rentederivaat biedt bescherming tegen het renterisico dat een kredietnemer loopt op een variabelrentende lening. Dit risico houdt in dat als de variabele rente stijgt, de financiële last onder de lening toeneemt. De kredietnemer is ondernemer is, ziet zich in dat geval geconfronteerd met hogere kosten voor geleend geld, hetgeen op het resultaat van de onderneming drukt en mogelijk een negatieve invloed heeft op de afloscapaciteit, de cashflow en potentieel de continuïteit. Kortom, de kredietnemer ondervindt onzekerheid over de bedrijfsvoering.² Veel ondernemers kunnen of willen dat risico niet lopen. Een rentederivaat biedt hiervoor een oplossing.

7. Er zijn verschillende soorten rentederivaten. Het meest voorkomende rentederivaat betreft de renteswap, het product dat ook in deze procedure centraal staat. Een renteswap is een overeenkomst tussen een klant en een bank waarbij het renterisico op één of meer variabelrentende leningen – geheel of gedeeltelijk – wordt afgedekt. Met de renteswap ruilt de klant het rentetarief op zijn/haar lening(en) geheel of gedeeltelijk met een ander rentetarief. Dit is vrijwel altijd een ruil van een variabel Euribor-tarief (lening) naar een vaste rente (renteswap). De klant betaalt door deze ruil per saldo de vaste swaprente plus de opslagen die hij/zij verschuldigd is onder de lening. De klant profiteert niet meer van een eventuele daling van de variabele rente, maar heeft ook geen last van een eventuele stijging. Economisch gezien heeft de klant hierdoor een lening met een vaste rente. Gedurende de looptijd van de renteswap betaalt de klant een vaste rente en het verloop van de rentestanden is voor hem niet meer relevant.

8. Er zijn ook andere soorten rentederivaten. Een voorbeeld is een rentederivaat waarbij binnen een bepaalde bandbreedte kan worden geprofiteerd van een mogelijke lagere variabele rente, maar waarbij een vast rentetarief verschuldigd is indien die variabele rente buiten die bandbreedte komt. Een ander voorbeeld is een rentederivaat waarbij een ondernemer tegen betaling van een premie wel beschermd is tegen rentestijging, maar nog wel kan profiteren van dalende rentes (een rentecap). Dergelijke rentederivaten spelen niet in deze procedure.

9. Een renteswap kent gedurende de looptijd een dagelijkse marktwaarde, die zowel positief als negatief kan zijn. De marktwaarde van een rente-

2 Autoriteit Financiële Markten, 'Aanbevelingen Rentederivaten-dienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB', februari 2014, p. 5 (online, <https://www.atm.nl/-/profmedia/files/rapporten/2013/aanbevelingen-rentederivatendienstverlening.pdf>).

swap wordt berekend aan de hand van het verschil tussen de overeengekomen vaste swaprente en de op het moment van berekenen geldende swaprente. Daarbij gaat het om de swaprente die op dat moment in de markt geldt om een nieuwe renteswap af te sluiten voor de resterende looptijd van de bestaande renteswap. Is de swaprente voor die resterende looptijd in de markt op dat moment hoger dan de overeengekomen vaste swaprente, dan is de marktwaarde positief. Is de swaprente voor de resterende looptijd in de markt op dat moment lager dan de overeengekomen vaste swaprente, dan is de marktwaarde negatief. De marktwaarde van de renteswap is (dus) niet afhankelijk van of rechtstreeks verbonden aan de stand van Euribor op het moment waarop de marktwaarde van renteswap wordt berekend.

10. De marktwaarde is voor MKB-ondernemingen alleen relevant als een renteswap tussentijds geheel of gedeeltelijk wordt beëindigd: de Bank hanteert als beleid dat een MKB-onderneming gedurende de looptijd van de renteswap geen additionele zekerheden (collateral) behoeft te stellen. Wat andere banken als beleid hanteren, kan de Bank niet beoordelen. De marktwaarde kan gedurende de looptijd van de renteswap evenmin leiden tot een aanvullende betalingsverplichting jegens de bank of een hogere rente. Aan het einde van de afgesproken looptijd van een renteswap heeft deze altijd een marktwaarde van nul.³ Hierin verschilt een renteswap van bijvoorbeeld een geschreven optie, die op de expiratedatum wel tot een verplichting kan leiden. De negatieve marktwaarde van een renteswap wordt op vergelijkbare manier berekend als de beëindigingsvergoeding die een leningnemer

met een vastrentende lening verschuldigd is indien hij zijn lening voor het einde van de rentevastperiode wenst te beëindigen. Een beëindigingsvergoeding kan – in tegenstelling tot de marktwaarde van een rentederivaat – echter niet positief zijn in de zin dat een leningnemer bij voortijdige beëindiging van een vastrentende lening enig bedrag ontvangt. Anders gezegd: de vervroegde aflossing van een vastrentende lening gaat altijd gepaard met een beëindigingsvergoeding,⁴ een voortijdige beëindiging van een renteswap resulteert voor de ondernemer afhankelijk van de marktwaarde in een te betalen of in een te ontvangen bedrag.

11. Een negatieve marktwaarde en een beëindigingsvergoeding van een vastrentende lening strekken tot vergoeding van het positief contractsbelang van de bank.⁵ De vervangingswaarde wordt immers vergeleken met de waarde van de overeenkomst die niet wordt uitgediend en het verschil wordt in rekening gebracht of betaald. De Bank heeft in het kader van haar eigen risicomanagement van de door haar met MKB-ondernemingen gesloten rentederivaten dezelfde (maar dan tegengestelde) posities (geaggregeerd) ingenomen. Bij de afwikkeling van rentederivaten moet de Bank deze door haar ingenomen (tegengestelde) positie sluiten en de in dat kader verschuldigde negatieve marktwaarde voldoen. Het bij de MKB-ondernemingen in rekening gebrachte bedrag van een negatieve marktwaarde betreft derhalve een vergoeding van de kosten die de Bank door de beëindiging maakt. Het is geen winst.

1.3. De achtergrond van de klachten van het MKB

12. In het kader van risicomanagement raakten rentederivaten in de jaren '90 en '00 steeds meer ingeburgerd en waren rond de eeuwwisseling gangbaar in het financieel-economische leven.⁶ Rentederivaten zijn tussen banken en een breed spectrum van klanten afgesloten. Rentederivaten werden afgesloten door beursgenoteerde multinationals, semipublieke instellingen, pensioenfondsen, woningcorporaties, middelgrote en kleinere bedrijven.

13. Een belangrijke reden voor het toenemen van gebruik van rentederivaten is dat een variabelrentende lening met een renteswap meestal goedkoper was (en is) dan een vastrentende lening met dezelfde looptijd en hoofdsom. Een rentederivaat biedt ook meer flexibiliteit dan een vastrentende lening, omdat slechts een deel van het renterisico kan worden afgedekt, meer mogelijkheden bestaan in de vorm van afdekking en de te kiezen variabelen⁷ en het rentederivaat kan dienen ter afdekking van

3 Autoriteit Financiële Markten, 'Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB', maart 2015, p. 27 (online, <https://www.afm.nl/-/profmedia/files/rapporten/2015/rentederivatendienstverlening-mkb.ashx>) en Minister van Financiën J.R.V.A. Dijsselbloem, 'Reactie verslag schriftelijk overleg rentederivaten MKB en verkenning dienstverlening MKB', kenmerk: FM/2014/1749 M p. 11-12 (online, <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2014/11/17/reactie-verslag-schriftelijk-overleg-rentederivaten-mkb-en-verkenning-dienstverlening-mkb/reactie-verslag-schriftelijk-overleg-rentederivaten-mkb-en-verkenning-dienstverlening-mkb.pdf>): "Benadrukt moet worden dat MKB-ondernemingen geen schade hoeven te ondervinden van een rentederivaat dat nu een negatieve marktwaarde heeft. Een negatieve marktwaarde is geen probleem voor een onderneming indien deze de looptijd van het derivaat uitdient. Naarmate de aflooptdatum van het rentederivaat dichterbij komt, gaat de waarde van het rentederivaat naar nul, hetgeen inhoudt dat zowel de onderneming als de bank aan het einde van de looptijd geen verplichtingen jegens elkaar meer hebben. Uit cijfers van de AFM blijkt dat ruim 70% van de rentederivatencontracten een resterende looptijd heeft die korter is dan vijf jaar. Mocht de onderneming voortijdig zijn rentederivaat willen beëindigen, bijvoorbeeld omdat hij de onderliggende financiering vervroegd aflost, dan moet de negatieve marktwaarde worden verrekend tussen de bank en de onderneming. Een negatieve marktwaarde materialiseert zich dus alleen als het rentederivaat voortijdig wordt beëindigd."

4 Deze kan overigens wel 0 bedragen.

5 Zie over een vergelijkbare wijze van berekenen van de aanspraak van een aanbieder van een aandelenleasecontract dat tussentijds wordt beëindigd HR 21 april 2017, ECLI:HR:2017:773, rov. 3.7.4.

6 P. Verhagen, 'Swaps', O&F 2002/50, p. 84 e.v.

7 Looptijd, ingangsdatum, hoofdsomverloop, deels of geheel profiteren van rentedalingen, etc.

éen of meer leningen die al dan niet gedurende de looptijd worden vervangen door andere leningen met dezelfde variabele rentevoet.⁸

14. Vanaf de eerste helft van 2009 kwamen rentederivaten in toenemende mate in de publieke belangstelling te staan, omdat duidelijk werd dat bepaalde grotere ondernemingen niet aan hun 'collateralverplichtingen' konden voldoen.⁹ De collateralverplichting houdt in dat onder derivatencontracten in de professionele markt bij een bepaalde negatieve marktwaarde een bedrag als zekerheid op een rekening bij de bank moet worden gestort. Omdat collateralverplichtingen door de Bank uitsluitend zijn opgelegd aan professionele beleggers en in aanmerking komende tegenpartijen in de zin van artikel 1:1 Wft, speelden deze problemen niet bij MKB-ondernemingen.¹⁰

15. In 2012 kondigde de AFM een verkennend onderzoek aan naar het gebruik van derivaten door semipublieke instellingen en het midden- en kleinbedrijf. MKB-ondernemingen klaagden erover dat banken hun onvoldoende hadden voorgelicht over de kenmerken en risico's van rentederivaten.¹¹ Zo stelden MKB-ondernemingen dat zij onvoldoende waren voorgelicht over (i) het risico van het ontwikkelen van een negatieve marktwaarde van de renteswap en (ii) de mogelijkheid dat de individuele opslag op de onderliggende (variabelrentende) lening werd verhoogd.¹² Voorts werden klachten geuit dat in bepaalde gevallen de variabelrentende lening en het gesloten rentederivaat niet geheel op elkaar aansloten. Een voorbeeld daarvan is dat het rentederivaat een langere looptijd kent dan de onderliggende lening.

16. In februari 2014 publiceerde de AFM *'Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening: voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB'*. De AFM overwoog dat rentederivaten een (goedkope) mogelijkheid boden om het renterisico op (langlopende) financiering af te dekken, maar door een sterke rentedaling een negatieve marktwaarde hebben ontwikkeld.¹³ De AFM riep banken op tot een herbeoordeling van hun dienstverlening over te gaan.

1.4. Herbeoordeling rentederivaten

17. De betrokken banken gaven gehoor aan de oproep van de AFM en zijn overgegaan tot een herbeoordeling van de door MKB-ondernemingen afgesloten rentederivaten. In het kader van deze herbeoordeling zijn de klanten van de Bank gecompenseerd van wie de individuele opslag was verhoogd op een variabel rentende lening die was afgedekt met een renteswap. Ook heeft de Bank, indien aanwezig, compensatie aangeboden van de nadelige gevolgen van verschillen tussen de modaliteiten van de onderliggende lening (hoofdsomverloop, looptijd, variabele rentesoort, etc.) en het gesloten rentederivaat, tenzij die verschillen op uitdrukkelijk verzoek van de klant waren gecreëerd.

1.5. Het Uniform Herstelkader

18. De AFM constateerde bij verschillende banken tekortkomingen in de herbeoordelingen. Om te voorkomen dat klanten op grond van deze onjuiste of onvolledige herbeoordelingen onvoldoende zouden worden gecompenseerd, achtte de Minister van Financiën het noodzakelijk dat alle dossiers op een uniforme wijze werden getoetst en gecompenseerd. De Minister heeft daartoe een commissie ingesteld van deskundigen (hierna: de *'Derivatencommissie'*)¹⁴ die zich na een uitgebreid onderzoek alsmede overleg met (vertegenwoordigers van) alle belanghebbenden een oordeel moest vormen over een correcte wijze van herbeoordeling en compensatie. De Derivatencommissie heeft in dat kader overleg gevoerd met tal van belangenorganisaties en banken.¹⁵

19. Na dit onderzoek en overleg heeft de Derivatencommissie een voorstel gedaan op grond waarvan alle rentederivatendossiers zouden kunnen worden herbeoordeeld en alle MKB-ondernemingen met een rentederivaat een aanbod tot compensatie zou kunnen worden gedaan: het zogeheten 'Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB' (hierna: het 'UHK'). De Bank, ING Bank, Rabobank, SNS Bank (thans, de Volksbank), F. Van Lanschot Bankiers en Deutsche Bank AG hebben zich bij het UHK aangesloten en zich daaraan geëngaat.¹⁶ Toezicht op de correcte naleving en uitvoering van het UHK rust bij de AFM en externe dossierbeoordelaars.¹⁷ De Derivatencommissie treedt indien nodig op als bindend adviseur in individuele gevallen.

20. Het UHK biedt een fijnmazig raamwerk op grond waarvan per klant berekend wordt of deze onder het bereik van het UHK valt en zo ja, welke compensatie passend is. Variabelen hierbij zijn onder meer: het soort rentederivaat, de aansluiting tussen het rentederivaat en de onderliggende finan-

8 Das kan ook een lening bij een andere bank zijn.

9 G. van der Marel & H. Verbraken, 'Corporatie verspeelt fortuin', *Financiële Dagblad* 4 april 2009.

10 Autoriteit Financiële Markten, 'Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB', maart 2015, p. 30 (online, <https://www.afm.nl/-/profmedia/files/rapporten/2015/rentederivatendienstverlening-mkb.ashx>).

11 E. Smit & J. Strop, 'Duizenden ondernemers bezitten 'giftige derivaten'', *De Volkskrant* 13 juli 2013.

12 E. Smit & J. Strop, 'Verstrikt in de fuik van de swap', *De Volkskrant* 13 juli 2013.

13 Autoriteit Financiële Markten, 'Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening: voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB', februari 2014, p. 4 (online, <https://www.afm.nl/-/profmedia/files/rapporten/2013/aanbevelingen-rentederivatendienstverlening.pdf>).

14 Bestaande uit [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 1].

15 MKB Nederland, ONL, Kenniscentrum Rentederivaten, Stichting Renteswapschadeclaim, Rabobank, ING Bank, ABN AMRO, Van Lanschot, de Volksbank (SNS), Deutsche Bank en verschillende ondernemers.

16 Paragraaf 1.2.1-1.2.2 UHK.

17 Paragraaf 1.2.6 UHK.

ciering en al dan niet gedane of aangeboden aflossingen op de financiering. Alle klanten die onder het bereik van het UHK vallen krijgen bovendien een coulancevergoeding aangeboden, ook indien geen sprake is van schade.¹⁸

21. Het UHK is breed geaccepteerd als een redelijke en passende oplossing voor de klachten over rentederivaten. Volgens de Stichting Renteswapschadeclaim wordt tenminste 90% van de bij de stichting aangesloten klanten onder het herstell kader zeer ruim gecompenseerd.¹⁹ De Minister heeft aangegeven het UHK goed en efficiënt uitvoerbaar te vinden en meent dat het UHK kan rekenen op een breed draagvlak van vertegenwoordigers van het MKB.²⁰ De Bank verwacht in 2018 aan al haar klanten met een rentederivaat een aanbod te hebben gedaan op grond van het UHK.²¹

1.6. De rechtspraak over rentederivaten

22. Een beschouwing van de 124 bij de Bank bekende uitspraken van overheidsrechters leert dat in het overgrote deel daarvan het beroep op dwaling wordt afgewezen. Vooral de gerechtshoven beoordelen een beroep op dwaling verschillend. Voornamelijk over de vraag in hoeverre schriftelijk informatiemateriaal over rentederivaten afdoende informatie gaf over het risico van het moeten vergoeden van een eventuele negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging lopen de oordelen uiteen.

23. In een arrest van 25 juli 2017 overwoog het Gerechtshof Amsterdam dat de appellant met de informatie uit de presentatie en de productkaart 'Interest Rate Swap' onvoldoende is geïnformeerd over het risico van het moeten voldoen van een negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging, zodat een beroep op dwaling slaagt.²² Tot eenzelfde oordeel kwam het Gerechtshof Amsterdam in zijn arrest dat in dit cassatieberoep wordt bestreden. Daarentegen overwoog het Gerechtshof Den Bosch in een arrest van 15 april 2014 op grond van hetzelfde schriftelijke informatiemateriaal die ook in dit cassatieberoep aan de orde is (Brochure OTC Derivaten en Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001), onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake *De Treek/Dexia* dat een beroep op dwaling faalt, omdat in dat informatiemateriaal het risico werd genoemd van een vergoe-

dingsplicht ter zake van een eventuele negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging van de renteswap.²³

24. In eerste aanleg is het beeld minder diffuus. Vrijwel alle rechtbanken wijzen een beroep op dwaling af, omdat de relevante kenmerken en risico's van rentederivaten in het verstrekte informatiemateriaal worden omschreven.²⁴ Alleen in één tussenvonnis van de rechtbank Noord-Nederland locatie Groningen is voorshands geoordeeld dat het beroep op dwaling kon slagen omdat het risico van het moeten voldoen van een eventuele negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging onvoldoende duidelijk zou zijn gemaakt.²⁵ Ook in deze zaak is het beroep op dwaling bij eindvonnis alsnog afgewezen.²⁶

25. Dat het toewijzende tussenvonnis een uitzondering betrof, volgt uit de grote hoeveelheid uitspraken waarin het beroep op dwaling is afgewezen. Uit 103 vonnissen volgt dat een beroep op dwaling is gedaan, waarbij slechts in vier vonnissen het beroep op dwaling is toegewezen.²⁷

26. Rechtbanken beoordelen de gemaakte verwijten op basis van de bancaire zorgplicht. De uitkomst van deze beoordeling is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waarbij met name van belang worden geacht: de geschiktheid van het gesloten rentederivaat, de professionaliteit van de klant, de eventuele deskundige bijstand van de klant en het verstrekte informatiemateriaal en de gegeven mondelinge toelichting door de medewerkers van de bank. Belangrijk daarbij is bovendien de

²³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052.

²⁴ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 11 april 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB1854, Rechtbank Amsterdam 10 april 2013 ECLI:NL:RBAMS:2013:7104, Rechtbank Amsterdam 19 februari 2014 ECLI:NL:RBAMS:2014:3541, Rechtbank Amsterdam 17 juni 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:3906, Rechtbank Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9692, Rechtbank Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:101, Rechtbank Noord-Nederland 30 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ5002, Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, Rechtbank Rotterdam 16 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2396, Rechtbank Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, Rechtbank Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6705, Rechtbank Oost-Brabant 29 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:489, Rechtbank Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429, Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, Rechtbank Oost-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7256 en Rechtbank Overijssel 16 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5762.

²⁵ Rechtbank Noord-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3078.

²⁶ Rechtbank Noord-Nederland 31 januari 2018, C/18/158070/15/149.

²⁷ Naast het genoemde tussenvonnis is het beroep op dwaling drie keer toegewezen omdat gedwaald zou zijn over andere niet in deze procedure ter discussie staande omstandigheden: Rechtbank Dordrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV7492, Rechtbank Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935 en Rechtbank Amsterdam 21 februari 2018, C/13/617865/HA ZA 16-1105.

¹⁸ Paragraaf 1.1.2 UHK.

¹⁹ Minister van Financiën J.R.V.A. Dijsselbloem, 'Reactie schriftelijk overleg rentederivaten in het MKB', kenmerk: 2016-0000097557, p. 11.

²⁰ Minister van Financiën J.R.V.A. Dijsselbloem, 'Reactie schriftelijk overleg rentederivaten in het MKB', kenmerk: 2016-0000097557, p. 8 en Derivatencommissie, 'Bericht van de Derivatencommissie: Herstell kader Rentederivaten, 19 december 2016, p. 2 (online, <https://www.derivatencommissie.nl/20170331%20-%20HKRD%20-%20Brochure%20NL.PDF>).

²¹ Ten aanzien van complexere gevallen kan een uitloop naar 2019 niet worden uitgesloten.

²² Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043.

vraag wat de klant zou hebben gedaan als hij meer of andere informatie over het rentederivaat zou hebben ontvangen. Veelal is een vastrentende lening het voor de hand liggende alternatief en een klant zou dan niet voordeliger uit zijn geweest, reden waarom veel vorderingen reeds stranden op het ontbreken van schade of causaal verband.

27. Met de door de rechtbanken gekozen aanpak van de beoordeling van klachten over rentederivaten wordt per klant een op maat gesneden oordeel gevormd over de vraag welke mate van zorg de bank ten opzichte van die klant in de gegeven omstandigheden in acht diende te nemen en welke gevolgen het eventueel niet in acht nemen van die zorg dan heeft gehad. Hiermee kiezen de rechtbanken voor een lijn die overeenstemt met de in het UHK gekozen benaderingswijze: een op de omstandigheden van het geval toegesneden oordeel/oplossing.

1.7. Kernbezwaar tegen de afwijkende benadering van het Hof Amsterdam

28. De Bank meent dat de rechter terughoudendheid aan de dag moet leggen ten aanzien van een beroep op dwaling in rentederivatenzaken. Dat verklaart ook de primaire insteek van het cassatieberoep in onderdeel 11, die berust op de lijn die de Hoge Raad in de effectenleaszaken voor de beslechting van contractuele massavorderingen heeft ingezet. Daarmee zegt de Bank niet dat dwaling nooit aan de orde kan zijn, echter niet als het kenmerk waarover gedwaald zou zijn in de productinformatie uitdrukkelijk wordt genoemd. Daarbij is terughoudendheid van een beroep op dwaling te meer geboden, nu het UHK een onder druk van de politiek en de AFM tot stand gekomen regeling geeft die voor veel klanten een goede oplossing biedt. De twee dwalingsarresten van het Gerechtshof Amsterdam, waaronder zijn arrest in deze zaak, staan hier haaks op. Zij dragen niet bij aan een evenwichtige, faire en efficiënte collectieve geschilbeslechting.

2. Feiten in de zaak [verweerster 1]

29. In dit cassatieberoep dienen de volgende, verkort weergegeven, feiten tot uitgangspunt.

30. [verweerster 1] is met de Bank een renteswap overeengekomen in verband met de financiering van de aankoop van onroerend goed dat door [verweerster 1] reeds in gebruik was op basis van een pachtovereenkomst. De Bank heeft aan [verweerster 1] een lening verstrekt van € 1.075.000 met een looptijd van tien jaren en een variabele rente bestaande uit het eenmaands Euribor-tarief en een individuele opslag van 1,35% per jaar.²⁸

31. Zoals in vele geschillen over renteswaps betreft de kern van het geschil in deze zaak de allocatie van het risico van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging van de swap. De onderhavige zaak kan, zoals gezegd, gelden als een 'voorbeeldzaak' voor een deel van de hierboven bedoelde

renteswap-zaken. De onderhavige zaak laat zich kenmerken door de volgende aspecten:

- i. [verweerster 1] is een onderneming.²⁹
- ii. Zij werd bij de totstandkoming van de renteswap bijgestaan en geadviseerd door haar accountant, die optrad als haar financieel adviseur.³⁰
- iii. [verweerster 1] had alvorens de renteswap aan te gaan meermaals langlopende financieringen met een vaste rente afgesloten.³¹
- iv. [verweerster 1] wenste bij het aantrekken van een langlopende financiering in juni 2007 ook geen renterisico te lopen, zij wenste zekerheid om trent haar financieringslasten.³²
- v. [verweerster 1] was niet voornemens de door haar in 2007 aan te trekken financiering voortijdig en/of de daarmee samenhangende renteswap voortijdig te beëindigen.³³
- vi. De hieronder weergegeven contractsdocumentatie geeft informatie over het risico van een negatieve waarde.

vii. De Bank heeft gesteld en te bewijzen aangeboden dat zij met [verweerster 1] in 2006 en 2007 over de werking van de renteswap heeft gesproken en de kenmerken daarvan heeft toegelicht.

viii. De renteswap die [verweerster 1] is aangegaan, is een zogenoemde 'plain vanilla' renteswap, wat betekent dat het gaat om de meest eenvoudige variant van een renteswap.³⁴

32. In verband met het aangaan van de renteswap is documentatie verstrekt aan [verweerster 1]. Daarin zijn de volgende teksten opgenomen.³⁵

- i. In de op 19 juni 2007 tot stand gekomen kredietovereenkomst (de 'Kredietovereenkomst') is onder meer bepaald:

"OTC-derivaten (nieuw)

- ABN AMRO is bereid om, tot wederopzegging, aan de Kredietnemer, hierna ook te noemen: 'Cliënt', de mogelijkheid te geven om derivatentransacties aan te gaan. Dit betekent niet dat ABN AMRO verplicht is om een transactie met de Cliënt aan te gaan. ABN AMRO heeft het recht om elke transactie afzonderlijk te beoordelen.

- De hiervoor genoemde zekerheden en/of verklaringen strekken tevens tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van derivatentransacties.

- De bijgesloten Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zijn van toepassing op alle derivatentransacties tussen de Client en ABN AMRO. Door ondertekening van deze

²⁹ CvA nr. 4 en MvA nr. 27 en 56.

³⁰ CvA nr. 9 t/m 12 en 51 en MvA nr. 29, 40 t/m 43, 54 t/m 56, 65, 75 en 84 t/m 93.

³¹ CvA nr. 5 en MvA nr. 28.

³² Rov. 3.7 Tussenarrest, CvA nr. 30, MvA nr. 40, 45, 66 en 70.

³³ CvA nr. 48, 50 en 63, MvA nr. 66.

³⁴ Vgl. de definitie in de 'Veel gebruikte begrippen bij de Treasurysdienstverlening', onderdeel van productie 2. Zie voor een beschrijving van de onderhavige renteswap MvA nr. 9 t/m 25.

³⁵ Citaten in rov. 2.4 t/m 2.10 Tussenarrest en CvA nr. 44 t/m 46 en MvA nr. 52.

²⁸ Rov. 2.3 Tussenarrest.

Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt een exemplaar van deze Algemene Bepalingen te hebben ontvangen.

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

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

- ii. Een PowerPointpresentatie van de Bank die op 19 juni 2007 is gehouden voor en besproken met [verweerster 1] en haar accountant (de 'Presentatie') vermeldt:

"Beschrijving van het product

Een Rente Swap (Interest Rate Swap, IRS) is een afspraak tussen twee partijen om gedurende een bepaalde periode de betaling van een geïndexeerde, variabele rente (bijvoorbeeld Euribor) te ruilen tegen de betaling van een vaste rente. Op deze wijze kan een rentetarif op basis van variabele rente synthetisch worden gefixeerd. [...]

Belangrijke kenmerken

[...]

De koper kan een Rente Swap tussentijds beëindigen. Een positieve waarde wordt door ABN AMRO uitgekeerd, een negatieve waarde wordt in rekening gebracht. De waarde is afhankelijk van de marktomstandigheden op het moment van verkoop.

De marktwaarde van de met u overeengekomen Rente Swap kan zich gedurende de looptijd zowel positief als negatief ontwikkelen. Als gevolg hiervan kan door ABN AMRO een zekerheidstelling worden verlangd.

Risico

Een Rente Swap is een OTC (over the counter) derivatentransactie. Een OTC-derivatentransactie is een overeenkomst tussen twee partijen die buiten de geregelende beurzen om tot stand komt en waarbij één of beide prestaties afhankelijk zijn van koersbewegingen van een onderliggende waarde. Hoewel OTC-derivatentransacties veelal worden afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie of andere transactie, is er geen direct verband. Bij voortijdige beëindiging of tussentijdse wijziging van de onderliggende transactie, blijven de rechten en/of plichten voortvloeiende uit de Rente Swap onverminderd van kracht.

Indien de daadwerkelijke renteontwikkeling afwijkt van uw verwachting, bestaat – achteraf

gezien – het risico dat de keuze voor een andere strategie een betere oplossing zou zijn geweest. Op het moment dat de transactie wordt gesloten kunt u, op basis van de geaccepteerde variabelen, het risico vaststellen. Daarmee accepteert u dat risico.

[...]"

- iii. In de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 (de 'ABD') is, voor zover hier van belang, bepaald:

"In geval van opeising stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro's vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gederfde winst verschuldigd is. Deze vergoeding bestaat uit de som van:

1. door de Cliënt niet nagekomen betalingsverplichtingen uit hoofde van de transacties;
2. de waarde van de transacties, berekend op basis van de vervangingswaarde van de transacties;
3. door ABN AMRO gemaakte fundingkosten, kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties;
4. overige door ABN AMRO geleden verlies of gederfde winst voortvloeiende uit de transacties; ongeacht de valuta waarin de Vorderingen luiden.

Voor zover de opeising voor ABN AMRO tevens voordeel oplevert, zal ABN AMRO hiermee rekening houden bij de vaststelling van de vergoeding."

- iv. In de brochure 'OTC-derivatentransacties' van juni 2006 (de 'Brochure') wordt vermeld:

"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 c.q. koers van die onderliggende waarde.

Indien een transactie vervoegd 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."

33. De inhoud van de documentatie die door banken in het kader van renteswaps is verstrekt aan de wederpartij, verschilt uiteraard van bank tot bank. In veel renteswapzaken bevat de documentatie evenwel teksten die naar inhoud en strekking vergelijkbaar zijn met de hierboven weergegeven passages.

34. De Bank heeft gemotiveerd gesteld — met aanbieding van getuigenbewijs — dat verschillende besprekingen met [verweerster 1] hebben plaatsgevonden waarin de eigenschappen van een renteswap zoals de onderhavige zijn uitgelegd.³⁶ Concreet gaat het om de volgende besprekingen:

(1) Op 20 september 2006 heeft, in verband met een andere financiering, een bespreking plaatsgevonden waarin is gesproken over afdekking van het renterisico door middel van een renteswap. Daarbij zijn de kenmerken en de werking van een renteswap besproken, zulks mede in verband met het alternatief van een vastrentende lening.³⁷

(2) In april 2007 is met [verweerster 1] gesproken over de financiering van de aankoop van het [...]. Daarbij is opnieuw mondeling informatie verschaft over de kenmerken van een renteswap.³⁸

(3) Op 19 juni 2007 heeft een voorlichtingsbijeenkomst plaatsgevonden, waarbij ook een Treasury-adviseur van de Bank aanwezig was en de accountant van [verweerster 1] die als financieel adviseur optrad. Tijdens deze bespreking zijn de kenmerken van een renteswap besproken en is de in rov. 2.5 van het tussenarrest van 4 oktober 2016 vermelde Presentatie gegeven waarop een mondelinge toelichting is verstrekt.³⁹

3. *Cassatieklachten*

Onderdeel 1 – Mededelingsplicht bij dwaling versus zorgplicht

1. In rov. 2.10 t/m 2.17 Eindarrest beoordeelt het hof of de Bank een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft geschonden. Het hof concludeert dat dit het geval is. 's Hof's gedachtegang komt, in de kern, neer op het volgende.

i. In rov. 2.11 Eindarrest stelt het hof voorop dat de Bank de inlichtingen diende te verschaffen die zij, geleet op de aard van de rechtsverhouding met [verweerster 1] en van de te sluiten overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [verweerster 1] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst in dwaling zou kunnen komen. Anderzijds mag van een gemiddeld geïnformeerde, onzijdig en oplettende handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt;

ii. In rov. 2.12 Eindarrest oordeelt het hof dat op de Bank in het kader van haar advisering een op art. 7:401 BW gebaseerde zorgplicht rustte, die kon meebrengen dat de Bank als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden [verweerster 1] uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te

waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's;

iii. Vervolgens oordeelt het hof in rov. 2.13 Eindarrest dat de Bank in het onderhavige geval om de in rov. 2.12 Eindarrest bedoelde zorgplicht te voldoen, de informatie diende in te winnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij diende onderzoek te doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1], alsmede naar de geschiktheid van de renteswap voor [verweerster 1]. Vgl. rov. 2.22 Eindarrest, waar het hof ook bij de beoordeling van het causaal verband verwijst naar deze onderzoeksplicht;

iv. Het voorgaande in aanmerking nemende en gezien de adviesrelatie, hanteert het hof in rov. 2.14 jo. 2.15 Eindarrest bij de beoordeling van de door de Bank verstrekte documentatie als maatstaf dat op de Bank voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting rustte [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Met de schriftelijke informatie die de Bank heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap heeft zij, naar het hof concludeert in rov. 2.15 Eindarrest, niet voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW. Daarbij kent het hof, kort gezegd, betekenis eraan toe dat [verweerster 1], in aanmerking genomen de adviseursrol van de Bank, redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat de Bank haar juist en volledig zou informeren en als adviseur haar belang voor ogen had, zodat haar niet kan worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld;

v. In rov. 2.17 Eindarrest oordeelt het hof dat de Bank onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij niet heeft voldaan aan de verplichting om [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie waren verbonden. De enkele stalling van de Bank dat tijdens een bespreking van 20 september 2006 de werking van de renteswap is uitgelegd, volstaat daartoe in de gegeven omstandigheden niet. Met name heeft de Bank niet gemotiveerd duidelijk gemaakt dat zij [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen heeft *gewaarschuwd* voor de aan de derivatentransactie verbonden risico's. Bij gebreke daarvan moet ervan worden uitgegaan dat de Bank die waarschuwing niet heeft gegeven en wordt aan bewijsoverlevering niet toegekomen.

De mededelingsplicht moet worden onderscheiden van de zorgplicht; het hof miskent De Treek/Dexia Bank en Levob/Bolle

1.1. Door te oordelen zoals vermeld onder 1 heeft het hof een onjuiste maatstaf aangelegd voor de beoordeling of in een geval als het onderhavige sprake is van (een schending van) een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Het hof heeft immers bij die beoordeling een op

36 CVA nr. 6, 9 t/m 12, 33, 44, 51 en 52 en MvA nr. 30 t/m 34, 37 t/m 42, 87 t/m 92, 96 t/m 98 en 106.

37 CVA nr. 6 en MvA 30 t/m 34.

38 MvA nr. 37 t/m 40.

39 CVA nr. 9 t/m 12 en MvA nr. 40 t/m 42.

art. 7:401 BW gebaseerde zorgplicht tot uitgangspunt genomen, die naar zijn oordeel met zich brengt dat de Bank als adviseur van [verweerster 1] de onder ii en v bedoelde waarschuwingsplicht heeft, het onder iii bedoelde onderzoek diende te verrichten, de onder iv bedoelde informatieverplichting had en [verweerster 1] niet kan worden tegengeworpen geen vragen te hebben gesteld zoals bedoeld onder iv. Uit HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 (*De Treck/Dexia Bank*) en HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/183 (*Levoh/Bolle*) volgt echter dat de vraag of en in welke mate de Bank een mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW had jegens [verweerster 1] ten tijde van het aangaan van de renteswap, rechte tens moet worden onderscheiden van de vraag of de Bank een uit een zorgplicht voortvloeiende waarschuwings- of informatieplicht en/of onderzoeksplicht had. Voor de beantwoording van deze vragen gelden verschillende maatstaven. Daarbij geldt dat de waarschuwings-, informatie- of onderzoeksplicht verder gaat dan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW, onder meer doordat laatstbedoelde plicht mede wordt bepaald door hetgeen in de gegeven omstandigheden van het geval aan begrip bij de wederpartij mag worden verwacht en welke inspanningen van hem mogen worden verlangd om de inhoud van de overeenkomst te begrijpen.

Een adviesrelatie leidt niet tot een verplichting op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW om indringend en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren en te waarschuwen

1.2. Het hof heeft in rov. 2.5 e.v. Eindarrest en de onder 1 vermelde oordelen betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de Bank bij het aangaan van de renteswap in een adviesrelatie stond met [verweerster 1], in het kader waarvan ook orders zijn uitgevoerd voor rekening van [verweerster 1]. Reeds op grond van wat is betoogd in subonderdeel 1.1, kan die adviesrelatie niet ertoe leiden dat de Bank op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW wél de bedoelde waarschuwings-, informatie- of onderzoeksplicht had. Daarbij komt dat het hof bij zijn beoordeling van de mededelingsplicht van de Bank op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW zich geen (kenbare) rekenschap heeft gegeven van de aard en reikwijdte van de adviesrelatie in de concrete omstandigheden van het geval. De ene adviesrelatie is de andere niet en het bestaan en omvang van een zorgplicht en het al dan niet bestaan van een waarschuwingsplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Zoals volgt uit de stellingen van de Bank, was de adviesrelatie verweven met de kredietverstrekking door de Bank (waarbij [verweerster 1] veeleer als contractuele wederpartij valt aan te merken) en met de wens van [verweerster 1] haar renterisico op het verzochte krediet te beperken, wat [verweerster 1], zoals de Bank gemotiveerd

heeft gesteld,⁴⁰ meestal voor haar lange termijn financieringen deed (maar dan met een vaste rente).⁴¹ De adviesrelatie had aldus betrekking op één transactie met één renteswap, die niet was aangegaan met een speculatief doel maar uitsluitend met het doel om het renterisico op een krediet te beheersen,⁴² waarvoor de renteswap geschikt was.⁴³ Voorts was [verweerster 1] reeds in twee eerdere besprekingen in 2006 en 2007 voorgelicht over de werking van een renteswap.⁴⁴ Het hof diende, in elk geval in verband met de vraag of op de Bank een meer indringende mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW rustte vanwege het bestaan van een adviesrelatie, mede rekenschap te geven van deze concrete omstandigheden van het geval. Door dit na te laten heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij zijn oordeel dat op de Bank een meer indringende mededelingsplicht rustte, ontoereikend gemotiveerd.

1.2.1. Het hof heeft zijn oordeel in rov. 2.5 e.v. Eindarrest over het bestaan van een adviesrelatie zoals bedoeld grotendeels gebaseerd op de toezicht-rechtelijke regelgeving in de Wft en de MIFID.⁴⁵ Deze regelgeving verplichtte, anders dan het hof kennelijk veronderstelt in rov. 2.12 e.v. Eindarrest, ten tijde van het aangaan van de renteswap niet tot het 'indringend en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen waarschuwen' in geval van een adviesrelatie als de onderhavige. Anders dan het hof voorts kennelijk heeft geoordeeld in rov. 2.14 Eindarrest, liet en laat de Wft, net als de MIFID en MIFID II, juist gestandaardiseerde informatieverstrekking toe, ook in het geval van een adviesrelatie.⁴⁶

1.2.2. Wat betreft de achtergrond van het advies van de Bank om het renterisico af te dekken met een renteswap, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, voorts onbegrijpelijk dat het hof in rov. 2.8, 3e volzin, en 2.22 Eindarrest betekenis eraan toekent dat het initiatief tot het aangaan van de renteswap geheel van de Bank kwam, terwijl [verweerster 1] op dat moment al het krediet was aangegaan. Het hof gaat met deze oordelen eraan voorbij dat het krediet en de renteswap volgens de stellingen van de Bank, zoals in veel rentederivatenzaken, samenhangen en gezamenlijk tot stand zijn gekomen. De Bank heeft gesteld (van welke stelling getuigenbewijs is aangeboden)⁴⁷ dat reeds in april 2007 met [verweerster 1] was gesproken over de mogelijkheid het [...] aan te kopen met een variabelrentende financiering waarvan het renterisico zou worden af-

40 MvA nr. 28.

41 Expliciet over de strekking van de renteswap rov. 3.7 Tussenarrest en rov. 2.8, slot, Eindarrest.

42 CvA nr. 55 t/m 60, MvA nr. 30 t/m 44 en antwoord-akte na tussenarrest nr. 17 t/m 19, 29 t/m 33.

43 Zie rov. 4.8 van het vonnis van 9 april 2014, CvA nr. 55, 59 en 60 en MvA nr. 123 t/m 126.

44 CvA nr. 6, 9 t/m 12, 33, 44, 51 en 52 en MvA nr. 30 t/m 34, 37 t/m 42, 87 t/m 92, 96 t/m 98 en 106.

45 Zie hierover CvA nr. 58.

46 Zie art. 4:20 lid 6 Wft.

47 MvA nr. 37 t/m 44.

gedekt met een renteswap (waarmee de facto voor een vaste rente werd gekozen). Van een gesprek met een treasury-adviseur, dat volgens de gebruikelijk gang van zaken moest plaatsvinden, is het toen niet gekomen omdat de financiering toen niet is doorgegaan; de offerte is verlopen op 8 mei 2007. Het voorlichtingsgesprek van 19 juni 2007 vond plaats, omdat [verweerster 1] nog steeds geïnteresseerd was in een lening met een variabel Euribor-rentetarief met renteswap. Vaststaat verder dat de kredietofferte dateert van 18 juni 2007 maar is getekend op 19 juni 2007 voorafgaand aan de zojuist bedoelde bespreking⁴⁸ en de swap op 20 juni 2007 is aangegaan, dus een dag later. Dit bevestigt dat het krediet en de renteswap, zoals in derivatenzaken meestal het geval is, van meet af aan samenhangen en tezamen tot stand zijn gekomen en er geen sprake is van opeenvolgende gebeurtenissen waar het hof van uitgaat, waarbij éérs voor een variabelrentende financiering zou zijn gekozen zonder dat [verweerster 1] het renterisico wenste af te dekken en zij pas daarna op advies/initiatief van de Bank het renterisico op die financiering (alsnog) met de renteswap heeft afgedekt.

Een onderzoeksplicht leidt niet tot een verplichting op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW om indringend en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren en te waarschuwen

1.3. Het hof heeft blijkens de onder 1 vermelde oordelen bij de beoordeling van de mededelingsplicht van de Bank betekenis toegekend aan (een niet-naleving van) de onder iii vermelde onderzoeksplicht. Die omstandigheid is echter rechtens irrelevant, reeds gelet op wat is betoogd in subonderdeel 1.1. Die (niet-naleving van de) onderzoeksplicht is temeer rechtens irrelevant voor de mededelingsplicht van de Bank, omdat de door [verweerster 1] gestelde (in rov. 2.10 weergegeven) dwaling in essentie inhoudt dat zij een onjuiste voorstelling van zaken had over het rechtsgevolg dat intreedt in geval van een tussentijdse beëindiging van de renteswap. In het bij zonder stelt [verweerster 1] niet te hebben begrepen dat in een dergelijk geval een eventuele negatieve waarde van de renteswap voor haar rekening komt. De onder iii vermelde onderzoeksplicht ziet echter op de 'financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid' van [verweerster 1] en strekt blijkens rov. 2.13 ertoe te 'kunnen beoordelen of een renteswap voor [verweerster 1] geschikt was'. Deze onderzoeksplicht strekt rechtens (dus) niet tot bescherming van [verweerster 1] tegen (het aangaan van een overeenkomst met) een verkeerde voorstelling van zaken, waartegen art. 6:228 lid 1 sub b BW bescherming biedt. In elk geval valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in te zien wat de relevantie is van (het ontbreken van onderzoek naar) de geschiktheid van de renteswap voor [verweerster 1]

bij de beantwoording van de vraag of zij een verkeerde voorstelling van zaken had van het risico van een betalingsverplichting in geval van een negatieve waarde van de renteswap bij tussentijdse beëindiging en de vraag of de Bank terzake van dat risico een mededelingsplicht had.

1.3.1. De door het hof aangenomen verplichting tot het verrichten van het onder iii vermelde onderzoek en/of het niet verricht zijn van dat onderzoek heeft rechtens in ieder geval niet tot gevolg dat op de Bank op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW een meer indringende mededelingsplicht rust. Daarbij geldt dat een voor de aard en reikwijdte van een mededelingsplicht relevante onderzoeksplicht naar de onder iii genoemde punten uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW zich hooguit kan uitstrekken tot de vraag welke eigenschappen van de te sluiten overeenkomst essentieel zijn voor [verweerster 1]. Niet-naleving van die onderzoeksplicht kan dan hooguit ertoe leiden dat de Bank, als zij dit onderzoek verzaakt, het risico draagt van haar onjuiste begrip over dit voor [verweerster 1] essentiële karakter van bepaalde eigenschappen. Dat is echter iets wezenlijk anders dan dat terzake van een dergelijke essentiële eigenschap een meer indringende mededeling kan worden gevergd. Voor zover het hof dit heeft miskend met zijn onder 1 vermelde oordelen en in het bijzonder het stellen van de vereisten 'in niet mis te verstane bewoordingen' en 'waarschuwen', heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

1.3.2. Het hof heeft voorts/althans met zijn onder 1 vermelde oordelen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft nagelaten (kenbaar) te onderzoeken en vast te stellen waartoe het onderzoek zou hebben geleid dat de Bank volgens het hof had behoren te verrichten. Zonder vaststelling van het hypothetische resultaat waartoe dat onderzoek concreet zou hebben geleid, kan ook niet worden vastgesteld dat er feitelijk grond is voor (want een beschermingsbehoefte bestaat aan) een meer indringende mededelingsplicht, die immers ertoe strekt te voorkomen dat de wederpartij een overeenkomst sluit met een verkeerde voorstelling van zaken. Zo zal, indien dit onderzoek ertoe zou hebben geleid dat een renteswap wel geschikt/passend was, geen concrete aanleiding bestaan voor een meer indringende mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW.

1.3.3. Bij de klacht van subonderdeel 1.3.2 komt dat de Bank gemotiveerd heeft gesteld dat een tussentijdse beëindiging ten tijde van het aangaan van de renteswap geen scenario was dat voor [verweerster 1] realiter in de lijn der verwachtingen lag. [verweerster 1] had juist niet de intentie op korte termijn die lening af te lossen nu zij de eerst gepachte en vervolgens aangekochte grond al sinds jaar en dag voor de exploitatie van haar bedrijf gebruikte en het bovendien haar intentie was haar activiteiten op die grond op de langere termijn verder uit te breiden. De reden dat de renteswap tussentijds is beëindigd, is dat [verweerster 1] in de loop van 2009 in fi-

48 Zie p-v comparitie van 9 januari 2014, p. 3.

nanciële problemen was komen te verkeren en zij in 2011 een koper vond voor het [...], waarvoor het krediet moest worden afgelost.⁴⁹ De Bank heeft, in respons op het zorgplichtverwijf van [verweerster 1], voorts gesteld⁵⁰ dat de met [verweerster 1] overeengekomen renteswap passend/geschikt was, zij zich heeft vergewist van de positie en doelstellingen van [verweerster 1], waarmee zij — zoals in rentederivaten meestal het geval is — als haar financier goed bekend was, en dat de financieringslasten voor [verweerster 1] na aankoop van de grand en financiering daarvan met een variabele rente en de renteswap een stuk lager zouden uitvallen dan haar pachtverplichtingen die zij tot dan toe voor diezelfde grand betaalde. Uit deze stellingen volgt enerzijds dat indien de Bank onderzoek had gedaan naar de risicobereidheid bij [verweerster 1], hieruit niet zou zijn gevolgd dat de mogelijkheid van een tussentijdse beëindiging (met een negatieve waarde) was te beschouwen als een risico met (wezenlijke) invloed op [verweerster 1]'s keuze. Anderzijds is 's hof onderdeel in rov. 2.13 Eindarrest dat niet is gesteld of gebleken dat de Bank een onderzoek als bedoeld onder iii heeft gedaan (en niet al over de relevante informatie beschikte), onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.

1.3.4. Overigens heeft het hof bij zijn beoordeling van de door [verweerster 1] gestelde mededelingsplicht in strijd met de twee-conclusies-regel van art. 347 lid 1 Rv betekenis toegekend aan een niet-naleving van de onder iii vermelde onderzoeksplicht. In haar memorie van grieven heeft [verweerster 1] niet gesteld dat de Bank gehouden was tot het verrichten van een dergelijk onderzoek ter onderbouwing van de door haar wél gestelde schending van een mededelingsplicht door de Bank.⁵¹ Eerst bij akte na tussenarrest van 29 november 2016 (nr. 9 e.v.) heeft [verweerster 1] hierop een beroep op gedaan in de context van dwaling, zulks na 's hofs 'ambtshalve' (voorschandse) oordeel dat sprake is van een adviesrelatie. Dit betoog van [verweerster 1] in de akte na tussenarrest strekt tot vernietiging van het vonnis in eerste aanleg en is dus een grief. De Bank heeft de rechtsstrijd op dit punt niet aanvaard en heeft niet voorbehoudloos gereageerd op deze tardieve grief. Voor zover het hof dit heeft miskend, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, en voor zover dat anders is, is zijn

beslissing onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.

Onderdeel 2 – Alle omstandigheden van het geval zijn bepalend; ondernemer behoort te weten dat bij tussentijdse contractsbeëindiging een vergoedingsplicht bestaat

2.1. Door te oordelen zoals vermeld onder 1 heeft het hof voorts/althans miskend dat bij de beantwoording van de vraag of een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW bestaat en, zo ja, hoever deze strekt, rechtens mede betekenis toekomt aan alle relevante omstandigheden van het geval. Het hof had in het bijzonder niet als maatstaf mogen aanleggen wat 'van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer [mag] worden verwacht' maar had moeten onderzoeken wat van [verweerster 1] verwacht mocht worden onder *de concrete omstandigheden van het geval*. Onder de relevante omstandigheden vallen in elk geval de hoedanigheid van partijen, de kennis waarover de wederpartij beschikt of mag worden geacht te beschikken, in voorkomend geval de deskundige bijstand waarvan de wederpartij zich heeft voorzien, het feit dat van een ondernemer een zeker niveau van begrip van hem verstrekte informatie mag worden verwacht en de inspanningen die van de wederpartij mochten worden verlangd om de inhoud van de overeenkomst en door de Bank verstrekte informatie te begrijpen. 's Hofs onder 1 vermelde oordelen geven er geen blijk van dat het hof deze omstandigheden heeft betrokken in zijn oordeel. Het hof heeft daardoor blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting althans zijn beslissing ontoereikend gemotiveerd tegenover de volgende stellingen van de Bank:

- (a) [verweerster 1] handelde als ondernemer bij het aangaan van de renteswap en mag uit dien hoofde worden geacht te waken voor haar eigen belangen;⁵²
- (b) het gaat in deze zaak om een 'plain vanilla' renteswap, de meest eenvoudige variant van een renteswap, waarbij het variabele Euribor-rentetarief wordt 'geruild' tegen een vaste rente;⁵³
- (c) [verweerster 1] had bij de totstandkoming van de renteswap deskundige bijstand van haar accountant die als financieel adviseur optrad. De Bank licht dit nader toe in *onderdeel 3* hieronder;⁵⁴
- (d) de Bank mocht de schriftelijke informatie die zij verstrekte, afstemmen op haar gesprekspartner en ervan uitgaan dat [verweerster 1] als ondernemer de haar verstrekte documentatie met aandacht zou lezen en bestuderen om de inhoud ervan te begrijpen. De Bank licht dit nader toe in *subonderdeel 4.1* hieronder;⁵⁵

49 Cva nr. 4 t/m 10, 13, 15 t/m 22, 29 t/m 31, 48 t/m 52 en 63 en MvA nr. 27, 28, 31, 37, 66, 79 en 124 t/m 126.

50 Cva nr. 7 t/m 11, 48 t/m 50, 58 t/m 63 en MvA nr. 37, 75 en 122 t/m 127.

51 In MvG nr. 25 wordt terloops een opmerking gemaakt dat de Bank niet heeft onderzocht of de renteswap passend was voor [verweerster 1], zonder enige uitwerking en toelichting van de relevantie daarvan voor de gestelde (schending van de) mededelingsplicht. In MvG nr. 92 t/m 97 valt in het kader van een algemeen betoog over de zorgplicht van de Bank in algemene zin de term onderzoeksplicht, wederom zonder toespitting op de mededelingsplicht van de Bank en een onderbouwing van de betekenis van die onderzoeksplicht voor die mededelingsplicht.

52 Cva nr. 4 en MvA nr. 27 en 56.

53 MvA nr. 9 t/m 25.

54 Cva nr. 9 t/m 12 en 51 en MvA nr. 29, 40 t/m 43, 54 t/m 56, 65, 75 en 84 t/m 93.

55 MvA nr. 56 en 61 t/m 65.

(e) de Bank heeft de werking van de renteswap tot driemaal toe besproken met [verweerster 1]. De Bank licht dit nader toe in *onderdeel 5* hieronder.⁵⁶

2.2. Bij de beoordeling van de mededelingsplicht op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW van de Bank is voorts een gezichtspunt dat als uitgangspunt geldt dat een partij die een voor een bepaalde tijd gesloten overeenkomst voortijdig beëindigt, gehouden is tot vergoeding van de schade die diens wederpartij lijdt doordat de overeenkomst niet gedurende de overeengekomen looptijd wordt nagekomen. Die schade bestaat uit het negatief en positief contractsbelang. Een ondernemer die een renteswap aangaat, moet er dan ook reeds om deze reden rekening mee houden dat indien hij de renteswap voortijdig beëindigt, een vergoedingsplicht kan bestaan die onder omstandigheden aanzienlijk kan zijn. Naar verkeersopvattingen volstaat het daarom dat voldoende duidelijke informatie wordt verstrekt over de mogelijkheid van een (aanzienlijke) negatieve waarde, welke informatie ook in gestandaardiseerde vorm kan worden verstrekt. Tegen deze achtergrond is de mogelijkheid van een negatieve waarde bij een renteswap, waarover informatie is verschaft, als zodanig geen risico waarvoor een meer indringende mededelingsplicht c.q. waarschuwplicht bestaat jegens een ondernemer, die een beroep op dwaling kan rechtvaardigen.

2.3. Daarbij komt dat (in cassatie veronderstellenderwijs) vaststaat dat de variabele lening met de renteswap economisch gezien voor [verweerster 1] hetzelfde resultaat oplevert als het met haar besproken alternatief van een vastrentende lening, met het verschil dat het tarief van een renteswap lager is dan een vaste rente en een positieve waarde van de renteswap ten goede komt aan [verweerster 1].⁵⁷ Een ondernemer, zeker indien bijgestaan door een accountant, moet ermee bekend worden verondersteld dat bij vervroegde aflossing van een vastrentende lening een vergoeding verschuldigd is aan de Bank, die strekt tot compensatie van het nadeel dat de Bank lijdt als gevolg van tussentijdse beëindiging van de lening. Naar het hof heeft miskend, rustte op de Bank in dit licht temeer geen meer indringende mededelingsplicht c.q. waarschuwplicht jegens [verweerster 1] als ondernemer.

2.4. Het hof heeft, mede gelet op subonderdelen 2.2 en 2.3, met de onder 1 vermelde oordelen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over wat de verkeersopvattingen in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW (in beginsel) meebrengen in een geval als het onderhavige dat wordt gekenmerkt door wat in subonderdeel 2.1(a) t/m (e) is vermeld. Anders dan het hof heeft geoordeeld, brengen de verkeersopvattingen in een dergelijk geval in beginsel voor een bank geen verplichting met zich om *in niet voor misverstand vatbare bewoordingen* te informeren over — zelfs te *waarschuwen* voor

— het risico van een (betalingsverplichting terzake van een) negatieve waarde van de renteswap in geval van tussentijdse beëindiging van de renteswap. Dit geldt ook indien de bank in het kader van een reeds verstrekt of nog te verstrekken krediet de wederpartij heeft geadviseerd terzake van de betreffende renteswap. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, heeft het hof nagelaten deugdelijk te motiveren, waarom in casu — in afwijking van voormelde verkeersopvattingen — wél van de Bank mocht worden gevergd dat zij [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen informeerde en zelfs waarschuwde.

Onderdeel 3 – De bijstand van een accountant en de mededelingsplicht van de Bank

3. Bij de beoordeling in rov. 2.10 t/m 2.15 Eindarrest of de Bank een mededelingsplicht heeft geschonden terzake van het risico van een (betalingsverplichting in verband met een) negatieve waarde van de renteswap bij tussentijdse beëindiging van de renteswap, heeft het hof geen (kenbare) betekenis toegekend aan de stelling van de Bank dat [verweerster 1] bij het aangaan van de renteswap bijstand had van een accountant, die terzake (voldoende) deskundig mag worden geacht. In rov. 2.15 Eindarrest verwijst het hof weliswaar naar de deskundige bijstand van de accountant van [verweerster 1], maar hij doet dat tegen de achtergrond van een reeds geconstateerde schending van een mededelingsplicht. Het hof betreft de deskundige bijstand bovendien op de vraag of een eventuele dwaling voor rekening van [verweerster 1] dient te komen. Het hof verwerpt vervolgens het beroep van de Bank op die deskundige bijstand van de accountant met de overweging dat de Bank niet concreet heeft toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom die kennis van de accountant kan worden tegengeworpen aan [verweerster 1].

De bijstand van een accountant is relevant voor de omvang van de mededelingsplicht van de Bank

3.1. Door te oordelen zoals vermeld onder 3 heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof heeft miskend dat de door de Bank gestelde deskundige bijstand van de accountant niet uitsluitend relevant is bij de beantwoording van de vraag of de dwaling voor [verweerster 1]'s rekening blijft op de voet van art. 6:228 lid 2 BW. Die deskundige bijstand van de accountant is tevens rechtens relevant bij de beoordeling of op de Bank een mededelingsplicht rustte terzake van het risico van een (betalingsverplichting terzake van een) negatieve waarde van de renteswap bij tussentijdse beëindiging van de renteswap, en, zo ja, hoever deze mededelingsplicht gaat. Verder is die bijstand relevant bij de beoordeling of de Bank met de door haar verstrekte documentatie en gegeven

⁵⁶ MvA nr. 56 en 61 t/m 65.

⁵⁷ CvA nr. 55, 59 en 69, p-v comparitie van 9 januari 2014, p. 3 en MvA nr. 9 t/m 25.

mondelinge uitleg heeft voldaan aan deze mededelingsplicht. Het hof heeft ook dit miskend.

3.1.1. De Bank heeft onmiskenbaar een beroep gedaan op de deskundige bijstand van de accountant ter betwisting van de gestelde schending van een mededelingsplicht.⁵⁸ Voor zover het hof in de betreffende stellingen van de Bank uitsluitend een beroep op een onderzoeksplicht van [verweerster 1] in het kader van art. 6:228 lid 2 BW heeft gelezen en geen verweer tegen het bestaan, de aard en reikwijdte en een schending van een mededelingsplicht, heeft het hof die stellingen van de Bank onbegrijpelijk uitgelegd.

3.1.2. Het voorgaande klemt temeer, omdat het beroep dat de Bank heeft gedaan op de deskundige bijstand van de accountant, in het kader van de vraag naar (een schending van) haar mededelingsplicht een ontkennend verweer oplevert: de Bank betwist immers het bestaan van de (schending van de) mededelingsplicht die [verweerster 1] aan haar vorderingen ten grondslag legt. De stelplicht en bewijslast liggen dan ook bij [verweerster 1], niet bij de Bank. Dit is mede van belang, omdat het hof in rov. 2.15 Eindarrest de Bank tegenwerpt niet te hebben toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom die kennis van de accountant kan worden tegengeworpen aan [verweerster 1].

De kennis van een accountant moet naar verkeersopvattingen worden geobjectiverd

3.2. Door in rov. 2.15 Eindarrest van de Bank een toelichting te verlangen welke kennis en ervaring de accountant had met betrekking tot het onderhavige product, heeft het hof kennelijk rechtens relevant (en zelfs doorslaggevend) geacht welke kennis die accountant feitelijk had. Dit is rechtens onjuist. Het komt immers (mede) aan op de kennis waarover een accountant naar verkeersopvattingen geacht moet worden te beschikken indien hij als financieel adviseur optreedt bij het aangaan van een renteswap zoals de onderhavige. De daadwerkelijk bij een accountant (financieel adviseur) aanwezige kennis is voor de Bank in de regel niet kenbaar en/of verifieerbaar. Naar verkeersopvattingen moet ervan worden uitgegaan dat een accountant die optreedt als financieel adviseur bij het aangaan van een renteswap als de onderhavige, begrijpt wat [verweerster 1] volgens het hof in rov. 2.14 Eindarrest niet kon begrijpen uit de schriftelijke informatie die door de Bank is verstrekt en meer in het bijzonder het volgende:

(a) de onderliggende waarde van de renteswap bestond uit het betreffende variabele Euribor-rentetarif;

(b) een unwind van een renteswap hield in dat die renteswap tussentijds zou worden beëindigd;⁵⁹

(c) de waarde van de renteswap zou bij tussentijdse beëindiging worden berekend op basis van de vervangingswaarde van de renteswap;

(d) afhankelijk van de ontwikkelingen op de kapitaalmarkten zou de renteswap op dat moment een negatieve waarde kunnen vertonen; en

(e) in een dergelijk geval zou [verweerster 1] die negatieve waarde moeten betalen.

's Hof's oordeel is tegen deze achtergrond in elk geval onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.

Het hof stelt te hoge eisen aan de stelplicht van de Bank

3.3. Het hof heeft voorts blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in rov. 2.15 Eindarrest een nadere toelichting van de Bank te verlangen waarom de kennis van de accountant aan [verweerster 1] kan worden tegengeworpen. Uit het door de Bank gestelde — en door [verweerster 1] niet betwiste — feit dat de accountant financieel advies gaf aan [verweerster 1] gedurende het gehele traject van de totstandkoming van de renteswap en de accountant in die hoedanigheid aanwezig was bij de bespreking van 19 juni 2007,⁶⁰ volgt rechtens immers, of k n althans volgen, dat de bij de accountant aanwezige kennis aan [verweerster 1] moet worden toegerekend (kan worden tegengeworpen) zoals gesteld door de Bank. Gelet op de adviseursrol van de accountant mocht de Bank naar verkeersopvattingen ervan uitgaan dat de accountant zijn kennis zou delen met [verweerster 1]. Daarbij komt dat het hof geen feiten en omstandigheden heeft vastgesteld op grond waarvan, in weerwil van het voorgaande, geen toerekening (tegenwerping) zou kunnen plaatsvinden en [verweerster 1] heeft dergelijke feiten en omstandigheden ook niet gesteld.

Onderdeel 4 – De Bank heeft met de verstrekte schriftelijke documentatie voldaan aan haar mededelingsplicht

4. In rov. 2.11 t/m 2.15 Eindarrest beoordeelt het hof of de Bank met de door haar verstrekte documentatie heeft voldaan aan haar mededelingsplicht. Het hof concludeert in rov. 2.15 Eindarrest dat dit niet het geval is. 's Hof's gedachtegang is als volgt.

i. In rov. 2.11 Eindarrest heeft het hof voorop gesteld dat de Bank de inlichtingen diende te verschaffen die zij, gelet op de aard van de rechtsverhouding met [verweerster 1] en van de te sluiten overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [verweerster 1] omtrent de essentiële eigenschappen van de overeenkomst in dwaling zou kunnen komen. Anderzijds mag van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplet-

58 CvA nr. 9 t/m 12 en 51 en MvA nr. 40 t/m 43, 54 t/m 57, 65, 75, 84, 85, 91 en 92.

59 Zie evenwel ook de klacht onder 4.3.2.

60 CvA nr. 9 t/m 12 en 51 en MvA nr. 29, 40 t/m 43, 54 t/m 57, 65, 75 en 84 t/m 93.

tende handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt. [verweerster 1] had dan ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat zij – binnen redelijke grenzen, mede afhankelijk van de rechtsrelatie met de Bank, gehouden was te voorkomen dat zij op basis van een onjuiste voorstelling van zaken de renteswap zou sluiten.

ii. In rov. 2.14 Eindarrest oordeelt het hof dat de Bank voorafgaand aan het sluiten van de renteswap [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk diende te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. De Bank kon volgens het hof niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. In de verstrekte informatie wordt niet uitgelegd wat in het geval van [verweerster 1] de 'onderliggende waarde' van de renteswap is en hoe en onder welke omstandigheden de 'prijs c.q. koers' daarvan kan fluctueren en wat een 'unwinding' precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribor-tarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor [verweerster 1] kon op basis van de verstrekte informatie volgens het hof niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben.

iii. In rov. 2.15 Eindarrest komt het hof op grond van het voorgaande tot het oordeel dat de Bank met de schriftelijke informatie die zij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap, niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW. Weliswaar rustte op [verweerster 1] ook een verplichting de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, zo de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan de Bank om opheldering te vragen. [verweerster 1] mocht echter, in aanmerking genomen de rol van de Bank als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat de Bank haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat de Bank als adviseur haar belang voor ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van [verweerster 1] ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld.

Van een ondernemer mag naar verkeersopvattingen een zeker niveau van begrip en een zekere inspanning worden verwacht

4.1. Door te oordelen zoals vermeld onder 4 heeft het hof miskend dat de vraag naar de aard en de reikwijdte van een mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW mede wordt bepaald door wat naar verkeersopvattingen bij een ondernemer aan begrip mag worden verondersteld en aan inspanningen van die wederpartij mag worden verlangd om de inhoud van de overeenkomst en de daarover aan haar verstrekte schriftelijke uitleg te begrijpen. Daarbij dient tot uitgangspunt dat van een ondernemer mag worden verwacht dat hij zal waken voor zijn eigen belangen. Dit alles kan ertoe leiden dat géén verplichting bestaat om *in niet mis te verstane bewoordingen* volledig, juist en begrijpelijk te informeren, althans dat de verstrekte schriftelijke informatie geacht moet worden voor [verweerster 1] voldoende te zijn geweest.

4.1.1. De Bank heeft ter betwisting van de door [verweerster 1] gestelde (schending van een) mededelingsplicht gesteld dat zij de door haar verstrekte informatie mocht afstemmen op haar gesprekspartner en dat zij ervan mocht uitgaan dat [verweerster 1] als ondernemer de aan haar verstrekte documentatie met aandacht zou lezen en bestuderen om de inhoud ervan te begrijpen.⁶¹ Uit 's hofs overwegingen in rov. 2.14 Eindarrest blijkt echter niet dat het hof bij zijn beantwoording van de vraag of de Bank met de door haar verstrekte documentatie heeft voldaan aan haar mededelingsplicht jegens [verweerster 1], zich de vraag heeft gesteld welk begrip de Bank mocht veronderstellen bij [verweerster 1] als ondernemer en welke inspanning van [verweerster 1] mocht worden gevergd. In rov. 2.11, twee laatste volzinnen, en rov. 2.15 Eindarrest vermeldt het hof de plicht van [verweerster 1] om de ontvangen stukken te lezen en, zo nodig, vragen te stellen. Het hof betreft dit echter niet op de (mate van indringendheid van de) mededelingsplicht van de Bank en de beoordeling van de schriftelijke documentatie in rov. 2.14 Eindarrest. Het hof betreft dit op de onderzoeksplicht van [verweerster 1] (plicht tot stellen van vragen), waarbij in rov. 2.15 Eindarrest de schending van de mededelingsplicht tot uitgangspunt dient.

4.1.2. Het in rov. 2.13 en 2.15 Eindarrest vermelde gebrek bij [verweerster 1] aan deskundigheid ten aanzien van en ervaring met een renteswap als de onderhavige laat rehtens onverlet dat naar verkeersopvattingen van haar de in subonderdeel 4.1 bedoelde inspanningen en begripsniveau mag worden verwacht. Voor zover het hof dit in rov. 2.13 t/m 2.15 Eindarrest heeft miskend, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting althans heeft het zijn beslissing ontoereikend gemotiveerd. Immers, de door de Bank verstrekte schriftelijke informatie diende ertoe [verweerster 1] als ondernemer

61 MvA nr. 56 en 61 t/m 65.

te informeren over de kenmerken van een renteswap waaronder het risico van een mogelijke negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging ervan.

Gestandaardiseerde informatie kan wél voldoende zijn voor de mededelingsplicht op de voet van art. 6:228 lid 1 sub b BW

4.2. Voor zover het hof met zijn overweging in rov. 2.14 Eindarrest dat de Bank niet kon volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie, heeft geoordeeld dat de door de Bank verstrekte documentatie onvoldoende was (mede) vanwege haar gestandaardiseerde karakter, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het vindt geen steun in het recht dat schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie niet volstaat (of kán volstaan) om te voldoen aan een mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW. Of dergelijke informatie volstaat, hangt immers af van de inhoud (waaronder ook de duidelijkheid en begrijpelijkheid) van die informatie en niet van het gestandaardiseerde karakter ervan. Zie overigens ook subonderdeel 1.2.1.

De Bank heeft met de verstrekte schriftelijke documentatie voldaan aan haar mededelingsplicht

4.3. Met zijn oordeel in rov. 2.14 dat de door de Bank verstrekte documentatie onvoldoende is om bij [verweerster 1], zo nodig na enige inspanning harerzijds, het vereiste begrip over de renteswap te doen ontstaan, heeft het hof, zo nodig mede gelet op de bovenstaande onderdelen, een onjuiste want te strikte maatstaf aangelegd. In elk geval is zijn oordeel onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd. 4.3.1. Uit de hieronder weergegeven documentatie volgt onmiskenbaar wat de onderliggende waarde is van de renteswap, dat de waardeontwikkeling daarvan afhankelijk is van de daadwerkelijke renteontwikkeling en dat de renteswap teg de beëindiging daarvan wordt gewaardeerd tegen de op dat moment geldende marktwaarde. Verder is uit die documentatie duidelijk dat in geval van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting jegens de Bank bestaat. De Bank heeft zich op deze documentatie⁶² beroepen ter betwisting van de door [verweerster 1] gestelde (schending van een) mededelingsplicht.⁶³

i. De op 19 juni 2007 met [verweerster 1] en haar accountant besproken Presentatie vermeldt:

“Beschrijving van het product

Een Rente Swap (Interest Rate Swap, IRS) is een afspraak tussen twee partijen om gedurende een bepaalde periode de betaling van een *geïndexeerde, variabele rente (bijvoorbeeld Euribor)* te ruilen tegen de betaling van een vaste rente.

Op deze wijze kan een *rentetarief* op basis van variabele rente synthetisch worden gefixeerd. [...]

Belangrijke kenmerken

[...]

De koper kan een Rente Swap tussentijds beëindigen. Een positieve waarde wordt door ABN AMRO uitgekeerd, een negatieve waarde wordt in rekening gebracht. De waarde is *afhankelijk van de marktomstandigheden op het moment van verkoop*. De marktwaarde van de met u overeengekomen Rente Swap kan zich gedurende de looptijd zowel positief als negatief ontwikkelen. Als gevolg hiervan kan door ABN AMRO een zekerheidstelling worden verlangd.”

ii. In de ABD is bepaald:

“In geval van opheffing stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro's vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gedeelde winst verschuldigd is. Deze vergoeding bestaat uit de som van:

[...]

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

iii. In de Brochure wordt vermeld:

“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 c.q. koers van die onderliggende waarde.*

Indien een transactie vervoegd 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.”*

4.3.2. Onbegrijpelijk is bovendien dat het hof in rov. 2.14 Eindarrest betekenis toekent aan onduidelijkheid over wat een ‘unwinding’ inhoudt. Klaarblijkelijk heeft het hof niet de juiste versie van de in rov. 2.10 Tussenarrest vermelde Brochure OTC-Derivatentransacties voor ogen gehad, namelijk niet de versie van juni 2006 (productie 17 Bank), maar een eerdere versie (productie 3 Bank) die niet aan [verweerster 1] is verstrekt maar per abuis door de Bank in het geding is gebracht. In de versie van juni 2006 wordt niet gesproken van een ‘unwinding’ maar van een ‘voortijdige beëindiging’, zoals ook blijkt uit het citaat in rov. 2.10 Tussenarrest. Zie hierover de Antwoord-Akte van de Bank van 7 oktober 2014 en rov. 2.2 van het eindvonnis van de rechtbank van 18 maart 2015. Nu het hof klaarblijkelijk een verkeerde versie van de Brochure OTC-Derivatentrans-

⁶² Citaten in rov. 2.4 t/m 2.10 Tussenarrest en CvA nr. 44 t/m 46 en MvA nr. 52.

⁶³ MvA nr. 34, 40 t/m 43, 50 t/m 57, 61, 75 en 83 t/m 96.

acties voor ogen heeft gehad, is zijn oordeel in zoverre onbegrijpelijk.

Het hof miskent de werking van een renteswap

4.4. 's Hofs oordeel in rov. 2.14, op één na laatste zin, Eindarrest dat in de documentatie niet (aan de hand van voorbeelden) concreet wordt gemaakt welke gevolgen een sterke daling van het Euribor-tarief heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerder 1] loopt in geval van een tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan is rechtens onjuist (want strijdig met art. 149 lid 1 Rv en art. 24 Rv), onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.

4.4.1. In rov. 3.7 en 3.8 Tussenarrest gaat het hof uit van de feitelijk onjuiste, door de Bank bestreden, premisse dat als het Euribor-tarief tijdens de looptijd van de renteswap stijgt, de renteswap voor de afnemer een positieve marktwaarde krijgt en dat als het rentetarief daalt, de marktwaarde voor hem negatief wordt met een daaruit voortvloeiende betalingsverplichting aan de Bank. Het hof gaat, met deze onjuiste premisse als vertrekpunt, in rov. 2.14, één na laatste volzin, Eindarrest ten onrechte ervan uit dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het Euribor-tarief op het moment van tussentijdse beëindiging en de marktwaarde.

4.4.2. De Bank heeft immers over de marktwaarde van een renteswap bij tussentijdse beëindiging – onbetwist – het volgende gesteld. Indien de Bank een renteswap aangaat met een afnemer, dekt zij zelf haar positie uit hoofde van die swap af in de (renteswap)markt.⁶⁴ Bij tussentijdse beëindiging van een renteswap van een afnemer moet de Bank ook haar eigen positie in de markt beëindigen. Indien daarmee kosten gepaard gaan is dat de negatieve waarde die de Bank bij de afnemer in rekening brengt. De marktwaarde van een renteswap bij tussentijdse beëindiging wordt berekend door het rentetverschil te nemen tussen (i) de afgesproken vaste swaprente en (ii) het rentetarief voor een op dat moment in de markt *nieuw af te sluiten renteswap*, met dezelfde looptijd als de resterende looptijd van de te beëindigen renteswap. Daarbij wordt voor het tweede rentetarief dan de *lange rente* (kapitaalmarktrente) op dat moment bekeken. Het verschil tussen (i) de afgesproken vaste swaprente en (ii) de rente horend bij een renteswap met dezelfde looptijd als de resterende looptijd van de renteswap wordt vervolgens geprojecteerd over de resterende looptijd en contant gemaakt. De contante waarde wordt vervolgens aan de klant betaald, dan wel in rekening gebracht. Naar de Bank aldus onmiskenbaar – en onbetwist – heeft gesteld, is het dus niet zo dat de stand van Euribor op het moment van tussentijdse beëindiging van de renteswap, een rol speelt bij de bepaling van de marktwaarde van de renteswap op dat moment.

4.4.3. 's Hofs oordeel dat de Bank in haar documentatie (aan de hand van voorbeelden) concreet had moeten maken welke gevolgen een sterke daling van het Euribor-tarief heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerder 1] loopt in geval van een tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan is bijgevolg ook onbegrijpelijk. Dat klemmt temeer, omdat uit de stellingen van de Bank over de wijze waarop een renteswap wel functioneert, volgt dat er, bij gebreke van een rechtstreekse relatie met de Euribor, niet (eenvoudig) concreet valt te maken welke mogelijke financiële gevolgen kunnen ontstaan bij tussentijdse beëindiging van een renteswap. Indien een renteswap op een gegeven moment voortijdig wordt beëindigd is de bepaling van de marktwaarde daarvan afhankelijk van verschillende factoren, waaronder (zoals volgt uit het in subonderdeel 4.4.2 vermelde betoog) de naar hun aard onzekere en van een veelheid aan factoren afhankelijke toekomstige ontwikkelingen op de rentemarkten, de nog resterende looptijd van de renteswap, het hoofdsomverloop⁶⁵ en het geheel of gedeeltelijk beëindigen daarvan.

Het hof miskent de mate van precisie die rechtens kan worden gevegd; omvang negatieve waarde betreft een toekomstige omstandigheid

4.5. 's Hofs oordeel in rov. 2.14, laatste volzin, Eindarrest, dat voor [verweerder 1] op basis van de verstrekte informatie niet duidelijk moest zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting en in elk geval is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd.

4.5.1. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de *omvang* van een eventuele betalingsverplichting ter zake van een negatieve waarde een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft in de zin van art. 6:228 lid 2 BW, waarop geen vernietiging op grond van dwaling kan worden gegrond. Er is een rechtens relevant verschil tussen enerzijds het door de Bank schriftelijk en mondeling benoemde risico van een (aanzienlijke) negatieve waarde als eigenschap van een renteswap en anderzijds de (precieze) omvang daarvan, die afhankelijk is van onzekere, toekomstige gebeurtenissen, zoals hierboven weergegeven in subonderdeel 4.4.4.

4.5.2. Het hof heeft althans miskend dat een in de gegeven omstandigheden van het geval op de Bank

65 De hoofdsommen van financieringen en rentederivaten zijn gedurende de looptijd meestal niet gelijkblijvend, omdat op de financiering (waarvan het renterisico wordt afgedekt) gedurende de looptijd wordt afgelost. Die aflossing kan annuïtair of lineair zijn, maar kan er ook uit bestaan dat ergens gedurende de looptijd van het rentederivaat in één keer een groot deel van de onderliggende financiering(en) wordt afgelost en de hoofdsom van het rentederivaat op datzelfde moment bijvoorbeeld halveert.

64 MvA nr. 9 t/m 19.

rustende mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW niet ertoe strekt dat aan de afnemer van een renteswap inzicht wordt verschaft mogelijke financiële consequenties van een concreet geval van een tussentijdse beëindiging daarvan, laat staan een *precies* inzicht.

4.5.3. Dit volgt uit het slagen van onderdeel 1, omdat, kort gezegd, daarmee is gegeven dat een op de Bank rustende zorgplicht (onderzoeks- en/of waarschuwingsplicht) rechtens niet kan leiden tot een meer indringende mededelingsplicht. Het volgt tevens uit het slagen van subonderdeel 2.2, omdat daarmee, kort gezegd, is gegeven dat geen sprake is van een zodanig risico dat specifiek hiervoor behoeft te worden gewaarschuwd. Ook volgt dit uit het slagen van onderdeel 3, omdat daaruit, kort gezegd, volgt dat een op zijn taak berekende accountant in staat moet worden geacht deze mogelijke financiële gevolgen voor zijn door hem geadviseerde klant in kaart te brengen.

4.5.4. Ook los van het slagen van één of meer van voormelde (sub)onderdelen kan 's hofs oordeel niet in stand blijven, omdat een mededelingsplicht met deze mate van precisie rechtens niet kan worden geveerd, zo lang maar duidelijk is dat, zoals in de documentatie van de Bank staat, een mogelijke betalingsverplichting aanzienlijk kan zijn. Daarvoor is reeds redengevend dat de mogelijke waardeontwikkeling van een renteswap afhankelijk is van verschillende toekomstige naar hun aard onzekere ontwikkelingen. Vgl. subonderdeel 4.4.3. Een voorbeeldsgewijze cijfermatige mededeling zou daardoor een *schijn*precisie geven en daardoor gemakkelijk een onjuiste voorstelling van zaken kunnen oproepen. Daarbij komt dat, naar mag worden aangenomen, de exacte wijze van berekening van de marktwaarde door de veelheid aan onzekere toekomstige factoren voor [verweerster 1] welbeschouwd geen werkelijk informatieve waarde zou hebben gehad.

4.5.5. Overigens heeft het hof ook hier art. 24 Rv en/of de tweeconclusiesregel geschonden. [verweerster 1] heeft niet bij memorie van grieven een beroep gedaan op een mededelingsplicht die ertoe strekt dat haar een *precies* inzicht behoorde te worden verstrekt over wat een negatieve waarde inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en

welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor haar zou kunnen hebben.⁶⁶

Onderdeel 5 – Mondeling verstrekte informatie is rechtens relevant voor de mededelingsplicht

5. De Bank heeft gemotiveerd gesteld – met aanbieding van getuigenbewijs – dat verschillende besprekingen hebben plaatsgevonden waarin eigenschappen van een renteswap zoals de onderhavige zijn uitgelegd en dat daarmee, zo nodig in combinatie met de verstrekte documentatie, is voldaan aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW.⁶⁷ Concreet gaat het om de volgende besprekingen:

i. Op 20 september 2006 heeft, in verband met een andere financiering, een bespreking plaatsgevonden waarin is gesproken over afdekking van het renterisico door middel van een renteswap. Daarbij zijn de kenmerken en de werking van een renteswap besproken.⁶⁸

ii. In april 2007 is met [verweerster 1] gesproken over de financiering van de aankoop van het [...]. Daarbij is mondeling informatie verschaft over de kenmerken van een renteswap.⁶⁹

iii. Op 19 juni 2007 heeft een voorlichtingsbijeenkomst plaatsgevonden, waarbij ook een Treasury-adviseur van de Bank aanwezig was. Tijdens deze bespreking zijn de kenmerken van een renteswap besproken en is de in rov. 2.5 Tussenarrest vermelde Presentatie gegeven met een mondelinge toelichting.⁷⁰

In rov. 2.10 t/m 2.15 Eindarrest gaat het hof niet in op de hierboven genoemde besprekingen. Evenwel oordeelt het hof in rov. 2.13 Eindarrest dat niet is gesteld of gebleken dat [verweerster 1] kennis had van en ervaring had met een product als het onderhavige. Voorts concludeert het hof in rov. 2.15 Eindarrest, eerste zin, dat de Bank met de door haar verstrekte schriftelijke informatie niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW. In rov. 2.15 Eindarrest oordeelt het hof voorts dat [verweerster 1] niet kan

⁶⁶ Ten aanzien van de Presentatie heeft [verweerster 1] betoogd dat dit een algemeen, onvoldoende waarschuwend verhaal zou zijn. Vgl. MvG nr. 40 t/m 45, 82 en 83. Ten aanzien van de ABD en de Brochure is betoogd dat informatie over de in rekening gebrachte kosten ontbreekt en een passend advies zou zijn geweest om een rentecap af te sluiten. Vgl. MvG nr. 56 t/m 63 en 111 t/m 113. In het algemeen betoogt over de zorgplicht van de Bank in MvG nr. 79 t/m 97 valt evenmin te ontwaren dat de Bank een *precies* inzicht behoorde te verstrekken over wat een negatieve waarde inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben. Verder heeft [verweerster 1], kort gezegd, betoogd dat het exemplaar van de Presentatie dat haar was verstrekt niet leesbaar was, haar niet kon worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld omdat haar geen informatie is verstrekt en dat zij de ABD en de Brochure niet had ontvangen.

⁶⁷ CvA nr. 6, 9 t/m 12, 33, 44, 51 en 52 en MvA nr. 30 t/m 34, 37 t/m 42, 87 t/m 92, 96 t/m 98 en 106.

⁶⁸ CvA nr. 6 en MvA 30 t/m 34.

⁶⁹ MvA nr. 37 t/m 40.

⁷⁰ CvA nr. 9 t/m 12 en MvA nr. 40 t/m 42.

worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld. In rov. 2.16 en 2.17 Eindarrest vermeldt het hof de stelling van de Bank dat zij [verweerster 1] mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap en dat de Bank daarvan getuigenbewijs heeft aangeboden, waarbij het hof uitsluitend verwijst naar het getuigenbewijsaanbod in MvA⁷¹ nr. 33, dat uitsluitend betrekking heeft op de bespreking van 20 september 2006. Het hof oordeelt dat het enkele verweer dat de in de MvA beschreven eigenschappen van de renteswap zijn uitgelegd, in de gegeven omstandigheden niet volstaat om te voldoen aan de verplichting om [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivaten-transactie waren verbonden. In rov. 2.18 Eindarrest, eerste volzin, oordeelt het hof dat het voorgaande betekent dat [verweerster 1] heeft gedwaald.

5.1. Het oordeel dat de Bank in juni 2007 gehouden was tot het informeren en waarschuwen in niet voor misverstand vatbare bewoordingen, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof is immers in rov. 2.10 t/m 2.15 Eindarrest niet ingegaan op de stellingen van de Bank over de mondelinge informatie die reeds in september 2006 en april 2007 is verstrekt aan [verweerster 1]. De vraag of de Bank in juni 2007 daartoe gehouden was, wordt immers mede bepaald door de reeds in september 2006 en april 2007 gegeven mondelinge informatie. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd omdat het hof niet is ingegaan op essentiële stellingen van de Bank.

5.2. De voorgaande klacht treft ook 's hofs oordeel in rov. 2.15 Eindarrest dat aan [verweerster 1] niet kan worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld. De vraag of [verweerster 1] naar verkeersopvattingen bepaalde vragen behoorde te stellen in juni 2007, wordt eveneens mede bepaald door wat in september 2006 en april 2007 aan mondelinge informatie is verstrekt aan [verweerster 1]. Het hof had dus ook bij dat oordeel niet voorbij mogen gaan aan de stellingen van de Bank over de besprekingen van september 2006 en april 2007.

5.3. Bij de klachten van subonderdelen 5.1 en 5.2 komt dat de vraag of de Bank heeft voldaan aan haar mededelingsplicht en de vraag of aan [verweerster 1] kan worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld, niet kunnen worden beantwoord door uitsluitend de inhoud van de in rov. 2.14 Eindarrest bedoelde documentatie te beoordelen. Die vragen moeten daarentegen worden beantwoord door die documentatie te beoordelen in samenhang met de informatie die mondeling is verstrekt tijdens de onder i t/m iii vermelde besprekingen. Dat heeft het hof in rov. 2.10 t/m 2.15 en 2.16 jo. 2.17 Eindarrest echter niet gedaan, zodat het hof hetzij een onjuiste maatstaf heeft aangelegd,

hetzij een onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven. Dit alles geldt ook indien de Bank gehouden was tot het informeren in niet voor misverstand vatbare bewoordingen en te waarschuwen.

5.4. Onbegrijpelijk is 's hofs oordeel in rov. 2.17 Eindarrest dat de Bank met deze stellingen niet gemotiveerd duidelijk heeft maakt dat en hoe zij [verweerster 1] 'in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd'. De stellingen⁷² van de Bank over de besprekingen van september 2006, april 2007 en juni 2007 houden immers in dat [verweerster 1] is uitgelegd hoe de renteswap werkte, daaronder begrepen het risico van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging, dat tevens gesproken is over het alternatief van een vastrentende lening, en dat [verweerster 1] die uitleg begreep (althans dat de Bank daarvan mocht uitgaan). Hiermee heeft de Bank de schending van een mededelingsplicht – het nalaten in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren en te waarschuwen – betwist. Van de Bank kan niet worden gevergd dat zij in haar stellingname nog eens expliciteert dat zij tijdens die besprekingen 'in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd'.

5.5. Het hof heeft een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de gedingstukken van de Bank voor zover het hof in rov. 2.16 jo. 2.17 Eindarrest het verweer van de Bank dat zij mondeling uitleg heeft gegeven over de werking van de renteswap en het daarop betrekking hebbende getuigenbewijsaanbod, heeft beperkt tot uitsluitend de bespreking van 20 september 2006 vermeld in MvA nr. 33. De stellingen van de Bank en het getuigenbewijsaanbod van de Bank zien immers onmiskenbaar op drie afzonderlijke besprekingen: 20 september 2006, april 2007 en 19 juni 2007.

Onderdeel 6 – Plicht van [verweerster 1] tot het stellen van vragen

6. In rov. 2.15 Eindarrest komt het hof tot het oordeel dat de Bank met de schriftelijke informatie die zij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap, niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW. Weliswaar rustte op [verweerster 1] ook een verplichting de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, zo de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan de Bank om opheldering te vragen. [verweerster 1] mocht echter, in aanmerking genomen de rol van de Bank als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat de Bank haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat de Bank als adviseur haar belang voor ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van [verweerster 1] ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs met worden tegengeworpen dat zij geen nadere

71 's Hofs verwijzing naar de memorie van grieven zal een ver-schrijving zijn.

72 CVA nr. 6, 9 t/m 12, 33, 44, 51 en 52 en MvA nr. 30 t/m 34, 37 t/m 42, 87 t/m 92, 96 t/m 98 en 106.

vragen heeft gesteld. Daarbij neemt het hof verder in aanmerking dat [verweerster 1] zich tot de Bank heeft gewend in het kader van de kredietverstrekking en zij er in beginsel niet op bedacht hoefde te zijn dat de Bank haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienstverlener, aldus nog steeds het hof in rov. 2.15 Eindarrest.

6.1. Deze gedachtegang van het hof geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien voor [verweerster 1] na kennisneming van de haar verstrekte schriftelijke en mondelinge informatie nog een onduidelijkheid bestond of behoorde te bestaan en zij dus vragen had of behoorde te hebben, kan zij in zoverre de Bank niet (althans in sterk verminderde mate) tegenwerpen dat zij een gerechtvaardigde verwachting had dat de Bank haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product. Nu juist een onduidelijkheid waarmee [verweerster 1] zich geconfronteerd zag of behoorde te zien, brengt naar verkeersopvattingen met zich dat zij als ondernemer diende te waken voor haar eigen belangen en vragen diende te stellen. Immers, zoals het hof terecht vooropstelt in rov. 2.11 Eindarrest, is degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de andere partij gehouden om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken zijn toestemming geeft. Een gebrek bij [verweerster 1] aan ervaring en deskundigheid ten aanzien van renteswaps maakt dit niet anders. Een (gerechtvaardigde) verwachting bij [verweerster 1] zoals bedoeld door het hof is dus nog niet voldoende om te kunnen komen tot het oordeel dat [verweerster 1] niet kan worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld indien de inhoud van de documentatie niet geheel duidelijk was of behoorde te zijn.

6.2. 's Hofs oordeel dat [verweerster 1] redelijkerwijs niet kan worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld, kan evenmin steunen op zijn overweging dat [verweerster 1] zich tot de Bank had gewend in het kader van de kredietverstrekking en zij er in beginsel niet op bedacht hoefde te zijn dat de Bank haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker maar tevens als beleggingsdienstverlener. De door [verweerster 1] gestelde dwaling, weergegeven in rov. 2.10 Eindarrest, ziet immers niet op die hoedanigheid en/of de vraag of haar een renteswap werd verkocht, maar op het risico dat bij tussentijdse beëindiging van de renteswap een negatieve waarde voor haar rekening komt. Het hof diende te beoordelen of [verweerster 1] over dit risico vragen behoorde te stellen. De (potentiële) onbedachtzaamheid bij [verweerster 1] ten aanzien van de hoedanigheid waarin de Bank optrad (niet alleen kredietverstrekker maar tevens beleggingsdienstverlener), is in dat kader niet rechtens relevant.

6.3. 's Hofs oordeel is bovendien onbegrijpelijk en/of innerlijk tegenstrijdig. Immers, als [verweerster 1] begreep en mocht begrijpen dat de Bank optrad als haar adviseur (en dus, zoals het hof in rov. 2.9 Eindarrest overweegt niet als tegenpartij maar als dienstverlener), is het onbestaanbaar dat [verweerster 1] er, zoals het hof in rov. 2.15 oordeelt, in beginsel niet op bedacht hoefde te zijn dat de Bank haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienstverlener. Ook los daarvan is onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat [verweerster 1] er (in beginsel) niet op bedacht hoefde te zijn dat de Bank haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen. De in subonderdeel 4.3 geciteerde documentatie laat daarover immers geen misverstand bestaan. Uit rov. 2.5 Tussenarrest en rov. 2.8 Eindarrest volgt bovendien dat dit tijdens de voorlichtingsbijeenkomst van 19 juni 2007 ook is besproken. Voorts heeft de Bank gesteld dat reeds in september 2006 en april 2007 naar aanleiding van een eerdere kredietofferte is gesproken met [verweerster 1] over renterisico's en de mogelijkheid van afdekking daarvan door middel van een renteswap⁷³ (vgl. rov. 2.8 Eindarrest).

Onderdeel 7 – Art. 6:228 BW vergt een dwaling; alleen een schending van een mededelingsplicht is niet voldoende

7.1. Het oordeel in rov. 2.18 Eindarrest, eerste volzin, dat het voorgaande betekent dat [verweerster 1] heeft gedwaald, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor een geslaagd beroep op dwaling is immers vereist dat de wederpartij de overeenkomst is aangegaan onder invloed van een *onjuiste voorstelling van zaken*. Is van een dergelijke (daadwerkelijke, subjectieve) onjuiste voorstelling van zaken bij de wederpartij geen sprake, dan kan een schending van een mededelingsplicht niet leiden tot vernietiging op de voet van art. 6:228 BW. Het hof heeft dit kennelijk miskend, nu het in rov. 2.10 t/m 2.17 Eindarrest uitsluitend een *schending van een mededelingsplicht* vaststelt en niet vaststelt dat [verweerster 1] ten tijde van het aangaan van de renteswap *daadwerkelijk* een onjuiste voorstelling van zaken had over het risico van een betalingsverplichting bij tussentijdse beëindiging. In rov. 2.14 en 2.15 Eindarrest stelt het hof niet vast of [verweerster 1] werkelijk kennis heeft genomen van de door de Bank verstrekte schriftelijke informatie, terwijl het hof bovendien in het midden laat wat [verweerster 1] (met bijstand van haar accountant) daadwerkelijk uit die informatie heeft begrepen. In rov. 2.17 gaat het hof niet in op wat tijdens de in onderdeel 5 onder i t/m iii vermelde besprekingen is besproken en wat [verweerster 1] uit die besprekingen daadwerkelijk begreep. Uit louter een schending van een mededelingsplicht door de Bank volgt zonder nadere motivering, die ontbreekt, echter nog niet dat [verweerster 1] ten tijde van het aangaan van de

⁷³ CvA nr. 8 t/m 12 en MvA nr. 30 t/m 41.

overeenkomst daadwerkelijk verkeerde in een onjuiste voorstelling van zaken, zoals vereist voor een geslaagd beroep op art. 6:228 BW.

7.2. Voor zover het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, is zijn oordeel in rov. 2.18 Eindarrest, eerste volzin, dat [verweerster 1] heeft gedwaald, in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof in het midden heeft gelaten wat [verweerster 1] in werkelijkheid begreep. Dit klemmt temeer, omdat de Bank met haar (te bewijzen aangeboden) stellingen over de hierboven in onderdeel 5 onder i t/m iii vermelde besprekingen heeft betoogd dat [verweerster 1] ten tijde van het aangaan van de renteswap wel degelijk (voldoende) op de hoogte was van de werking en de kenmerken van een renteswap. Daaronder valt ook het risico van een betalingsverplichting in verband met een negatieve waarde van de renteswap indien de renteswap tussentijds wordt beëindigd. Van een dwaling – een onjuiste voorstelling van zaken bij [verweerster 1] – was in zoverre ten tijde van het aangaan van de renteswap dus geen sprake volgens de stellingen van de Bank. Het hof heeft ten onrechte niet gerespondeerd op deze essentiële stellingen.

7.3. Ook 's hofs oordeel in rov. 2.13 Eindarrest dat niet is gesteld of gebleken dat [verweerster 1] kennis had van een product als het onderhavige, is onvoldoende gemotiveerd. Het hof is immers zonder motivering voorbij gegaan aan de in onderdeel 5 onder i t/m iii vermelde besprekingen.

Onderdeel 8 – Causaal verband

8. In rov. 2.18 t/m 2.22 Eindarrest gaat het hof in op het causaal verband tussen de dwaling en het aangaan van de renteswap. Het hof concludeert in rov. 2.22 Eindarrest dat de enkele stelling van de Bank dat [verweerster 1] ook in de fictieve situatie waarin de Bank haar verplichtingen correct was nagekomen een renteswap had gesloten, onvoldoende gemotiveerd is. Daarbij kent het hof er betekenis aan toe dat de Bank [verweerster 1] ter afdekking van het renterisico een renteswap heeft geadviseerd. [verweerster 1] was op dat moment al een krediet aangegaan waarop het eenmaands Euribortarief van toepassing was. Volgens de Bank was [verweerster 1] op grond van de kredietvoorwaarden niet gehouden het renterisico geheel of gedeeltelijk af te dekken. De Bank neemt ook feitelijk het standpunt in dat [verweerster 1] het renterisico slechts wenste af te dekken uit oogpunt van risicobeheersing. Daarnaast kent het hof er betekenis aan toe dat de Bank in het kader van haar advisering heeft verzuimd het vereiste onderzoek te doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Evenmin heeft de Bank [verweerster 1] juist en volledig geïnformeerd over de kenmerken en risico's van de renteswap.

Het hof legt een onjuiste maatstaf voor causaal verband aan

8.1. Het hof heeft aldus een onjuiste maatstaf aangelegd voor de beoordeling van het door art. 6:228 lid 1 BW vereiste causaal verband. Het hof heeft immers betekenis eraan toegekend dat de Bank in het kader van haar advisering heeft verzuimd het vereiste onderzoek te doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Evenmin heeft de Bank [verweerster 1] juist en volledig geïnformeerd over de kenmerken en risico's van de renteswap. Zoals volgt uit onderdeel 1, komt aan een nalaten van een onderzoek naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1] geen betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of de Bank de door [verweerster 1] gestelde (in rov. 2.10 Eindarrest vermelde) mededelingsplicht heeft geschonden. Evenmin komt daaraan rechtens betekenis toe in het kader van de beoordeling van het causaal verband.

8.2. Voor zover het hof in het nalaten om onderzoek te doen en/of te waarschuwen reden heeft gezien tot een (verhoogde/aangescherpte) motiveringsplicht voor de Bank ten aanzien van het vereiste van causaal verband, is dit rechtens onjuist. Een dergelijk nalaten leidt rechtens niet, laat staan zonder nadere motivering, die ontbreekt, tot een dergelijke motiveringsplicht. Ten aanzien van het causaal verband rusten de stelplicht en de bewijslast immers op degene die zich op dwaling beroept.

8.3. Het hof heeft eveneens een onjuiste maatstaf aangelegd voor de beoordeling van het causaal verband door betekenis toe te kennen aan de naar zijn oordeel niet correcte voorlichting door de Bank aan [verweerster 1] over de kenmerken en risico's van de renteswap. Immers, bij de beoordeling van het causaal verband moet niet worden uitgegaan van de werkelijke situatie maar moet nu juist worden uitgegaan van de hypothetische situatie dat de Bank wel correcte voorlichting had gegeven. De vraag is of [verweerster 1] in die hypothetische situatie de renteswap wel of niet zou zijn aangegaan.

's Hofs oordelen over causaal verband zijn onbegrijpelijk

8.4. Zoals betoogd onder 1.2.2, miskent het hof dat het krediet en de renteswap samenhangen en gezamenlijk tot stand zijn gekomen. Reeds om deze reden had het hof niet begripelijk in rov. 2.22 betekenis eraan kunnen toekennen dat [verweerster 1] het krediet met de Bank reeds was aangegaan. Ook los daarvan laten deze omstandigheid en het gegeven dat [verweerster 1] niet gehouden was haar renterisico over het krediet (gedeeltelijk) af te dekken, onverlet dat [verweerster 1] ook bij een juiste voorstelling van zaken over het risico van een betalingsverplichting terzake van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging, de renteswap zou zijn aangegaan om het renterisico te beheersen.

8.4.1. In rov. 3.7 Tussenarrest en rov. 2.8, slot, Eindarrest neemt het hof immers tot uitgangspunt

dat de renteswap strekt tot het beheersen van het renterisico. De bedoelde omstandigheden kunnen zonder nadere motivering, die ontbreekt, dan ook niet de verwerping dragen van het standpunt van de Bank dat [verweerster 1] in de hypothetische situatie wél de renteswap zou zijn aangegaan.

8.4.2. Daarbij komt dat de Bank gemotiveerd heeft gesteld dat een tussentijdse beëindiging niet aan de orde was ten tijde van het aangaan van de renteswap. [verweerster 1] exploiteerde het [...] al sinds de jaren '70 en werd al jarenlang gefinancierd door de Bank. [verweerster 1] had in 2007 ambitieuze plannen voor de lange termijn en ging een 10-jarige lening met een lineaire aflossing aan. [verweerster 1] sloot deze lening en de renteswap omdat haar financieringslasten na aankoop van de grond en financiering daarvan met een variabele rente en de renteswap een stuk lager zouden uitvallen dan haar pachtverplichtingen. [verweerster 1] had ook bij eerdere langlopende financieringen haar renterisico afgedekt, toen door het sluiten van financieringen met een vaste rente en wenste ook nu zekerheid omtrent haar financieringslasten. De reden dat de renteswap onverwachts tussentijds is beëindigd, is dat [verweerster 1] in de loop van 2009 in financiële problemen was komen te verkeren en zij in 2011 een koper vond voor het [...]. Als gevolg van die koop zou het krediet moeten worden afgelost.⁷⁴

8.4.3. Uit deze stellingen volgt dat het risico van een negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging van de renteswap (het krediet) ten tijde van het aangaan van de renteswap niet door [verweerster 1] werd gezien als een risico dat beheersing behoeft. Kennis bij [verweerster 1] van de mogelijkheid dat de renteswap in een dergelijk scenario een negatieve waarde zou kunnen hebben, had haar dan ook niet van het aangaan van de renteswap afgehouden. Het hof is in rov. 2.22 Eindarrest ten onrechte zonder (kenbare en/of toereikende) motivering voorbij gegaan aan deze essentiële stellingen van de Bank.

8.5. De Bank heeft bovendien, anders dan het hof onbegrijpelijk oordeelt in rov. 2.22 Eindarrest, in dit verband meer stellingen aangevoerd dan een 'enkele stelling' dat [verweerster 1] in de (juiste, zie subonderdelen 8.1 en 8.3) hypothetische situatie ook de renteswap zou zijn aangegaan. Naast het in subonderdeel 8.4.2 vermelde betoog, heeft de Bank namelijk uitgebreid en aan de hand van berekeningen uiteengezet dat een vaste rente voor [verweerster 1] duurder zou zijn geweest waardoor [verweerster 1] geen enkele reden zou hebben gehad voor een vaste rente in plaats van een renteswap te kiezen. Een rentecap zou een hoge vooraf te betalen premie hebben vereist, hetgeen [verweerster 1] niet kon en wilde betalen. Afzien van financiering was geen mogelijkheid, omdat in dat geval de aankoop van het [...] niet zou kunnen worden betaald. Een variabele rente was de enige mogelijkheid voor [verweerster 1] om de aankoop van het [...] te kunnen financieren en

daarbij wilde [verweerster 1] haar renterisico afdekken.⁷⁵ Ook omdat het hof in rov. 2.22 Eindarrest integraal voorbij gaat aan deze cijfermatig onderbouwde stellingen van de Bank, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Zulks klemmt temeer/althans, omdat [verweerster 1] bij comparitie in eerste aanleg zelf heeft gesteld dat zij het verzochte krediet bij de Bank zou zijn aangegaan met een vaste rente en haar pet torn sluit, ook in appel, daarbij aan.⁷⁶ Tegen deze achtergrond is temeer onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat de Bank onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat causaal verband ontbreekt en is eveneens onbegrijpelijk zijn oordeel in rov. 2.20 en 2.24 dat niet duidelijk is waarop de door [verweerster 1] gevorderde bedragen betrekking hebben die het vaste rentepercentage te boven gaan.

Subsidiair: [verweerster 1] heeft geen belang bij vernietiging indien het alternatief voor een variabele rente met renteswap duurder zou zijn

8.6. Uit de bovenstaande onderdelen volgt dat het vereiste causaal verband ontbreekt. Indien dat anders is, geldt het volgende. De Bank heeft gemotiveerd en gedocumenteerd gesteld dat [verweerster 1] als alternatief een vastrentende lening zou hebben gesloten, zoals [verweerster 1] zelf in eerste aanleg heeft gesteld en haar bestuurder ter comparitie heeft verklaard. Bij vervroegde aflossing daarvan zou [verweerster 1] echter een beëindigingsvergoeding verschuldigd zou zijn geweest, die aanmerkelijk hoger zou zijn geweest dan de negatieve waarde bij een renteswap.⁷⁷ Bij die stand van zaken heeft [verweerster 1] echter geen rechtens te respecteren belang bij haar rechtsvordering tot vernietiging van de renteswap op grond van dwaling omtrent het voor haar rekening komende risico van een mogelijke negatieve waarde bij voortijdige beëindiging van de renteswap. Het hof had, zo nodig ambtshalve, het ontbreken van procesbelang in de zin van art. 3:303 BW moeten constateren, althans had, met toepassing van art. 6:2 lid 2 en/of 6:248 lid 2 BW moeten vaststellen dat een beroep op vernietiging in een geval als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en/of misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW oplevert. Daarbij geldt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, mede rekening moet worden gehouden met het algemeen erkende rechtsbeginsel en/of de in Nederland levende rechtsovertuiging dat van een bevoegdheid tot vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling geen opportunistisch gebruik behoort te worden gemaakt (art. 3:12 BW en vgl. ook – de ratio van – art. 6:278 BW en art. 6:230 BW).

⁷⁵ MvA nr. 66 jo. 72 en Akte na tussenvonnissen van 7 mei 2014.

⁷⁶ P-v comparitie van 9 januari 2014, p. 2: "U vraagt mij wat ik zou hebben gedaan als ik in 2007 wel goed was geïnformeerd en ik toen had geweten wat ik nu weet. Ik zou dan hebben gekozen voor een lening met een vaste rente. Absoluut."

⁷⁷ Zie hierover uitgebreid Akte na tussenvonnissen van 7 mei 2014.

⁷⁴ CvA nr. 4 t/m 6, 20 t/m 22, 29 t/m 31 en 48 t/m 52 en MvA nr. 27, 28, 66 en 124 t/m 126.

Onderdeel 9 – De wettelijke handelsrente is niet van toepassing

9. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in rov. 2.26 Eindarrest de wettelijke handelsrente toe te wijzen over de terug te betalen bedragen. Art. 6:119a BW heeft immers uitsluitend betrekking op primaire prestaties uit hoofde van een handelsovereenkomst en niet op vorderingen tot schadevergoeding of ongedaanmaking. Vgl. HR. 28 juni 2013, NJ 2013/368, HR 15 januari 2016, NJ 2016/51 en HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106.

Met zijn oordeel in rov. 2.26 Eindarrest dat de Bank de verschuldigdheid van die wettelijke handelsrente niet heeft betwist, heeft het hof voorts miskend dat (1) het ex art. 25 Rv gehouden was ambtshalve te beoordelen of art. 6:119a BW van toepassing is en (2) de stelplicht in dezen bij [verweerster 1] ligt, terwijl [verweerster 1] niet heeft toegelicht dat en waarom art. 6:119a BW van toepassing zou zijn.

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

Samenvatting van deze conclusie

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) waarschuwplicht. Om deze reden slaagt het principale cassatieberoep. Daarin wordt ook terecht geklaagd over het door het hof gelegde verband tussen de marktwaarde van de renteswap en het Euribortarief en over de toewijzing van de wettelijke handelsrente. De klachten in het incidentele cassatieberoep slagen naar mijn mening niet.

1 Inleiding

Renteswapzaken

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

doende 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 bank³ 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/Clïënt* stelde de bank een renteswap als voorwaarde voor het verstrekken van een lening. In *Clïënt 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/[verweerster 1]* en in *Clïënt/Rabobank* is vastgesteld, en in *Clïënt 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 zaak *ABN AMRO/[verweerster 1]* heeft [verweerster 1], na verkoop van haar onderneming, haar lening(en) vervroegd afgelost en is de renteswapovereenkomst tussentijds beëindigd. [verweerster 1] heeft het bedrag van de op dat moment negatieve waarde van die swap (€ 168.900) aan de bank betaald.

[verweerster 1] 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.

1.4.2 In de zaak *ING/Clïënt* 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 *Clïënt/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

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 gelijkloend zijn, zijn de tot privépersonen te herleiden namen van partijen reeds geanonimiseerd.

³ Dan wel met een aan de bank gelieerde partij.

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 *Clïënt 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 *Clïënt/Rabobank*.

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 *waarschuwplicht* kan voortvloeien. Het Hof Amsterdam oordeelt dat de zorgen waarschuwplicht 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 waarschuwplicht. Geldt dat ook bij renteswapzaken? Deze kwestie wordt aan de orde gesteld in de cassatiemiddelen in de zaken *ABN AMRO/[verweerster 1]* en *ING/Clïënt* 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 waarschuwplicht 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 in-*

formatie over dat risico wordt gegeven (zoals de mogelijke orde van grootte van die negatieve waarde).

Deze kwestie speelt in de zaken *ABN AMRO/[verweerster 1]* en *ING/Clïënt*. 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/[verweerster 1]* is geoordeeld dat partijen de over en weer betaalde bedragen dienen te restitueren (art. 6:203 lid 2 BW). In de zaak *ING/Clïënt* is de vor-

4 HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, *JOR* 2018/71, m.nt. F.M.A. 't Hart (*Gerann/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, *NTRB* 2018/10, m.nt. J.A.G. van Es, *NTRF* 2017/1783, m.nt. W. Bruins Slot, betrof de aftrekbaarheid van swaprente voor de inkomstenbelasting.

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/[verweerster 1]*.

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 *Clïënt/Rabobank*).

dering 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 onderaan 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 waarschuwplicht 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 swapovereenkomst 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 gezien 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 Feiten¹⁰

2.1 [verweerster 1] exploiteerde een recreatiestrand – [...] – in de gemeente Eersel, Noord-Brabant. [betrokkene 1] is enig bestuurder van [verweerster 1]. [verweerster 2] (hierna: [verweerster 2]) is enig aandeelhoudster van [verweerster 1]. ABN AMRO heeft vanaf de jaren '90 kredieten aan [verweerster 1] verstrekt.

2.2 [verweerster 1] heeft ABN AMRO gevraagd naar de mogelijkheden om de aankoop te financieren van het recreatiestrand dat op dat moment werd gepacht. Op 19 juni 2007 is tussen [verweerster 1] en ABN AMRO een kredietovereenkomst tot stand gekomen. Naast het reeds gesloten krediet, bestaande uit een rekening-courant krediet en twee 10-jarige leningen, zijn leningen van € 650.000 en € 425.000 verstrekt, beide met een variabele rente gebaseerd op het éénmaands Euribor tarief (Euro interbank offered rate) plus een opslag van 1,35% per jaar. De looptijd van deze twee nieuwe leningen is tien jaar, van 1 oktober 2007 tot 1 oktober 2017.

2.3 In de kredietovereenkomst is onder andere bepaald:

“OTC-derivaten (nieuw)

- ABN AMRO is bereid om, tot wederopzegging, aan de Kredietnemer, hierna ook te noemen: ‘Cliënt’, de mogelijkheid te geven om derivatentransacties aan te gaan. Dit betekent niet dat ABN AMRO verplicht is om een transactie met de Cliënt aan te gaan. ABN AMRO heeft het recht om elke transactie afzonderlijk te beoordelen.

- De hiervoor genoemde zekerheden en/of verklaringen strekken tevens tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van derivatentransacties.

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

- In aanvulling op artikel 8 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties mei 2001 zal gelden dat ABN AMRO, zonder dat enige

	<i>Cliënt c.s./ABN AMRO Cliënt/Rabobank</i>	<i>ABN AMRO/[verweerster 1]</i>	<i>ING/Cliënt</i>
(I)	Mededelingsplicht/zorgplicht	Mededelingsplicht/zorgplicht	Mededelingsplicht/zorgplicht
(II)	Mededelingsplicht renteswaps	Mededelingsplicht renteswaps	Mededelingsplicht renteswaps
(III)	Ontbreken nadeel		
(IV)	Onbesproken kenmerk		
(V)			Afwikkeling onverschuldigde betaling

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

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 Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022, rov. 2.2-2.12. De feitenvaststelling inzake de risicofee in rov. 2.13-2.14 betreft een kwestie die in cassatie geen rol speelt.

sommatie of ingebrekestelling vereist zal zijn, eveneens één of meerdere lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel kan beëindigen en alles wat door de Cliënt uit hoofde daarvan, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, is verschuldigd, onmiddellijk in zijn geheel tussentijds kan opeisen, indien en zodra de kredietfaciliteit bij ABN AMRO wordt beëindigd.

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

2.4 Op of dags vóór 18 juni 2007 heeft ABN AMRO [verweerster 1] uitgenodigd voor een voorlichtingsgesprek over renteswaps. Dat gesprek heeft op 19 juni 2007 plaatsgevonden, na de ondertekening van de kredietovereenkomst. Aanwezig waren twee medewerkers van de afdeling Treasury van ABN Amro, [betrokkene 1] en [betrokkene 2], de accountant van [verweerster 1]. De voorlichting werd gegeven in de vorm van een Powerpoint-presentatie met een mondelinge toelichting. [verweerster 1] en ABN AMRO hebben beide een afschrift van de slides als productie overgelegd. Als slide nummer 9 is getiteld "Productinformatie Rente Swap". Het door [verweerster 1] overgelegde afschrift van slide 9 is niet of nauwelijks leesbaar. In het door ABN AMRO overgelegde, wel leesbare, afschrift van slide 9 is onder andere vermeld:

"Beschrijving van het product

Een Rente Swap (Interest Rate Swap, IRS) is een afspraak tussen twee partijen om gedurende een bepaalde periode de betaling van een geïndexeerde, variabele rente (bijvoorbeeld Euribor) te ruilen tegen de betaling van een vaste rente. Op deze wijze kan een rentetarief op basis van variabele rente synthetisch worden gefixeerd.

(...)

Belangrijke kenmerken

(...)

De koper kan een Rente Swap tussentijds beëindigen. Een positieve waarde wordt door ABN AMRO uitgekeerd, een negatieve waarde wordt in rekening gebracht. De waarde is afhankelijk van de marktomstandigheden op het moment van verkoop.

De marktwaarde van de met u overeengekomen Rente Swap kan zich gedurende de looptijd zowel positief als negatief ontwikkelen. Als gevolg hiervan kan door ABN AMRO een zekerheidstelling worden verlangd.

Risico

Een Rente Swap is een OTC (over the counter) derivatentransactie. Een OTC-derivatentransactie is een overeenkomst tussen twee partijen die buiten de gereguleerde beurzen om tot stand komt en waarbij één of beide prestaties afhankelijk zijn van koersbewegingen van een onderliggende waarde. Hoewel OTC-derivatentransacties veelal worden afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie

of andere transactie, is er geen direct verband. Bij voortijdige beëindiging of tussentijdse wijziging van de onderliggende transactie, blijven de rechten en/of plichten voortvloeiende uit de Rente Swap onverminderd van kracht.

Indien de daadwerkelijke renteontwikkeling afwijkt van uw verwachting, bestaat — achteraf gezien — het risico dat de keuze voor een andere strategie een betere oplossing zou zijn geweest. Op het moment dat de transactie wordt gesloten kunt u, op basis van de geaccepteerde variabelen, het risico vaststellen. Daarmee accepteert u dat risico. (...)"

2.5 Op 20 juni 2007 hebben vertegenwoordigers van ABN AMRO en [verweerster 1] telefonisch gesproken over het sluiten van een renteswap. Bij brief van dezelfde dag — die op 27 juni 2007 namens [verweerster 1] is ondertekend en geretourneerd aan ABN AMRO — heeft ABN AMRO, voor zover van belang, het volgende aan [verweerster 1] bericht:

"Betreft Bevestiging renteswap

(...)

1. Hierbij bevestigt ABN AMRO Bank N.V. (hierna te noemen: de 'Bank') aan u (hierna ook te noemen: de 'Cliënt') de voorwaarden van de transactie die de Cliënt met de Bank op de Transactiedatum (zoals hieronder vermeld) is aangegaan (de 'Transactie').

2. De variabelen van de Transactie zijn als volgt:

(...)

3. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

- naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle benodigde informatie, waaronder een beschrijving en uitleg van de Bank te hebben ontvangen;
- dat Cliënt zelfstandig — of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs — deze Transactie heeft geanalyseerd;
- dat Cliënt zich realiseert dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.
- dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;
- dat de in deze bevestiging vastgelegde variabelen van de Transactie volledig en correct zijn.

4. De Cliënt wordt verzocht om deze bevestiging binnen vijf Werkdagen na verzending door de Bank, ondertekend aan de Bank bij voorkeur per fax, of per post te retourneren aan: (...) Indien u constateert dat de bevestiging onjuist of onvolledig is, verzoeken wij u om direct contact op te nemen met uw (Regio) Treasury Desk onder vermelding van het Referentienummer. Op deze bevestiging zijn de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 ('ABD') van toepassing."

2.6 In artikel 1 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO mei 2001 (hierna: de ABD) is, voor zover hier van belang, bepaald:

“Deze algemene bepalingen zijn van toepassing op iedere OTC-transactie tussen de Cliënt en ABN AMRO in de vorm van een renteswap, basiswap (...) en soortgelijke transacties.”

2.7 In artikel 8.2 van de ABD is voor een aantal gevallen bepaald dat ABN AMRO lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds kan beëindigen en alles wat door de cliënt uit hoofde daarvan is verschuldigd, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds kan opeisen.

2.8 In artikel 9.1 van de ABD is, voor zover hier van belang, bepaald:

“In geval van opeising stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro's vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gederfde winst verschuldigd is. Deze vergoeding bestaat uit de som van:

1. door de Cliënt niet nagekomen betalingsverplichtingen uit hoofde van de transacties;
2. de waarde van de transacties, berekend op basis van de vervangingswaarde van de transacties;
3. door ABN AMRO gemaakte fundingkosten, kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties;
4. overige door ABN AMRO geleden verlies of gederfde winst voortvloeiende uit de transacties; ongeacht de valuta waarin de vorderingen luiden.

Voor zover de opeising voor ABN AMRO tevens voordeel oplevert, zal ABN AMRO hiermee rekening houden bij de vaststelling van de vergoeding.”

2.9 In de brochure ‘OTC-derivatentransacties’ van juni 2006 is onder meer bepaald:

“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 c.q. koers van die onderliggende waarde.

Indien een transactie vervroegd¹¹ 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.”

2.10 Op 17 februari 2012 is het krediet vervroegd afgelost in verband met verkoop van de onderneming van [verweerster 1] aan een derde. In dat kader heeft ABN AMRO de renteswap beëindigd en de negatieve marktwaarde ervan (€ 168.900) bij [verweerster 1] in rekening gebracht. Na volledige voldoening heeft ABN AMRO de ten gunste van haar en ten laste van [verweerster 1] gevestigde zekerheden (rechten van hypotheek) vrij gegeven.

2.11 Bij brief van 13 november 2012 aan ABN AMRO heeft de advocaat van [verweerster 1] de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd.

3 Procesverloop

3.1 [verweerster 1] heeft ABN AMRO bij exploit van 15 juli 2013 gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en, kort gezegd, gevorderd een verklaring voor recht dat bepaalde bedragen onverschuldigd zijn betaald en veroordeling van ABN AMRO tot (terug)betaling van deze bedragen. Daaraan heeft [verweerster 1], kort gezegd, ten grondslag gelegd dat zij heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswapovereenkomst en dat ABN AMRO haar zorgplicht heeft geschonden. De Bank heeft de vorderingen bestreden.

3.2 De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 9 april 2014,¹² samengevat, overwogen dat de Bank het afsluiten van een renteswap aan [verweerster 1] heeft geadviseerd om het aan het krediet verbonden risico van een rentestijging te beperken en dat op de Bank de plicht rust [verweerster 1] voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomsten volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de mogelijke gevolgen en de risico's van het afsluiten van die overeenkomsten (rov. 4.4).

In beginsel dient ervan te worden uitgegaan dat ABN AMRO [verweerster 1] met de door haar verstrekte informatie voldoende en juist heeft geïnformeerd over de werking van de renteswap en de daaraan verbonden risico's zodat, indien daaromtrent bij [verweerster 1] desalniettemin een onjuiste voorstelling van zaken heeft bestaan, deze voor haar rekening moet blijven (rov. 4.8-4.9). Zowel het beroep op dwaling als het beroep op een tekortkoming in de nakoming en onrechtmatige daad stuiten daarop volgens de rechtbank in beginsel af.

De rechtbank heeft [verweerster 1] evenwel toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorschands bewezen geachte stelling van ABN AMRO dat [verweerster 1] de ABD en de brochure OTC-Derivatentransacties vóór of op de datum van ondertekening van de kredietovereenkomst (19 juni 2007) heeft ontvangen. Bij eindvonnis van 18 maart 2015 heeft de rechtbank, kort samengevat, geoordeeld dat het verlangde tegenbewijs niet volgt uit de afgelegde getuigenverklaringen en overgelegde

11 Rov. 2.10 van het tussenarrest van 4 oktober 2016 vermeldt abusievelijk ‘vervroegd’.

12 Rechtbank Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2280.

stukken. De rechtbank heeft de vorderingen van [verweerster 1] afgewezen.¹³

3.3 [verweerster 1] is bij het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep gekomen van beide vonnissen. Na eiswijziging in hoger beroep vordert [verweerster 1], kort gezegd, naast vernietiging van de vonnissen en verklaringen voor recht, betaling door de bank aan haar van € 168.900 ter zake van de negatieve marktwaarde van de renteswap, € 63.720,54 ten aanzien van de bedragen die volgens haar het vaste rentepercentage te boven zijn gegaan en € 46.242 als de 'verborgen marge' die [verweerster 1] aan ABN AMRO heeft betaald, met rente en kosten.

3.4.1 Het hof heeft bij tussenarrest van 4 oktober 2016¹⁴ (hierna: TA) overwogen dat partijen met de renteswap hebben beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het eenmaands Euribortarief en dat de kredietovereenkomst en de renteswap, twee afzonderlijke overeenkomsten, met elkaar samenhangen (rov. 3.7).

Een renteswap is een financieel instrument (derivaat) met een bepaalde marktwaarde. Indien het Euribortarief tijdens de looptijd van de renteswap stijgt, krijgt de renteswap voor de afnemer een positieve marktwaarde, indien het Euribortarief daalt, wordt de marktwaarde voor hem negatief. Aan het begin en het einde van de looptijd is de marktwaarde van de renteswap altijd nul (rov. 3.8).

Het hof is voorshands van oordeel dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap – het verlenen van een beleggingsdienst – binnen die adviesrelatie moet worden beoordeeld. Omdat het partijdebat zich onvoldoende op de juridische kwalificatie van de rechtsverhouding heeft toegespitst, heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover nader uit te laten (rov. 3.9). Partijen hebben vervolgens akte genomen.¹⁵

3.4.2 Bij eindarrest van 28 november 2017¹⁶ heeft het hof de vonnissen¹⁷ waarvan beroep vernietigd. Het hof heeft voor recht verklaard dat de tus-

sen [verweerster 1] en ABN AMRO gesloten renteswapovereenkomst van 20 juni 2007 bij brief van 13 november 2012 rechtsgeldig is vernietigd. Voorts heeft het hof ABN AMRO veroordeeld tot betaling van € 168.900 vanwege de in rekening gebrachte negatieve marktwaarde en € 46.242 vanwege de in rekening gebrachte marge, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 21 februari 2012, alsmede in de proceskosten.

3.5 ABN AMRO heeft bij procesinleiding, ingediend op 27 februari 2018, cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 4 oktober 2016 en het eindarrest van 28 november 2017. [verweerster 1] heeft bij verweerschrift geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. ABN AMRO heeft geconcludeerd tot referte in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht¹⁸ en vervolgens gereageerd op elkaars toelichting.¹⁹

4 Overzicht van het eindarrest van het hof en van de cassatiemiddelen

4.1 Alvorens de middelen te bespreken, vat ik het eindarrest van het hof samen.

De rechtsverhouding tussen de Bank en [verweerster 1]

(i) Anders dan ABN AMRO onder verwijzing naar de brochure OTC-derivatentransacties stelt, is sprake van een adviesrelatie en is het aanbieden van de renteswap aan te merken als een beleggingsdienst (rov. 2.1-2.9).

Dwaling (mededelingsplicht) en zorgplicht

(ii) [verweerster 1] stelt te hebben gedwaald over eigenschappen en risico's van de renteswap, met name dat bij tussentijdse beëindiging een negatieve waarde voor haar rekening komt als het variabele Euribortarief dan lager is dan de swaprente (rov. 2.10).

(iii) In verband met art. 6:228 BW geldt dat ABN AMRO een mededelingsplicht heeft en [verweerster 1] een onderzoeksplicht, een en ander mede gelet op de aard van de rechtsverhouding van ABN AMRO met [verweerster 1] (rov. 2.11).

(iv) Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt, kon de in het kader van haar advisering op ABN AMRO rustende zorgplicht (art. 7:401 BW) meebrengen dat ABN AMRO als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij gehouden was [verweerster 1] uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's (rov. 2.12).

(v) Om aan haar zorgplicht te kunnen voldoen, diende ABN AMRO de informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij diende onderzoek te doen naar de financiële po-

13 Rechtbank Amsterdam 9 juni 2015, zaaknr. C/13/546809/HA ZA 13-805 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

14 Hof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022.

15 Het hof heeft partijen in het tussenarrest van 4 oktober 2016 en in zijn tussenarrest van 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022, in de gelegenheid gesteld om te beproeven of zij op basis van het 'Uniform herstellkader rentederivaten MKB' tot een minnelijke regeling kunnen komen. Dat is niet gelukt en uiteindelijk is door partijen arrest gevraagd.

16 Hof Amsterdam 28 november 2017.

ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, JOR 2018/72, m.nt. F.P.C. Stribos.

17 Het hof vermeldt 'het vonnis'. De dagvaarding in hoger beroep vermeldde alleen het eindvonnis van 18 maart 2015, maar in de memorie van grieven is het hoger beroep uitgebreid tot het tussenvonnis van 9 april 2014 (zie het tussenarrest van 4 oktober 2016, rov. 1). Het dictum betreft beide vonnissen, omdat uit de arresten van het hof niet blijkt dat het hof zijn dictum heeft willen beperken tot een van beide vonnissen.

18 Hierna: s.t. ABN AMRO en s.t. [verweerster 1].

19 Hierna: Replik (van ABN AMRO) en Dupliek (van [verweerster 1]).

sitie, mede met het oog op de extra (margin)verplichtingen die een renteswap kan meebrengen, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Niet is gesteld of gebleken dat ABN AMRO dit onderzoek heeft verricht. Aangenomen moet worden dat [verweerster 1] ter zake als ondeskundig en onervaren moet worden aangemerkt (rov. 2.13).

(vi) Een renteswap in combinatie met langlopende leningen met een variabele rente is een complex samenstel van producten waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Als niet-professionele partij kan [verweerster 1] niet geacht worden de kenmerken en risico's van een renteswap te kennen en te overzien. Het gaat om een derivatentransactie waarbij in geval van tussentijdse beëindiging een negatieve waarde kan ontstaan die voor rekening en risico komt van de cliënt. (rov. 2.13).

(vii) Het voorgaande in aanmerking nemende en gezien de adviesrelatie tussen partijen, rustte op ABN AMRO voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Zij kon niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie (rov. 2.14).

(viii) Met de voorafgaand aan het sluiten van de renteswap versterkte schriftelijke informatie heeft ABN AMRO niet voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Gezien de rol van ABN AMRO als adviseur, het gebrek aan ervaring en deskundigheid van [verweerster 1] ten aanzien van het product en het feit dat [verweerster 1] zich tot ABN AMRO had gewend in het kader van de kredietverstrekking, kan [verweerster 1] redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld. Daaraan doet in dit geval niet af dat [verweerster 1] werd bijgestaan door een accountant (rov. 2.15).

(ix) Het hof passeert het bewijsaanbod van ABN AMRO dat zij [verweerster 1] mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap, omdat ABN AMRO niet gemotiveerd heeft gesteld dat zij [verweerster 1] heeft gewaarschuwd voor de risico's van de transactie (rov. 2.17).

(x) [verweerster 1] heeft gedwaald (rov. 2.18). *Causaal verband*

(xi) Voldoende aannemelijk is dat als [verweerster 1] afdoende over de risico's en kosten van de renteswap was geïnformeerd, zij geen renteswap had gesloten.

Vordering uit onverschuldigde betaling

(xii) Het beroep op dwaling slaagt (rov. 2.18-2.23).

(xiii) Door de vernietiging wegens dwaling is [verweerster 1] uit onverschuldigde betaling gerechtigd tot hetgeen zij per saldo onder de renteswapovereenkomst heeft betaald, dat is de swaprente en het voor de negatieve waarde betaald bedrag, verminderd met de van ABN AMRO ontvangen Euriborrente. In dit geval is toewijsbaar het voor

de negatieve waarde betaalde bedrag (€ 168.900) en de marge van ABN AMRO die deel uitmaakt van de swaprente (€ 46.242). Het overigens gevorderde bedrag ter zake van 'de bedragen die het vaste rentepercentage te boven gaan' wordt afgewezen, omdat onduidelijk is waarop dit betrekking heeft (rov. 2.24).

Overige vorderingen

(xiv) De gevorderde wettelijke handelsrente per 21 februari 2012 wordt als onbestreden toegewezen (rov. 2.26).

4.2 Het *principale cassatiemiddel* van ABN AMRO bevat negen onderdelen, met verschillende subonderdelen. De *onderdelen 1 t/m 6* klagen over het oordeel in rov. 2.10-2.17 dat ABN AMRO haar mededelingsplicht heeft geschonden. *Onderdeel 7* klaagt over het oordeel in rov. 2.18 dat [verweerster 1] heeft gedwaald. *Onderdeel 8* klaagt over het oordeel in rov. 2.18-2.22 dat er causaal verband is en betoogt subsidiair dat [verweerster 1] geen belang heeft bij vernietiging indien het alternatief voor een variabele rente met renteswap voor haar duurder zou zijn. *Onderdeel 9* klaagt over de toewijzing van de wettelijke handelsrente in rov. 2.26.

4.3 Het *voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel* van [verweerster 1] klaagt over het oordeel in rov. 2.3, 2.14 en 2.15 van (kennelijk) het eindarrest, dat ABN AMRO [verweerster 1] voorafgaand aan het sluiten van de swapovereenkomst schriftelijke informatie, waaronder de brochure OTC-derivaten-transacties, zou hebben verstrekt.

4.4 De onderdelen 1 t/m 6 van het *principale middel* van de Bank die de *mededelingsplicht bij dwaling* aan de orde stellen, hebben een principieel karakter. Deze problematiek is ook aan de orde in de prejudiciële vragen die de rechtbank Amsterdam heeft gesteld (zaaknr. 18/03941 en 18/03942) en in de zaak *ING/Client* (zaaknr. 18/01155), waarin ik heden eveneens concludeer. Ik verwijs naar de beschouwing hierover onder 6-8 van deze conclusie en de behandeling van deze klachten onder 9 van deze conclusie.

4.5 Voor zover onderdeel 8 van het *principale middel* betoogt dat *belang bij het beroep op dwaling ontbreekt*, varieert deze zaak op het thema van de derde prejudiciële vraag die de rechtbank Amsterdam heeft gesteld. Ik kom daarop terug bij de bespreking van dit onderdeel.

4.6 De overige klachten van het *principale middel* van ABN AMRO en de klachten van het *incidentele middel* van [verweerster 1] betreffen vragen die vooral zien op de behandeling van deze zaak.

4.7 Onder 5 van deze conclusie volgt een inleiding over rentederivaten. Onder 6 volgt een bespreking van de mededelingsplicht bij dwaling en onder 7 van de verhouding tussen de mededelingsplicht en de zorgplicht. Onder 8 volgt een samenvatting van 6 en 7 die wordt toegespitst op de mededelingsplicht bij renteswapovereenkomsten. Onder 9 wordt het *principale middel* van ABN AMRO besproken, onder 10 het *incidentele middel* van [verweerster 1].

5 Rentederivaten

Renteswaps en andere rentederivaten

5.1 Vanaf circa 2005 zijn banken rentederivaten, vooral renteswaps, gaan aanbieden aan hun klanten in het MKB.²⁰ 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.²¹

Ruim 21.000 MKB-klanten hebben in deze periode rentederivatencontracten met een looptijd van 10 jaar²² gesloten, die nog lopen in de periode 1 april 2011 tot 1 april 2014. Hierna bespreek ik kort het verschijnsel rentederivaat, het Uniform Herstellkader (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.²³

5.3 De Commissie Rentederivaten omschrijft in het door haar opgestelde Uniform Herstellkader

als volgt de redenen voor de bank om rentederivaten aan te gaan bieden aan het MKB:²⁴

“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 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,²⁵ waarvan de *renteswap* de bekendste is. Op grond van een renteswapovereenkomst worden rentevoorzwaarden 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

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

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

22 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>).

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

24 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 variabelrentelening 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 Ondernemingsrecht/praktijk (TOP)* 2012/8, p. 312; L.A. van Amsterdam, 'Van ruilen komt huilen? Renteswaps in de rechtspraak', *Onderneming en Financiering*, 2013/4, p. 17.

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

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.²⁶

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.²⁷ 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*.²⁸ *Overhedge* en andere gevallen waarin de modaliteiten van de swap afwijken van die van de onderlig-

gende lening,²⁹ 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 onderwerpen 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.³⁰

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 swap gedurende de looptijd.³¹ Volgens ABN AMRO is dat niet het geval.³² 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.³³ 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

²⁹ 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.

³⁰ 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 onderwerpen 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.

³¹ 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 saldbewakingsplicht van art. 85 en 86 Bgfo bij rentederivaten verstrekt aan het MKB niet 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 saldbewakingsplicht 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."

³² Zie s.o. ABN AMRO nr. 14 en rov. 4.14 van het vonnis van 30 mei 2018, steeds in zaaknr. 18/03941.

³³ Zie s.o. Rabobank nr. 14 in zaaknr. 18/03942.

²⁶ Botter, *Ondernemingsrecht* 2013/43, nr. 2.

²⁷ Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313.

²⁸ 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.

negatief zijn of positief. Het UHK omschrijft de marktwaarde als:³⁴

“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 waardeeringsmodel (‘valuation model’) voor het betreffende Rentederivaat dat daartoe door haar modelvalidatie-afdeling is goedgekeurd.”

Bij tussentijdse beëindiging van de swap dient de swap aan de bank betaald, bestaat uit 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 betaald, 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.³⁵ 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.³⁶

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.³⁷ 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 verschillen 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.³⁸ 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.³⁹ 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).

5.9 Begin 2015 rapporteerde de AFM dat de herbeoordeling vertraging had opgelopen.⁴⁰ Voorts constateerde de AFM eind 2015 bij diverse banken onjuistheden en onvolledigheden.⁴¹ 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 rentederivatenuitkomsten. 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-professio-

34 UHK nr. 2.1.1, p. 10.

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

36 Bij de Hoge Raad is onder nr. 18/01151 een zaak ahangend 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).

37 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.

38 AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semi-publieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3.

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

40 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>).

41 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>).

neel en niet-deskundig is te kwalificeren.⁴² 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.⁴³

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 substituu).⁴⁴ 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 coulanevergoeding 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.⁴⁵ Ik vermeld verder alleen uitspraken waarin is geoordeeld over een beroep op dwaling⁴⁶ of over een beroep op dwaling en schending van de zorgplicht.⁴⁷

5.14 In enige zaken werd het beroep op dwaling afgewezen, omdat toepassing werd gegeven aan

art. 6:230 BW⁴⁸ of omdat naar het oordeel van de rechter kennelijk belang ontbrak.⁴⁹

5.15 In vrij veel zaken is het beroep op dwaling afgewezen, omdat de bank voldoende informatie had gegeven dan wel het beroep op dwaling onvoldoende was onderbouwd.⁵⁰ Indien tevens een beroep was gedaan op zorgplichtschending, werd soms

⁴² Zie hoofdstuk 3 van het UHK van 19 december 2016.

⁴³ Zie de Vierde voortgangsrapportage van de AFM van 31 januari 2019, p. 4, te vinden op: <https://www.afm.nl/-/profimedia/files/onderwerpen/derivaten/voortgangsrapportage-4.pdf?la=nl-nl>.

⁴⁴ Para. 3.2 UHK.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ Daarnaast wordt bijvoorbeeld ook een beroep gedaan op ontbinding, misbruik van omstandigheden of ongerechtvaardigde verrijking. Dit blijft thans buiten beschouwing.

⁴⁸ 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).

⁴⁹ 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).

⁵⁰ 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.

ook dat beroep om deze reden afgewezen.⁵¹ 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.⁵²

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.⁵³ 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,⁵⁴ gaan de commissies expliciet in op de wijze van informatievervalsing⁵⁵ en de

51 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 (tussenonnnis 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 bewijsslevering). Vgl. ook Rechtbank Dordrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV7492 (t.a.v. het beroep op dwaling is bewijsslevering nodig; i.v.m. zorgplichtschending geen belang bij een gelijktijdende bewijsopdracht omdat deze vordering zeer vergelijkbaar is met de dwalingsvordering).

52 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 (bewijsslevering 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).

53 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 (bewijsslevering nodig of cliënt voldoende is geïnformeerd).

54 In enkele uitspraken komt de zorgplicht slechts marginaal ter rug. 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.

55 Geschillencommissie 7 juli 2017, 2017-430.

vraag of het product naar behoren functioneert doordat het bijvoorbeeld voldoende samenhang heeft met de onderliggende financiering.⁵⁶ De commissies gaan in enkele zaken ook expliciet in op de toepasselijke zorgplicht en de daaruit volgende vereisten, alsmede het beroep op dwaling.⁵⁷

6 *Dwaling wegens schending van een mededelingsplicht*

Vereisten voor dwaling en voor het bestaan van een mededelingsplicht

6.1 Het gaat hier in wezen⁵⁸ 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 ge-

schonden, zijn het kenbaarheidsvereiste en de verschoonbaarheid⁵⁹ al verdisconteerd.

Het vereiste dat de dwaling geen uitsluitend toekomstige omstandigheid mag betreffen,⁶⁰ wordt besproken bij onderdeel 4.5 van het principale middel.

(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.⁶¹ 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.⁶² 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.⁶³

(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.⁶⁴

6.5 Niet noodzakelijk is dat zonder de onjuiste voorstelling van zaken de overeenkomst in het geheel niet zou zijn gesloten. Voldoende is dat deze overeenkomst niet zou zijn gesloten, dus dat de dwalende bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst onder andere voorwaarden zou heb-

⁵⁶ Geschillencommissie 14 juni 2017, 2017-377; Geschillencommissie 14 juni 2017, 2017-376; Geschillencommissie 11 augustus 2016, 2016-361.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ De in art. 6:228 lid 1 BW onder a t/m c genoemde gevallen kunnen in elkaar overlappen. Zie Jac. Hijma, *Groene Serie verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.4.1.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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 aanwezige 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 (van Velde/Roozen), rov. 3.3.2.

⁶¹ 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.

⁶² Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/218.

⁶³ Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.2.

⁶⁴ Zie Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.3.

ben gesloten.⁶⁵ Evenmin is noodzakelijk dat de dwaling een fundamenteel, wezenlijk of substantieel karakter draagt.⁶⁶ Het gaat om de subjectieve beweegredenen van de dwalende: zou deze partij deze overeenkomst hebben gesloten indien zij niet zou hebben gedwaald?⁶⁷ Dit is een feitelijke vraag.⁶⁸

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.⁶⁹

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.⁷⁰ 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.⁷¹ 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.⁷² 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.⁷³

Afhankelijk van het geval, kunnen verzwaarde eisen worden gesteld aan de motivering van de betwisting van het causale verband door de wederpartij.⁷⁴

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.⁷⁵

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.⁷⁶ 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.⁷⁷ Deze mededelingsplicht strekt ertoe te voorkomen

65 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*).

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

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

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

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

70 HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, NJ 2009/398 (*De Alternatieve*), rov. 3.4.2. Vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, NJ 1997/222, rov. 3.3.

71 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.

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

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

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

75 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.

76 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.

77 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.

dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken.⁷⁸

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 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ Er mag echter niet automatisch worden aangenomen dat deskundigheid van een partij leidt tot een 'geacht worden te weten'.⁸¹

(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 ter zake waarvan wordt gedwaald voor de dwalende essentieel was.⁸² Indien de wederpartij mocht aannemen dat de overeenkomst ook bij een juiste voorstelling van zaken zou zijn gesloten, rust op hem geen mededelingsplicht.⁸³

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.⁸⁴

(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.⁸⁵ 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.⁸⁶

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.⁸⁷ Voor algemeen bekende risico's behoeft evenmin gewaarschuwd te worden.⁸⁸

(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.⁸⁹

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

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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 (Inbev/Van der Valk), rov. 4.2.2.

⁸⁰ Zie HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, NJ 2017/35, m.nt. Jac. Hijma (Inbev/Van der Valk), rov. 4.2.2.

⁸¹ Vgl. o.a. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.6.1a onder verwijzing naar het arrest Inbev/Van der Valk; C.C. van Dam, in: Jac. Hijma (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 2016, nr. 165; K.J.O. Jansen, 'Kennisspremsie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten', *NTBR* 2016/31, p. 207.

⁸² 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ Asser/Sieburgh 6-III 2018/227.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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."

⁸⁷ 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 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).

⁸⁸ Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 154.

⁸⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 909.

moeilijk om daarvoor algemene regels te geven en gaat de rechtspraak 'tastend haar weg'.⁹⁰ Door vele auteurs is niettemin geprobeerd om de relevante gezichtspunten in kaart te brengen.⁹¹ Zo heeft 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 mede 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.⁹²

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.⁹³ 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.⁹⁴

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 *Gomes/Rental*.⁹⁵ Daarin ging het om de vraag of een professionele autoverkoper had voldaan aan zijn medede-

lingsplicht 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.⁹⁶ 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.⁹⁷

6.15.4 In HR 10 april 1998, rov. 3.6, is gewezen op het verschil tussen iets mededelen en ergens op wijzen:⁹⁸

"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."

⁹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/232.

⁹¹ Zie o.a. E. Cohen Hendriquéz, '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.

⁹² Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 155-159.

⁹³ 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.

⁹⁴ Zie E. Cohen Hendriquéz, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout', *NJB* 1976, p. 625-634.

⁹⁵ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, NJ 2010/258, m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*).

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Zie ook HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305, m.nt. C.V.M. Lieveer, rov. 3.3.5.

⁹⁸ HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666, m.nt. W.M. Kleijn.

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.⁹⁹

"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 ondoordachtetheit of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele 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.¹⁰⁰ Hijma wijst erop dat de wederpartij ervoor moet zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent.¹⁰¹ 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).¹⁰²

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.¹⁰³

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,¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

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

⁹⁹ HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1991:AB7632, NJ 1991/759, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/B.*), rov. 3.4.

¹⁰⁰ K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 166; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, 'Waarschuwingplichten voor financiële ondernemingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, par. 3.5.1.

¹⁰¹ Zie nr. 7 van de noot in NJ 2010/258.

¹⁰² Aldus K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 163-164; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, 'Waarschuwingplichten voor financiële ondernemingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, par. 3.5.1.

¹⁰³ Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 163-167; A.A. Ettema & K.J.O. Jansen, 'Waarschuwingplichten voor financiële ondernemingen', in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, par. 3.5.1-3.5.2.

¹⁰⁴ Vgl. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.4.

¹⁰⁵ Zie Jac. Hijma in zijn noot in NJ 2010/258; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 164-165.

een mededeling voldoende duidelijk is.¹⁰⁶ 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 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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

Daarbij dient te worden bedacht dat de mededelingsplicht ook strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.¹¹¹

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.¹¹² 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).¹¹³

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 verschaft materiaal voor degene die zich redelijke inspanningen getroost voldoende duidelijk was dat sprake was van, kort gezegd, bepaalde kenmerken van het product.¹¹⁴ 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 kenmer-

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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*).

¹⁰⁸ Zie bijv. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

¹⁰⁹ Zie HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), rov. 3.2.

¹¹⁰ Zie HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck*), rov. 3.3.5.

¹¹¹ 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.

¹¹² Zie HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (*Van der Beek/Van Dartel*); HR 7 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC0090, NJ 1985/771, m.nt. C.J.H. Brunner (*Türk/Van den Berg*); HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*); HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6237, NJ 2001/559, m.nt. Jac. Hijma (*L.E. Beheer/Stijnman*); HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885, NJ 2018/223, m.nt. Jac. Hijma (*S/V. en M.*).

¹¹³ Zie o.m. A.G. Castermans, 'Mededelingsplicht, verzwijging en Vergoeding', *MVV* 2015/7-8, p. 221-222.

¹¹⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Franken (*De T/Dexia*), rov. 4.4.2.

ken 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 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 informatieverstreking 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 contractsdokumentatie (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 waarschuwplicht 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 waarschuwplicht

7.1 Uit de zorgplicht van de bank kan een waarschuwplicht voortvloeien. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad uit 2009 gaat deze waarschuwplicht verder dan de medede-

lingsplicht. Er kan dus voldaan zijn aan de mededelingsplicht (zodat er geen beroep op dwaling is), terwijl niet is voldaan aan de waarschuwplicht (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 waarschuwplicht (zie hierboven in 5.15-5.16). Er is dus reden om deze verhouding nader te bespreken.

De uit de (bijzondere) zorgplicht voortvloeiende waarschuwplicht

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.¹¹⁵

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),¹¹⁶ en ook niet aan de vraag in hoeverre de 'bijzondere' zorgplicht zich uitstrekt tot niet-particuliere cliënten.¹¹⁷ 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.¹¹⁸

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 waarschuwplicht inhouden.¹¹⁹

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

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Vgl. ook art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden.

¹¹⁷ 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).

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, NJ 2014/176, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Van U/BNB Finance) rov. 3.4.2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/68.

de aard van de overeenkomst.¹²⁰ 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,¹²¹ 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.¹²²

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.¹²³ In hoeverre dit anders is onder Mifid/Mifid II kan thans blijven rusten.¹²⁴

De waarschuwplicht 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 waarschuwplichten rusten dan de plicht de

¹²² Zie ook F.R.H. van der Leeuw, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:19 Wft, aant. 7.3 (“Op het uitgangspunt dat de financiële onderneming van de gemiddelde consument of cliënt mag uitgaan geldt een uitzondering indien sprake is van advies of individueel vermogensbeheer. In die gevallen is de eigen verantwoordelijkheid van de consument beperkter en dient de financiële onderneming haar informatieverstreking af te stemmen op de individuele kenmerken en behoeften van de cliënt. De financiële onderneming zal dan actief bij de consument moeten nagaan wat zijn behoefte en financiële positie is en erop moeten toezien dat het product ook bij het profiel van de consument aansluit (zie art. 4:23).”); F.R.H. van der Leeuw, *GS Toezicht financiële markten*, art. 4:20 aant. 6.1 (“De informatie mag op grond van lid 6 in gestandaardiseerde vorm verstrekt worden. Waar het om gaat is dat er passende informatie wordt verstrekt, die de cliënt redelijkerwijs in staat stelt om de aard en de risico’s van de aangeboden beleggingsdienst en nevendienst en van de specifiek aangeboden categorie van financiële instrumenten te begrijpen, waardoor hij met kennis van zaken beleggingsbeslissingen kan nemen.”); F.R.H. van der Leeuw & M. Ris, ‘Informatieverstreking’, in: D. Busch & C.M. Grundmann-Van de Krol (red.), *Handboek beleggingsondernemingen*, 2009, p. 606–607 (“Wil de consument advies van de aanbieder of een product of dienst voor hem geschikt is, dan zal hij daar om moeten vragen en mag hij de verstrekte, veelal gestandaardiseerde informatie niet als advies opvatten. Bij het desverzocht geven van een advies zal de aanbieder dan ook niet mogen volstaan met het voldoen aan de regels die worden gesteld aan informatievoorziening door gestandaardiseerde informatie te verstrekken, maar zal hij moeten nagaan of het product of de dienst met alle kenmerken en risico’s, past bij de persoon(lijke omstandigheden) van de adviesvragende consument.”); R. Labeur, ‘De beleggingsadviseur onder MiFID II’, *TvFR* 2015/12, p. 474. Zie ook T.M.J. Möllers in: T.M.J. Möllers & H. Hirte (eds.) *Kölner Kommentar zum WpHG*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 2014, para. 31, no. 237–238, 259–269.

¹²³ 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.

¹²⁴ Ik volsta met een verwijzing naar mijn conclusies voor HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3018, *NJ* 2018/212, m.nt. A.L.M. van Mierlo, en voor HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:267 (art. 81 RO).

¹²⁰ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *JOR* 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieveise, *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. Lieveise, *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*).

¹²¹ 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*).

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 ondubbeltzinnig te waarschuwen voor het bijzondere, aan het onderhavige risicovolle en complexe effectenlease-product verbonden, gevaar van een restschuld bij tussentijdse beëindiging. Deze waarschuwingplicht strekt immers mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de door Dexia verschaft 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) waarschuwingplicht 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. 3.3.4:¹²⁵

“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 waarschuwingplicht gaat verder, want zij strekt mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de verschaft informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan, aldus de Hoge Raad.¹²⁶ Schending van de waarschuwingplicht impliceert daarom niet dat de mededelingsplicht is geschonden.

Denkbaar is dat de mededelingsplicht niet is geschonden en de waarschuwingplicht wel.

7.10 In de literatuur bestaat discussie over dit onderscheid. Een aantal auteurs onderschrijft het onderscheid,¹²⁷ anderen hebben kritiek.

7.11.1 In *de eerste plaats* wordt het gemaakte onderscheid niet overtuigend (logisch) geacht,¹²⁸ mede omdat mededelingsplicht en waarschuwingplicht beide strekken tot bescherming van een onvoorzichtige partij.¹²⁹

7.11.2 Op dit punt dient naar mijn mening echter te worden onderscheiden.¹³⁰ 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 waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht naar mijn mening wel te maken. Du Perron wees er destijds op dat de waarschuwingplicht ertoe strekt om de

¹²⁷ 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, waarschuwingplichten 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 waarschuwingverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009, 11; A.J.E. van den Bergen, 'Zorgplicht in effectenlease geschillen: over de waarschuwingplicht 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 wappen van mededelingsplichten. Over de invloed van MiFID II en de Wft op het leerstuk van dwaling', *MvV* 2017/11; *Asser/Sieburgh* 6-III 2018/231.

¹²⁸ W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleazezaken', *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.

¹²⁹ Zie W.H. van Boom & S.D. Lindenberg, '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.

¹³⁰ 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/B.*). Kritisch daarover Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519.

¹²⁵ HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305, m.nt. C.W.M. Lieverse.

¹²⁶ 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.

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.¹³¹ Sieburgh noemt het onderscheid zuiver en goed verdedigbaar.¹³²

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.¹³³

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.¹³⁴ 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 effectenlease-arresten 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 ondoordachtetheit 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 informatie 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 verschaft 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.¹³⁵ 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 rechtsgewolg 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,¹³⁶ wordt ook gewezen op mogelijke alternatieven om de gevolgen van (vernietiging wegens) dwaling te nuanceren.¹³⁷

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

136 Zie onder meer Lieveverse, *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.

137 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.

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

132 Asser/Sieburgh 6-III 2018/231.

133 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 privaatrecht- en publiekrecht', *WPNR* 2012/6940; M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW B3), 2015/19.

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

7.15.2 In hoeverre de zojuist bedoelde veronderstelling juist is, kan in het middel blijven.¹³⁸ 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 heeft 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.¹³⁹

7.16.1 In de vijfde plaats kan de vraag gesteld worden, of over de verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwplicht 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.¹⁴⁰

7.16.2 In *De T/Dexia* (rov. 4.4.5) is de opvatting verworpen dat Dexia een mededelingsplicht heeft geschonden doordat zij de waarschuwplichten 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 kan 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

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.¹⁴¹

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.¹⁴²

7.16.4 Het gaat in deze arresten echter niet om de mededelingsplicht of om de verhouding van de mededelingsplicht tot de waarschuwplicht, 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 waarschuwplicht, 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 waarschuwplicht 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

138 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.

139 J.B.M. Vranken NJ 2012/184, nr. 14.

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

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

142 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.

die partij.¹⁴³ Daartoe wordt, kort gezegd, beargumen-teerd dat dezelfde omstandigheden het bestaan van de zorgplicht en het bestaan van een medede-lingsplicht 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 mede-delen en op welke wijze dat dient te gebeuren. Voor zover de zorgplicht een waarschuwplicht in-houdt, zou dit bijvoorbeeld ook van invloed kunnen zijn op de inhoud van de mededelingsplicht.

7.19.2 Castermans & Den Hollander zien verschil-len tussen de mededelingsplicht en de Wft-ver-plichtingen: 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 ver-antwoord is.¹⁴⁴ Maar zij betogen onder verwijzing naar onder meer HR 1 juni 1990 (genoemd in 6.15.5), dat de mededelingsplicht meer kan inhou-den dan het enkel informeren van een partij in ver-band 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.¹⁴⁵ Deze auteurs:¹⁴⁶

"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 dwalen-de partij. Meer specifiek staat de medede-lingsplicht in het teken van het voorkomen dat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken wordt gecontracteerd, in een mate die af-hankelijk is van de verkeersopvattingen. Re-flexwerking van publiekrechtelijke gedragsre-gels of de bijzondere zorgplicht, die vergen dat de ene partij de andere informeert over door-gaans voor die andere partij belangrijke aspec-ten van de transactie — waar nodig indringend en met een waarschuwing — zou deze functies

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 dwa-ling is eerst en vooral een hulpmiddel om in con-creto vast te stellen of sprake is van rechtens rele-vante dwaling, in het licht van de omstandigheden van het geval en de verkeersopvattingen. In dat kader kan de mededelingsplicht de scherpe pu-bliekrechtelijke gedragsregels en de bijzondere zorgplicht reflecteren, maar zonder het catego-risch imperatief. Waar correctie nodig is in ver-band met nalatigheden aan de kant van de dwa-lende, biedt de regeling van dwaling ruime mogelijkheden, van het hanteren van de ver-keersopvattingen bij de beoordeling van de dwa-ling tot het vaststellen van de gevolgen (gehele of gedeeltelijke vernietiging, wijziging van de gevol-gen van de overeenkomst)."

7.19.3 Wallinga sluit zich aan bij het betoog van Castermans & Den Hollander en concludeert:¹⁴⁷

"dat wanneer de bijzondere zorgplicht in de om-standigheden van het geval van de financiële in-stelling vereist dat zij de belegger in een bepaal-de vorm waarschuwt, dat zulks ook verwacht zou kunnen worden op basis van de medede-lingsplicht in het leerstuk van dwaling. Dat de mededelingsplicht voor deze opvatting de beno-digde ruimte biedt, is in de literatuur reeds door Castermans & Den Hollander betoogd. De infor-matieverplichting die uit de bijzondere zorg-plicht 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 omstan-digheden eisen van financiële instellingen om meer te doen dan enkel informatie mededelen, lijkt aan te sluiten bij de strekking van de mede-delingsplicht om bescherming te bieden tegen overhaaste en roekeloze beslissingen. De weder-partij uit de droom moeten helpen, lijkt van fi-nanciële instellingen te kunnen verlangen om de informatie, die nodig is voor het voorkomen van een onjuiste voorstelling van zaken, te verpak-ken in een uitdrukkelijke en in niet voor misver-stand vatbare bewoordingen gegeven waarschu-wing."

7.20 Ook in het licht van deze argumenten, komt het in *De T/Dexia en Levob/B.* gemaakte onder-scheid tussen de mededelingsplicht en de waar-schuwplicht — dat tot op zekere hoogte berust op een keuze tussen de omschrijving van en afbake-ning 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

143 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.

144 A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen priva- 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 beïn-vloedt*, 2013, p. 563 e.v.).

145 WPNR 2012/6940, nr. 4.

146 WPNR 2012/6940, nr. 6.

147 Wallinga, WPNR 2016/7116, nr. 3.4.

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 geveerd, 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.¹⁴⁸

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 informatieverstrekking 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

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 verschaft 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 effectenlease-arresten 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.

¹⁴⁸ Ik verwijst 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.

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.¹⁴⁹ De verwezenlijking van aan een dergelijke renteswap verbonden risico's kan voor de klant aanzienlijke (financiële) gevolgen meebrengen.¹⁵⁰ 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 contractsdokumentatie 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.¹⁵¹ 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.¹⁵²

¹⁴⁹ 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).

¹⁵⁰ Vgl. de gezichtspunten en importantie van de informatie en de aard van de betrokken belangen (6.13).

¹⁵¹ Vgl. het gezichtspunt vorm, inhoud en presentatie van de mededeling (6.18.1).

¹⁵² 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).¹⁵³ 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.¹⁵⁴ 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 *Bespreking van het principale cassatie-middel*

9.1 De klachten zijn gericht tegen het eindarrest, maar subonderdeel 4.4.1 bevat ook een (impliciete) klacht tegen het tussenarrest.

9.2 De *onderdelen 1 t/m 6* klagen vanuit verschillende invalshoeken over het oordeel in rov. 2.10-2.17 EA dat ABN AMRO haar mededelingsplicht heeft geschonden. Ik bespreek de onderdelen en de daarin opgenomen klachten in beginsel afzonderlijk.

Onderdeel 1

9.3 Het onderdeel bevat drie subonderdelen 1.1 t/m 1.3. Subonderdeel 1.1 is gericht tegen de in onderdeel 1 onder (ii) t/m (v) bedoelde overwegingen in rov. 2.10 t/m 2.17 EA. Subonderdeel 1.2 is gericht tegen rov. 2.5 e.v., 2.8, de in onderdeel 1 bedoelde overwegingen in rov. 2.10 t/m 2.17 en rov. 2.22 EA. Subonderdeel 1.3 is met name gericht tegen rov. 2.13 EA. Ik bespreek de hierin vervatte klachten aan de hand van drie thema's: waarschuwingsplicht, onderzoeksplicht en adviesrelatie.

¹⁵³ 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).

¹⁵⁴ Vgl. het gezichtspunt de aard van rechtsverhouding (6.13, 6.25).

Waarschuwingplicht als onderdeel van de mededelingsplicht (subonderdelen 1.1, 1.2 en 1.3)

9.4.1 Het hof heeft blijkens rov. 2.14, 2.15 en 2.17 EA geoordeeld (i) dat op ABN AMRO een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 onder b BW rust om [verweerster 1] “in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico’s van deze derivatentransactie”, (ii) dat ABN AMRO daaraan niet heeft voldaan door schriftelijke informatie te verstrekken en (iii) dat het bewijstaanbod van ABN AMRO wordt verworpen omdat zij niet heeft gesteld “dat en hoe zij [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd voor de aan de rente derivaten verbonden risico’s.”

9.4.2 Gezien de opbouw van het arrest, doelt het hof met de plicht om “in niet mis te verstane bewoordingen (...) te informeren over de (...) risico’s van deze derivatentransactie”, op een waarschuwingplicht.

9.4.3 De subonderdelen 1.1 en 1.2 spreken van een “waarschuwing- of informatieplicht”, maar ik versta daarvoor verder de zojuist bedoelde waarschuwingplicht.

9.5 *Onderdeel 1.1* gaat er terecht van uit dat het hof de mededelingsplicht mede heeft ingevuld aan de hand van een waarschuwingplicht om in niet mis te verstane bewoordingen [verweerster 1] te informeren over de risico’s van de derivatentransactie. De rechtsklacht van het subonderdeel dat het hof aldus een onjuiste maatstaf aanlegt, slaagt, omdat de waarschuwingplicht verder strekt dan de hier bedoelde mededelingsplicht. Ik verwijs hiervoor naar de bespreking onder 7 van deze conclusie. Om deze reden slagen ook de in de *subonderdelen 1.2, 1.3 en 1.3.1*, voor zover zij hierop voortbouwen.

Onderzoeksplicht irrelevant voor mededelingsplicht? (subonderdelen 1.1 en 1.3)

9.6 Het middel betoogt verder dat het hof bij het bepalen van de mededelingsplicht geen acht had mogen slaan op de in rov. 2.12 EA bedoelde uit de adviesrelatie voortvloeiende zorgplicht waaruit (naast een waarschuwingplicht) ook de in rov. 2.13 EA bedoelde verplichting van de bank kan volgen om zich te informeren over de klant respectievelijk onderzoek te doen naar de klant.

9.7 *Subonderdeel 1.1* betoogt dat deze zorg-, informatie- en onderzoeksplichten (hierna: onderzoeksplicht) moeten worden onderscheiden van de mededelingsplicht. *Subonderdeel 1.3* betoogt dat in rov. 2.13 EA bedoelde onderzoeksplicht ertoe strekt om te kunnen beoordelen of de renteswap voor [verweerster 1] geschikt was en daarom niet relevant is voor de vraag of de bank een mededelingsplicht had ter zake van het risico van een betalingsverplichting bij een negatieve waarde van de renteswap bij tussentijdse beëindiging.

9.8 Het middel wijst er op zichzelf terecht op dat de in rov. 2.12 en 2.13 EA bedoelde onder-

zoeksplicht van de bank moet worden onderscheiden van de mededelingsplicht. Dit staat er niet aan in de weg dat een dergelijk onderzoek de bank informatie kan opleveren die voor haar relevant is om te beoordelen welke eigenschappen van het product essentieel zijn voor de klant of hoe zij de klant het beste kan informeren. In zoverre kan het onderzoek via het kenbaarheidsvereiste relevant zijn voor de mededelingsplicht (zie hiervoor in 7.22).

Dit laatste wordt naar mijn mening ook erkend in *subonderdeel 1.3.1*, dat echter bestrijdt dat dergelijke kennis ertoe kan leiden dat de bank bepaalde mededelingen op meer indringende wijze zou moeten doen. Naar mijn mening is dat wel degelijk denkbaar voor zover daarmee wordt gedoeld op de mogelijkheid dat de mededeling qua inhoud of presentatie wordt toegesneden op de individuele klant.¹⁵⁵ In zoverre falen de rechtsklachten van de *subonderdelen 1.1, 1.3 en 1.3.1*.

9.9.1 Eventuele kennis die de bank heeft opgedaan in het kader van haar uit de zorgplicht voortvloeiende plicht tot het doen van onderzoek, kan onder omstandigheden relevant zijn voor de mededelingsplicht van de bank. Die relevantie veronderstelt dat onderzoek is gedaan waaruit die kennis voortvloeit. Als de bank geen onderzoek heeft verricht (waar zij dat gezien haar zorgplicht wel had moeten doen), heeft zij die kennis niet. Dan kan haar wellicht een zorgplichtschending worden toegeworpen, maar in beginsel niet dat zij om die reden haar mededelingsplicht heeft geschonden.

In het dwalingsleerstuk geldt dat een mededelingsplicht kan bestaan niet alleen als een partij wetenschap heeft van de juiste stand van zaken, maar ook indien zij geacht wordt daarvan wetenschap te hebben of, in uitzonderlijke gevallen, verplicht kan zijn onderzoek te doen naar de juiste stand van zaken.¹⁵⁶ Dit laatste vergt echter een gemotiveerd oordeel waarom de mededelingsplicht een dergelijk onderzoek vereist. Het enkele feit dat de Wft een bepaald onderzoek vereist, lijkt mij daarvoor in beginsel onvoldoende, gezien de verschillen die bestaan tussen eventueel onderzoek in het kader van de mededelingsplicht en onderzoek in het kader van de Wft.

9.9.2 In zoverre klaagt *subonderdeel 1.3.2* naar mijn mening terecht dat het hof geen oordeel had kunnen geven over de relevantie van de onder-

155 EPC. Strijbos (noot sub 11 onder het in cassatie bestreden arrest in JOR 2018/72), leest het arrest zo dat het bestaan van een waarschuwingplicht in dit geval een verschuiving te weeg heeft gebracht in het spanningsveld tussen de mededelingsplicht van de bank en de onderzoeksplicht van de belegger. Een dergelijke behandeling van de waarschuwingplicht lijkt Strijbos in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij hij wijst op de motivering in hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043. Naar mijn mening gaat het in het arrest van het Hof Amsterdam van 25 juli 2017 niet om de waarschuwingplicht, maar om de inhoud van de mededelingsplicht die mede wordt vastgesteld in het licht van hetgeen de zorgplicht van de bank meebrengt.

156 Zie Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.6.1-6.6.2.

zoeksplicht zonder te hebben vastgesteld wat de uitkomst van het onderzoek zou kunnen zijn geweest. In het verlengde hiervan slaagt ook de op dit deel van subonderdeel 1.3.2 voortbouwende klacht van subonderdeel 1.3.3.

9.9.3 Anders dan subonderdeel 1.3.2 aanvoert, is het niet zo dat de conclusie uit een (daadwerkelijk of hypothetisch) onderzoek dat een renteswap geschikt/passend is voor de klant, betekent dat er ter zake geen mededelingsplicht zou kunnen bestaan. Een dergelijk onderzoeksresultaat betekent immers niet (zonder meer) dat de klant een juiste voorstelling van zaken heeft ten aanzien van de relevante kenmerken en risico's van de swap.

9.10 De klacht van subonderdeel 1.3.4 over schending van de tweeconclusieregel faalt mijns inziens omdat het hof in zijn tussenarrest partijen in de gelegenheid heeft gesteld om nadere standpunten in te nemen over de betekenis van het door het hof in dat tussenarrest voorshands aangenomen bestaan van een adviesrelatie tussen partijen.¹⁵⁷

Adviesrelatie (subonderdeel 1.2)

9.11 Subonderdeel 1.2 kwam al aan de orde in verband met de waarschuwingsplicht.

9.12 Het bestaan van een adviesrelatie kan van belang zijn voor bestaan en inhoud van een mededelingsplicht. De overige klachten van subonderdeel 1.2 betreffen dit niet.¹⁵⁸

9.13.1 In subonderdeel 1.2 wordt wel nog geklaagd dat het hof zich geen kenbare rekenschap heeft gegeven van de aard en reikwijdte van de adviesrelatie in het onderhavige geval, te weten, kort gezegd, dat het maar ging om één renteswap ter afdekking van een renterisico en dat [verweerder 1] in besprekingen in 2006 en 2007 was voorgelicht over renteswaps.

9.13.2 Omdat subonderdeel 1.2 al in een opzicht slaagt, behoeft deze klacht geen behandeling. Overigens faalt zij naar mijn mening, omdat het hof is ingegaan op de betekenis van de adviesrelatie in het onderhavige geval en heeft aangegeven waartoe deze relatie de bank verplichtte. Dat het om een eenmalige transactie gaat, doet daaraan niet af. Het hof heeft onder ogen gezien dat ABN AMRO heeft gesteld dat met [verweerder 1] in 2006 (rov. 2.8 EA) en op 19 juni 2007 (rov. 2.5 TA) is gesproken over renteswaps. Het hof vermeldt niet met zoveel woorden dat er ook in april 2007 met [verweerder 1] is gesproken over renteswaps. Dat de voorlichting in 2006 of in april 2007 in relevante mate meer of anders inhield dan de voorlichting op 19 juni 2007, is niet door ABN AMRO gesteld in de processtukken waarnaar in de klacht wordt verwezen.

9.14.1 De eerste klacht van subonderdeel 1.2.1 berust op een onjuiste lezing van het arrest en faalt daarom. Anders dan deze klacht veronderstelt, heeft het hof in rov. 2.5 en 2.12 EA niet geoordeeld dat de Wft of MiFID ten tijde van het aangaan van de swap

verplichtten tot het "indringend en in niet mis te verstane bewoordingen waarschuwen" in een adviesrelatie als de onderhavige.

9.14.2 Ook de tweede klacht van subonderdeel 1.2.1 berust op een onjuiste lezing van het arrest en faalt daarom. Anders dan deze klacht veronderstelt, heeft het hof in rov. 2.14 EA geen oordeel gegeven over de vraag of de Wft en MiFID/MiFID II gestandaardiseerde informatieverstrekking toelaat.

9.15.1 Subonderdeel 1.2.2 acht onbegrijpelijk dat het hof in rov. 2.8, 3^e volzin, en 2.22 EA betekenis eraan toekent dat het initiatief tot het aangaan van de swap geheel van ABN AMRO kwam toen het krediet al was aangegaan. Uit de stellingen van ABN AMRO volgt immers dat beide vanaf het begin samenhangen, aldus de klacht.

9.15.2 De aangevallen overwegingen komen mij niet onbegrijpelijk voor in het licht van deze klacht. Onbetwist is dat initiatief van ABN AMRO kwam, dat de kredietovereenkomst niet verplichtte tot het afdekken van het renterisico (rov. 2.8 EA) en dat de kredietovereenkomst is gesloten op 19 juni 2007 en de swapovereenkomst een dag later (rov. 2.3 en 2.6 van het tussenarrest van 4 oktober 2016). Dat er een verband is tussen het krediet en de swap is door het hof vastgesteld: zij hangen met elkaar samen want de swap diende ertoe om het renterisico onder het krediet af te dekken (rov. 3.7 TA). Subonderdeel 1.2.2 faalt daarom.

9.16 Onderdeel 1 slaagt gedeeltelijk.

Onderdelen 2 t/m 8

9.17 De onderdelen 2 t/m 6 klagen over verschillende aspecten van de beoordeeling door het hof van de mededelingsplicht van ABN AMRO. De onderdelen 7 en 8 bestrijden daarop voortbouwende oordelen van het hof. Nu onderdeel 1 m.i. slaagt en dient te leiden tot vernietiging van het eindarrest van het hof en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing, kunnen de door de onderdelen 2 t/m 8 aan de orde gestelde punten door het verwijzingshof, waar nodig, (opnieuw) worden beoordeeld. Deze onderdelen zouden daarom in beginsel buiten behandeling kunnen worden gelaten. Ik geef deze onderdelen hieronder volledigheidshalve weer en bespreek daarvan kort de klachten die mogelijk een meer algemene strekking hebben of zien op de duiding van het arrest van het hof.

Onderdeel 2

9.18 Dit onderdeel richt in de subonderdelen 2.1 t/m 2.4 klachten tegen de in onderdeel 1 onder (ii) t/m (v) bedoelde overwegingen in rov. 2.10 t/m 2.17 EA.

9.19.1 Volgens de eerste klacht van subonderdeel 2.1 had het hof niet mogen uitgaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer, maar had het moeten onderzoeken wat in de concrete omstandigheden van het geval van [verweerder 1] aan onderzoek mocht worden verwacht.

¹⁵⁷ Hierop wijst terecht de s.t. [verweerder 1] nr. 61.

¹⁵⁸ Zie s.t. ABN AMRO nr. 87.

9.19.2 Deze klacht gaat naar mijn mening niet op, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest van het hof. In rov. 3.11 EA overweegt het hof in algemene termen dat enerzijds op ABN AMRO een mededelingsplicht rust en anderzijds dat “van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt.”¹⁵⁹ Aan dit laatste verbindt het hof de gevolgtrekking dat [verweerster 1] een onderzoeksplicht had, hetgeen inhoudt dat zij — binnen redelijke grenzen, mede afhankelijk van de rechtsrelatie met ABN Amro — was gehouden te voorkomen dat zij op basis van een onjuiste voorstelling van zaken de renteswap zou sluiten. Tot welk onderzoek [verweerster 1] in de gegeven omstandigheden was gehouden, beoordeelt het hof vervolgens in rov. 2.15 EA. Het hof heeft dus onderzocht wat in de concrete omstandigheden van het geval van [verweerster 1] aan onderzoek mocht worden verwacht.

9.20.1 Volgens de tweede klacht van subonderdeel 2.1 heeft het hof relevante omstandigheden miskend, althans zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd in het licht van de door ABN AMRO aangevoerde, in de klacht onder a t/m e bedoelde stellingen, dat (a) [verweerster 1] handelde als ondernemer, (b) het ging om een plain vanilla swap, (c) [verweerster 1] werd bijgestaan door haar accountant (waarover nader onderdeel 3), (d) ABN AMRO mocht verwachten dat [verweerster 1] de verstrekte schriftelijke informatie aandachtig zou lezen en bestuderen (waarover nader subonderdeel 4.1) en (e) ABN AMRO de werking van de swap drie keer met [verweerster 1] heeft besproken (waarover nader onderdeel 5).

9.20.2 Deze klacht behoeft thans geen behandeling en kan, zo nodig, door het verwijzingshof worden beoordeeld.

9.21.1 De subonderdelen 2.2 t/m 2.4 verbinden aan, kort gezegd, (i) het gezichtspunt bij de beoordeling van de mededelingsplicht dat een partij die een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst beëindigt, gehouden is tot vergoeding van de schade die de wederpartij daardoor leidt (subonderdeel 2.2), (ii) het gegeven dat voor een ondernemer (die wordt bijgestaan door een accountant) bekend is dat bij vervroegde aflossing van een vastrentende lening een vergoeding aan de bank verschuldigd is (subonderdeel 2.3) en (iii) de in subonderdeel 2.1 genoemde omstandigheden van het geval (subonderdeel 2.4), onder meer de conclusie dat het naar verkeersopvattingen volstaat om voldoende duidelijke informatie te verschaffen over de mogelijkheid van een (aanzienlijke) negatieve waarde, welke informatie ook in gestandaardiseerde vorm kan worden verstrekt.

9.21.2 Of een partij bij tussentijdse beëindiging van een overeenkomst voor bepaalde tijd een vergoeding verschuldigd is, hangt onder meer af van de reden van de beëindiging¹⁶⁰ en de afspraken van partijen over de mogelijkheid en gevolgen van de tussentijdse beëindiging. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de mogelijkheid om een lening vervroegd af te lossen.¹⁶¹ Ook indien de argumentatie van de subonderdelen wordt betrokken op de tussentijdse beëindiging van een renteswap die dient ter afdekking van het renterisico op een variabele-rentelening in verband met de verkoop van de onderneming, zoals in de omstandigheden van het onderhavige geval, meen ik dat het beroep op de in de klachten bedoelde verkeersopvatting niet opgaat.

Welke informatie moet worden verstrekt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Men kan daarom naar mijn mening niet zeggen dat naar verkeersopvattingen steeds kan worden volstaan met het bieden van gestandaardiseerde informatie of van informatie die ‘enkel mededeelt’ en niet ‘wijst op’ of ‘voorlicht over’ — dus op de een of andere manier extra aandacht vraagt voor of nader ingaat op — een bepaald risico zoals dat van een negatieve marktwaarde. In zoverre slagen de subonderdelen daarom niet naar mijn mening.

9.21.3 Voor zover de subonderdelen 2.2 t/m 2.4 voortbouwen op de slagende klachten van subonderdeel 1, slagen zij echter wel.

Onderdeel 3

9.22 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 2.10 t/m 2.15 EA en klaagt in de subonderdelen 3.1 t/m 3.3 over de wijze waarop het hof in zijn beoordeling is omgegaan met het gegeven dat [verweerster 1] werd bijgestaan door haar accountant.

9.23.1 Volgens subonderdeel 3.1 miskent het hof dat de deskundige bijstand van de accountant niet alleen relevant is voor de vraag of de dwaling voor rekening van [verweerster 1] behoort te blijven (art. 6:228 lid 2 BW), maar ook (i) voor de vraag of op ABN AMRO een mededelingsplicht rustte ter zake van een (betalingsverplichting bij) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging, en zo ja hoe ver deze gaat, en (ii) bij de beoordeling of de bank met de door haar gegeven schriftelijke en mondelinge informatie aan deze mededelingsplicht heeft voldaan.

9.23.2 Hoewel het subonderdeel uitgaat van een juiste rechtsopvatting over de mogelijkheid dat deskundige bijstand een rol kan spelen bij de vraag of de bank een bepaalde mededelingsplicht heeft en daaraan heeft voldaan, meen ik dat de klacht niet slaagt. Het hof heeft in rov. 2.15 EA immers niet oordeeld dat deze omstandigheid geen rol kan spe-

¹⁵⁹ Vgl. over het gebruik van een dergelijke maatstaf voor de beoordeling van door een consument te verrichten onderzoek, Castermans en Den Hollander, *WPNR* 2012/6940, nr. 5.

¹⁶⁰ Zo is geen vergoeding verschuldigd indien het gaat om ontbinding wegens een tekortkoming van de wederpartij (art. 6:265 BW).

¹⁶¹ Bijvoorbeeld de vervroegde aflossing van een hypothecaire woninglening bij verhuizing of gedeeltelijke vervroegde aflossing tot een bepaald percentage van de hoofdsom in een bepaald jaar.

len in de door de klacht bedoelde zin. Het hof heeft geoordeeld dat ABN AMRO (a) heeft gesteld dat de bijstand van de accountant relevant is in het kader van de vraag of de dwaling voor rekening van [verweerster 1] dient te komen en (b) niet concreet heeft toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom de kennis van de accountant in de gegeven omstandigheden kan worden tegengeworpen aan [verweerster 1]. Subonderdeel 3.1 gaat daarom uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof.

9.24.1 De klachten in de *subonderdelen 3.1.1 en 3.1.2* klagen over de begrijpelijkheid van het in 9.17.2 onder (a) bedoelde oordeel, omdat ABN AMRO wel een beroep heeft gedaan op de bijstand van de accountant in het kader van haar betwisting van de gestelde schending van de mededelingsplicht.

9.24.2 De onderdelen behoeven thans geen behandeling. De stellingen waarop ABN AMRO zich beroept,¹⁶² kunnen, zo nodig, door het verwijzingshof worden beoordeeld. Ik merk nog op dat de overweging van het hof niet, zoals subonderdeel 3.2 veronderstelt, een oordeel inhoudt over de verdeling van stelplicht en bewijslast ten aanzien van feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan het bestaan van een mededelingsplicht, maar een oordeel inhoudt over de vraag of de stellingen van ABN AMRO op het betreffende punt voldoende gemotiveerd waren.

9.25.1 *Subonderdeel 3.2* klaagt dat het hof (i) niet had moeten informeren naar de kennis en ervaring van de accountant van [verweerster 1] met betrekking tot het onderhavige product, maar (ii) had moeten oordelen dat een accountant die optreedt als financieel adviseur bij het aangaan van een renteswap als de onderhavige begrijpt wat [verweerster 1] volgens rov. 2.14 EA niet kon begrijpen uit de aan haar door ABN AMRO verstrekte schriftelijke informatie, zoals weergegeven onder (a)¹⁶³ t/m (e) van het subonderdeel.

Subonderdeel 3.3 klaagt dat het hof, kort gezegd, niet mocht vereisen dat ABN AMRO zou toelichten waarom de kennis van de accountant aan [verweerster 1] kan worden toegerekend, omdat zij heeft gesteld dat de accountant die [verweerster 1] financieel advies gaf gedurende het hele traject van de totstandkoming van de renteswap in die hoedanigheid aanwezig was bij de bespreking van 19 juni 2007 en omdat zij ervan uit mocht gaan dat de accountant zijn kennis zou delen met [verweerster 1]. 9.25.2 De klachten bouwen voort op het uitgangspunt van subonderdeel 3.1/3.1.1, dat het hof zou hebben miskend dat ABN AMRO de betekenis van de bijstand door de accountant ook heeft aangevoerd bij haar betwisting van de gestelde schending van haar mededelingsplicht. Ook deze subonderdelen behoeven daarom geen behandeling.

9.25.3 Overigens wijst ABN AMRO er m.i. terecht op, dat bij de beoordeling van de vraag of en welke mededelingsplicht de bank heeft, mede van belang kan zijn dat een klant wordt bijgestaan door een accountant als financieel adviseur.¹⁶⁴ Dit schept immers een bepaalde verwachting aan de zijde van bank over wat de (zelf niet deskundige) klant, kan weten of vragen indien zij, zoals de bank m.i. in het algemeen mag verwachten, de door de bank geboden informatie zo nodig nog eens doorneemt met haar financieel adviseur die aanwezig was bij het gesprek met de bank.

De beroepskwalificatie van de financieel adviseur kan daarbij een rol spelen, maar mogelijk ook hetgeen de bank weet over de kennis en ervaring van de desbetreffende adviseur ten aanzien van het financiële product waarover door de bank met haar klant in aanwezigheid van diens financieel adviseur wordt gesproken. De ene adviseur (of het nu gaat om een accountant, advocaat, ingenieur etc.) is de andere nu eenmaal niet, zou men kunnen zeggen. Mede daarom meen ik dat niet kan worden uitgegaan van een (bijzondere) verkeersopvatting als bedoeld in subonderdeel 3.2.

Onderdeel 4

9.26 Dit onderdeel is gericht tegen de in onderdeel 4 onder (i) t/m (iii) bedoelde overwegingen in rov. 2.11 t/m 2.15 EA en klaagt in de subonderdelen 4.1 t/m 4.5 over de wijze waarop het hof in zijn beoordeling is omgegaan met de door ABN AMRO verstrekte schriftelijke informatie. Onderdeel 4 bestrijdt met name dat ABN AMRO een verplichting had om [verweerster 1] *in niet mis te verstane bewoordingen* te informeren en benadrukt dat schriftelijk verstrekte (standaard)informatie voldoende kan zijn.

Bij de bespreking van dit onderdeel abstraher ik van de door het hof in het kader van de mededelingsplicht aangenomen waarschuwplicht.

9.27.1 Volgens *onderdeel 4.1* miskent het hof dat de reikwijdte van de mededelingsplicht mede wordt bepaald door wat naar verkeersopvattingen bij een ondernemer aan begrip en inspanning om van schriftelijke informatie kennis te nemen, mag worden verwacht. Daarbij dient tot uitgangspunt dat van een ondernemer mag worden verwacht dat hij zal waken voor zijn eigen belangen.

9.27.2 Deze klacht faalt, omdat het hof niet heeft miskend dat de reikwijdte van de mededelingsplicht afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder het begrip en de inspan-

¹⁶² Zie in het bijzonder de memorie van antwoord nrs. 56 en 65.

¹⁶³ De s.t. ABN AMRO nr. 11 noot 80 wijst op een verschrijving in punt (a).

¹⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.12.1. De s.t. ABN AMRO nr. 112 wijst nog op HR 11 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1956, NJ 1986/570 (in verband met de kenbaarheid van het causale verband: bijstand makelaar bij aankoop pand) en HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1825, NJ 1998/81, m.nt. C.J.H. Brunner (bijstand accountant en – in verband met de vraag of de dwaling voor rekening van de dwalende moet blijven: – raadpleging advocaat bij sluiten vaststellingsovereenkomst met bank).

ning om van schriftelijke informatie kennis te nemen die van de wederpartij mag worden verwacht, en dat daarbij eveneens een relevante omstandigheid is dat de wederpartij een ondernemer is. Dat het hof aan die hoedanigheid geen aandacht zou hebben besteed, volgt (anders dan door ABN AMRO wordt betoegd)¹⁶⁵ m.i. niet uit rov. 2.11, 2.12, 2.14 en 2.15 EA.

Daarmee is overigens niet gezegd, dat alle ondernemers over één kam kunnen worden geschooren. Het uitgangspunt dat van de ondernemer mag worden verwacht dat hij zal waken voor zijn eigen belangen, gaat niet op voor zover de bank, mede gezien haar positie van adviseur van de ondernemer over de betreffende transactie, een bepaalde mededelingsplicht had.¹⁶⁶

9.28 *Subonderdeel 4.1.1* berust m.i. op een onjuiste lezing van het arrest. In rov. 2.13, slot, 2.14 en 2.15 EA lees ik dat het hof zich wel mede de vraag heeft gesteld welk begrip van [verweerster 1] kon worden verwacht.

Anders dan *subonderdeel 4.1.2* betoogt, kon het hof het gebrek aan deskundigheid en ervaring van [verweerster 1], mede gezien de adviesrelatie met ABN AMRO, laten meewegen in zijn oordeel naar wat van [verweerster 1] mocht worden verwacht om te voorkomen dat zij zou contracteren onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.

Anders dan *subonderdeel 4.2* tot uitgangspunt neemt, heeft het hof in rov. 2.14 EA niet geoordeeld dat de schriftelijke informatie niet voldeed omdat deze gestandaardiseerd was. Het hof oordeelde dat de schriftelijke informatie niet voldeed, omdat ABN AMRO [verweerster 1], kort gezegd, duidelijker had moeten informeren dan volgde uit de schriftelijke informatie.

9.29 De *subonderdelen 4.3 t/m 4.5* richten zich op het oordeel in rov. 2.14 EA dat niet is voldaan aan de mededelingsplicht. In rov. 2.14 EA heeft het hof overwogen:

“Op verschillende plaatsen in de overgelegde documentatie wordt in algemene termen gewezen op het feit dat een derivatentransactie is gerelateerd aan een bepaalde onderliggende waarde. Die waarde van de renteswap is afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. de koers van die onderliggende waarde. Verder wordt erop gewezen dat bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap aan de cliënt in voorkomende gevallen een negatieve waarde in rekening wordt gebracht.”

en geoordeeld dat dit onvoldoende is om te voldoen aan de door het hof bedoelde mededelingsplicht van ABN AMRO:

“In de verstrekte informatie wordt immers niet uitgelegd wat in het geval van [verweerster 1] de ‘onderliggende waarde’ is en hoe en onder welke omstandigheden de ‘prijs c.q. koers’ daarvan kan fluctueren en wat een ‘unwinding’ precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor [verweerster 1] kon op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben.”

9.30.1 Volgens *subonderdeel 4.3* hanteert het hof een te strikte maatstaf, althans heeft het zijn oordeel onbegrijpelijk en/of ontoereikend geformuleerd, omdat uit de in *subonderdeel 4.3.1* geciteerde documentatie onmiskenbaar blijkt: wat de onderliggende waarde van de renteswap is, dat de waardeontwikkeling ervan afhankelijk is van de daadwerkelijke renteontwikkeling, dat de swap bij beëindiging wordt gewaardeerd op de op dat moment geldende marktwaarde en dat bij een negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting jegens de bank bestaat.

9.30.2 Deze klachten gaan ervan uit dat op ABN AMRO (geen, althans een minder vergaande) mededelingsplicht rustte waaraan zij heeft voldaan door het verstrekken van de in *subonderdeel 4.3.1* bedoelde documentatie. De klachten behoeven thans geen behandeling. Na cassatie en verwijzing zal opnieuw moeten worden beoordeeld over een op ABN AMRO rustende mededelingsplicht en of daaraan is voldaan.

9.30.3 Na cassatie en verwijzing zal eveneens moeten worden beoordeeld of, zoals *subonderdeel 4.3.2* aanvoert, het hof in rov. 2.14 EA blijkens het gebruik van de term “unwinding” is uitgegaan van een onjuiste, want niet aan [verweerster 1] verstrekte versie van de brochure OTC-Derivatentransacties.

9.31.1 *Subonderdeel 4.4* klaagt over het oordeel in rov. 2.14 EA, dat in de documentatie geen rechtstreeks verband wordt gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch dat daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet wordt gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan.

165 S.t. ABN AMRO nr. 98.

166 Vgl. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1825, NJ 1998/81, m.nt. C.J.H. Brunner, rov. 3.4. Brunner concludeert: “Daarmee staat nu vast dat de bank de vertrouwenspersoon van de cliënt blijft, ook nadat de cliënt haar wegens wanprestatie aansprakelijk heeft gesteld voor geleden verliezen. En dat betekent weer dat de bank die mededelingen aan de cliënt doet waarvan zij weet of moet weten dat die onjuist zijn, aansprakelijk is voor de gevolgen. De opvatting dat bij geschillen tussen bank en cliënt ieder voor eigen belangen mag opkomen, ook met verklaringen die maar ten dele juist zijn, is daarmee verworpen”.

Subonderdeel 4.4.1 voegt daaraan toe dat het door het hof in rov. 2.14 EA bedoelde rechtstreekse verband tussen het Euribortarief en de marktwaarde bij tussentijdse beëindiging van de swap, kennelijk is gebaseerd op de onjuiste premisse in rov. 3.7 en 3.8 TA, dat als het Euribortarief stijgt de swap voor de afnemer een positieve marktwaarde krijgt, en dat als dit tarief daalt, de swap voor hem een negatieve waarde krijgt. *Subonderdeel 4.2.2* geeft de stellingen van ABN AMRO over de marktwaarde van de swap bij tussentijdse beëindiging weer.

9.31.2 De niet nader uitgewerkte klacht van subonderdeel 4 dat het hof art. 149 en/of art. 24 Rv heeft miskend, gaat mijns inziens niet op. De *subonderdelen 4 t/m 4.4.2* klagen echter terecht dat het bestreden oordeel onvoldoende begrijpelijk en toereikend is gemotiveerd.

9.31.3 In rov. 3.8 TA overweegt het hof:

“Indien het Euribor-tarief tijdens de looptijd van de renteswap stijgt, krijgt de renteswap voor de afnemer een positieve marktwaarde, indien het Euribor-tarief daalt, wordt de marktwaarde voor hem negatief. Indien het Euribor-tarief is gedaald, dient een afnemer bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap de negatieve waarde van de renteswap aan de bank te betalen, is het Euribor-tarief gestegen dan dient de bank de positieve marktwaarde aan de afnemer te betalen”.

ABN AMRO heeft in haar memorie van antwoord het volgende gesteld over de marktwaarde van de swap bij tussentijdse beëindiging:¹⁶⁷

“Indien de Bank een renteswap aangaat met een afnemer, dekt zij zelf haar positie uit hoofde van die swap af in de (renteswap)markt. Bij tussentijdse beëindiging van een renteswap van een afnemer moet de Bank ook haar eigen positie in de markt beëindigen. Indien daarmee kosten gepaard gaan is dat de negatieve waarde die de Bank bij de afnemer in rekening brengt. De marktwaarde van een renteswap bij tussentijdse beëindiging wordt berekend door het rentevervalschil te nemen tussen (i) de afgesproken vaste swaprente en (ii) het rentetarief voor een op dat moment in de markt nieuw af te sluiten renteswap, met dezelfde looptijd als de resterende looptijd van de te beëindigen renteswap. Daarbij wordt voor het tweede rentetarief dan de lange rente (kapitaalmarktrente) op dat moment bekeken. Het verschil tussen (i) de afgesproken vaste swaprente en (ii) de rente horend bij een renteswap met dezelfde looptijd als de resterende looptijd van de renteswap wordt vervolgens geprojecteerd over de resterende looptijd en contant gemaakt. De contante waarde wordt vervolgens aan de klant betaald, dan wel in rekening gebracht.”

9.31.4 Zoals eerder vermeld, kan het swapcontract voor de klant per saldo duurder of goedkoper uitpakken dan wanneer hij geen swap zou hebben gesloten (zie hiervoor in 5.4.2). Dan wordt wel ge-

sproken van een negatieve waarde voor de klant.¹⁶⁸ Dit verschijnsel werd onderscheiden van de marktwaarde van de swap (zie hiervoor in 5.6.4).

In de literatuur wordt wel gesproken van een negatieve marktwaarde van de swap als bij tussentijdse beëindiging de variabele rente hoger is dan de vaste rente.¹⁶⁹

Dat is iets anders dan de hier door ABN AMRO bedoelde marktwaarde van de swap, die door haar wordt betrokken op de kosten die zij moet maken om te komen tot afwikkeling van de door haar in verband met de afgesloten swap in de markt ingenomen (tegen)positie.

De gedachte zou kunnen rijzen dat er mogelijk enig verband is tussen het verschil van de swaprente en het Euribortarief op het moment van tussentijdse beëindiging van de swap en de marktwaarde van de swap, in die zin dat dit verschil mede van belang is voor de beprijzing (“het rentetarief voor een op dat moment in de markt nieuw af te sluiten renteswap, met dezelfde looptijd als de resterende looptijd van de te beëindigen renteswap”) waarop ABN AMRO doelt,¹⁷⁰ maar dat volgt niet uit de stellingen van ABN AMRO (“Daarbij wordt voor het tweede rentetarief dan de lange rente (kapitaalmarktrente) op dat moment bekeken”).

In het licht van de geciteerde stellingen van ABN AMRO valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, naar mijn mening niet in te zien dat de marktwaarde van de swap bij tussentijdse beëindiging een rechtstreeks verband vertoont met het op dat moment geldende Euribortarief.

9.31.5 *Subonderdeel 4.4.3 (eerste deel)* bevat de vervolghklacht dat dan ook niet kan worden verlangd dat ABN AMRO een concreet voorbeeld geeft van het verband tussen een sterke daling van het Euribortarief en de negatieve marktwaarde van de swap en de gevolgen daarvan voor [verweerster 1]. Deze klacht behoeft geen afzonderlijk behandeling.

9.32 *Subonderdeel 4.5* klaagt over het oordeel in rov. 2.14 EA, dat voor [verweerster 1] op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk kon zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben. Daartoe worden in de subonderdelen 4.5.1 t/m 4.5.5 verschillende rechts- en motiveringsklachten aangevoerd.

¹⁶⁸ Vgl. D. Busch, ‘De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB’, *Ondernemingsrecht* 2013/33, nr. 2.

¹⁶⁹ Van Amsterdam, *Onderneming en Financiering*, 2013/4, p. 20. Vgl. ook Wijers, *TOP* 2014/6 (indien de geldlening wordt afgelost op een moment dat de variabele rente lager is dan de vaste rente die de klant onder de renteswap betaalt, dient de klant het verschil aan de bank te vergoeden).

¹⁷⁰ Vgl. Rechtbank Amsterdam 16 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7376 en ECLI:NL:RBAMS:2016:7377, rov. 4.11, waarin is overwogen dat de (partij)deskundigen hebben toegelicht dat de Euribor slechts een minimale invloed heeft op de marktwaarde van een renteswap, namelijk in het door hen gekozen voorbeeld van een renteswap met een hoofdsom van € 5 miljoen: € 10.

¹⁶⁷ Memorie van antwoord, nrs. 15-18.

9.33.1 Volgens *subonderdeel 4.5.1* miskent het hof dat de *omvang* van een eventuele betalingsverplichting ter zake van de negatieve waarde een uitsluitend toekomstige omstandigheid in de zin van art. 6:228 lid 2 BW is.

9.33.2 De klacht gaat niet op. De mogelijkheid van een negatieve marktwaarde bij tussentijdse beëindiging is (zoals de klacht ook niet bestrijdt) als zodanig geen uitsluitend toekomstige omstandigheid, maar een eigenschap van de swap op het moment van sluiten daarvan.¹⁷¹ De omvang van de negatieve waarde in een concreet geval van tussentijdse beëindiging is wel zo'n omstandigheid, maar het hof heeft niet vereist dat ABN AMRO daarover mededelingen zou doen. Het hof heeft vereist dat de betekenis van de mogelijkheid in abstracto van een negatieve marktwaarde inzichtelijker ('concreet') zou worden gemaakt, bijvoorbeeld aan de hand van een voorbeeld.

Waar het hof in rov. 2.14 EA spreekt van 'welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt' en van 'de financiële consequenties', gaat het dus om het meer inzichtelijk maken voor [verweerster 1] van het financiële risico van een negatieve marktwaarde, niet om een berekening vooraf van de omvang daarvan. Dat van de bank niet zou kunnen worden verwacht om aan de hand van een (fictief) voorbeeld enig inzicht te verschaffen in de orde van grootte van dit financiële risico, omdat dit schijnprecisie zou geven en geen werkelijke informatieve betekenis zou hebben (zoals wordt betoogd in *subonderdeel 4.5.4* en de s.t.),¹⁷² lijkt mij onaannemelijk.

9.33.3 De op *subonderdeel 4.5.1* voortbouwende *subonderdelen 4.5.2 t/m 4.5.5* behoeven geen afzonderlijke bespreking.

Onderdeel 5

9.34.1 Dit onderdeel is gericht tegen de in onderdeel 5 bedoelde overwegingen in rov. 2.13 (over de kennis van [verweerster 1]), 2.15 (over de onvoldoendezaamheid van de verstrekte schriftelijke informatie en het niet stellen van vragen), 2.16 (over de gestelde mondelinge informatieverstrekking), 2.17 (de verwerping van het bewijsaanbod) en 2.18 EA (de conclusie dat is gedwaald).

9.34.2 Gegeven het slagen van de klachten van onderdeel 1 dat het hof ten onrechte voor de mededelingsplicht een waarschuwing heeft vereist, slagen ook de *subonderdelen 5.1 t/m 5.3*. Daarin wordt naar mijn mening terecht geklaagd dat het hof ook aandacht had dienen te besteden aan de stellingen van ABN AMRO over de betekenis van de gesprekken van 20 september 2006, april 2007 en 19 juni 2007, alvorens te oordelen dat ABN AMRO haar mededelingsplicht had geschonden. De tegen de uitleg van de stellingen van ABN AMRO en de verwerping van het bewijsaanbod gerichte klachten in de *subonderdelen 5.4* en *5.5* behoeven mijns inziens geen behandeling. Na cassatie en verwijzing zal opnieuw

kunnen worden beoordeeld of, er aanleiding is om op deze bewijsaanbiedingen in te gaan en, zo ja, hoe.

Onderdeel 6

9.35.1 Dit onderdeel is gericht tegen de in onderdeel 6 bedoelde overwegingen in rov. 2.15 EA, dat [verweerster 1] in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs niet kan worden tegengeworpen dat zij geen vragen heeft gesteld.

9.35.2 Gegeven het slagen van de klachten van onderdeel 1, behoeven de *subonderdelen 6.1 t/m 6.3* geen behandeling. Na cassatie en verwijzing zal opnieuw kunnen worden beoordeeld of en, zo ja, in hoeverre het op de weg van [verweerster 1] lag om op bepaalde punten vragen te stellen.

Onderdeel 7

9.36.1 Dit onderdeel is in de eerste plaats gericht tegen de eerste volzin van rov. 2.18 EA, waarin het hof tot de slotsom komt dat [verweerster 1] heeft gedwaald.

9.36.2 Gegeven het slagen van de klachten van onderdeel 1, behoeven de *subonderdelen 7.1 en 7.2* geen behandeling. Na cassatie en verwijzing zal opnieuw kunnen worden beoordeeld of is voldaan aan de in art. 6:228 BW aan dwaling gestelde voorwaarden.

9.37.1 Voorts is volgens *subonderdeel 7.3* onvoldoende gemotiveerd het oordeel in rov. 2.13 EA dat niet is gesteld of gebleken dat [verweerster 1] kennis had van een product als het onderhavige. De klacht verwijst naar de in onderdeel 5 bedoelde besprekingen tussen [verweerster 1] en ABN AMRO.

9.37.2 De klacht behoeft geen bespreking. Na cassatie en verwijzing zal, zo nodig, opnieuw kunnen worden beoordeeld welke betekenis toekomt aan deze besprekingen.

Onderdeel 8

9.38.1 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 2.22 EA, waarin het hof tot de slotsom komt (i) dat onvoldoende gemotiveerd is de enkele stelling van ABN AMRO dat als zij haar verplichtingen was nagekomen [verweerster 1] ook een renteswap zou hebben afgesloten en (ii) dat voldoende aannemelijk is dat [verweerster 1] geen renteswap zou hebben gesloten indien zij afdoende over de risico's en kosten daarvan was geïnformeerd.

9.38.2 De klachten van het onderdeel behoeven geen bespreking. Na cassatie en verwijzing zal opnieuw kunnen worden beoordeeld of is voldaan aan de in art. 6:228 BW aan dwaling gestelde voorwaarden.

9.38.3 Ik merk overigens op dat de *subonderdelen 8.1 t/m 8.3* berusten op een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Het hof heeft het nalaten om te onderzoeken en adequaat te informeren door ABN AMRO niet betrokken op de aanwezigheid van het causale verband, zoals de *subonderdelen* veronderstellen. Het hof voert dit aan als argument voor het in 9.38.1 onder (i) bedoelde oordeel, dat ABN AMRO

171 S.t. ABN AMRO nr. 125.

172 S.t. ABN AMRO nr. 139.

haar betwisting van het causale verband onvoldoende heeft gemotiveerd. Uit het in 9.38.1 onder (ii) bedoelde oordeel blijkt dat het hof een juiste maatstaf heeft aangelegd voor de beoordeling van het causale verband.

9.38.4 De motiveringsklachten in de *subonderdelen 8.4.1 t/m 8.4.3 en 8.5* behoeven geen bespreking. *Subonderdeel 8.4* verwijst naar subonderdeel 1.2.2, dat mijns inziens faalt.

9.38.5 *Subonderdeel 8.5* stelt aan de orde dat ABN AMRO gemotiveerd heeft gesteld dat [verweerster 1], indien zij de renteswap niet zou hebben gesloten, zou hebben gekozen voor een vastrentende lening. In het licht van deze stellingen is het oordeel over het causale verband in rov. 2.22 EA onbegrijpelijk evenals het oordeel in rov. 2.20 en 2.24 EA dat niet duidelijk is waarop de door [verweerster 1] gevorderde bedragen betrekking hebben, aldus de klacht. Ook dit punt kan na cassatie en verwijzing, zo nodig, beoordeeld worden.

9.39.1 Op de stellingen dat [verweerster 1] zou hebben gekozen voor een vastrentende lening haakt de subsidiair voorgedragen klacht van *subonderdeel 8.6* aan. Bij vervroegde aflossing van de hypothetische vastrentende lening, zou [verweerster 1] volgens ABN AMRO een aanmerkelijk hogere tussentijdse beëindigingsvergoeding verschuldigd zijn geweest dan de in werkelijkheid door [verweerster 1] betaalde negatieve marktwaarde van de swap. Daarom heeft [verweerster 1], volgens de klacht, geen rechtens te respecteren belang bij haar vordering tot vernietiging van de renteswapovereenkomst wegens dwaling over de verschuldigdheid van een mogelijke negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging. Het hof had, zo nodig ambtshalve, toepassing moeten geven aan art. 3:303 (ontbreken voldoende belang), art. 6:2 lid 2 en/of 6:248 lid 2 (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) dan wel 3:13 (misbruik van bevoegdheid) BW, aldus de klacht.

9.39.2 In mijn conclusie van heden in de prejudiciële zaken *Clïënt c.s./ABN AMRO* (18/03941) en *Clïënt/Rabobank* (18/03942) wordt bij vraag 3 besproken dat naar mijn mening een beroep op vernietiging van de renteswapovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, indien vast staat dat de risico's waarover is gedwaald zich niet hebben en niet zullen verwezenlijken zodat het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende op geen enkele manier enig nadelig gevolg heeft gehad.

In mijn conclusie van heden in de zaak *ING/Clïënt* (18/01155) bespreek ik de mogelijkheid om de na vernietiging van de renteswapovereenkomst ontstane verbintenissen uit onverschuldigde betaling af te wikkelen op de voet van art. 6:210 lid 2 BW op een wijze waarbij rekening wordt gehouden met de hypothetische positie van de klant van de bank in de situatie waarin deze zou hebben verkeerd indien hij niet zou hebben gedwaald.

9.39.3 *Subonderdeel 8.6* refereert aan een oplossing die een enkele maal in de rechtspraak over ren-

teswaps is gekozen (zie hierboven o.m. 5.14). Het subonderdeel slaagt naar mijn mening niet. Ten eerste, omdat nog feitelijk beoordeeld zal moeten worden of het hypothetische scenario waarvan de klacht uitgaat, zich zou hebben voorgedaan en zou hebben geleid tot de door ABN AMRO gestelde financiële gevolgen. Ten tweede, omdat het beroep op de in de klacht genoemde rechtsgronden in een geval als het onderhavige een waardering van de feiten en omstandigheden van het concrete geval vergt en daarom niet voor het eerst in cassatie kan worden gedaan, terwijl het subonderdeel niet aanvoert (onder vermelding van vindplaatsen in de processtukken) dat een en ander al in feitelijke instanties aan de orde is gesteld.¹⁷³

Onderdeel 9

9.40 Dit onderdeel bevat een rechtsklacht tegen het oordeel in rov. 2.26 EA, dat de wettelijke handelsrente (art. 6:119a BW), als door ABN AMRO niet bestreden, verschuldigd is over de door ABN AMRO na vernietiging van de renteswapovereenkomst wegens dwaling aan [verweerster 1] uit hoofde van onverschuldigde betaling (terug) te betalen bedragen.

9.41 Dit onderdeel slaagt. In haar gewijzigde eis in de memorie van grieven (p. 54) heeft [verweerster 1] gevorderd dat de aan haar te betalen bedragen worden vermeerderd met “de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119a BW, althans 6:119 BW, dit vanaf 21 februari 2012”. De klacht ziet niet op de ingangsdatum van de wettelijke rente zodat deze tussen partijen vast staat.

9.42 Art. 6:119a BW heeft alleen betrekking op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit betreft de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo'n overeenkomst aanleiding kan geven.¹⁷⁴ Het subonderdeel wijst er terecht op dat de verbintenis uit onverschuldigde betaling na vernietiging van de overeenkomst niet een dergelijke primaire betalingsverplichting is.

9.43 [verweerster 1] heeft zich gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad op dit punt. Zij wijst er terecht op als de door haar gevorderde wettelijke handelsrente niet verschuldigd is, in ieder geval de wettelijke rente van art. 6:119 BW als het mindere daarvan verschuldigd is.¹⁷⁵ Dit volgt ook uit HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70, NJ 2016/51, rov. 3.5, een geval waarin alleen de wettelijke handelsrente was gevorderd. In die zaak overwoog de Hoge Raad: “Nu [verweerster] wettelijke handelsrente heeft gevorderd, dient te worden aangenomen dat zij tevens aanspraak maakt op het mindere, te weten de wettelijke rente. Deze komt op de voet

¹⁷³ Hierop wijst terecht de s.t. [verweerster 1] nrs. 126-129.

¹⁷⁴ HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106, rov. 5.5.2. Zie voorts HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70, NJ 2016/51, rov. 3.3.3; HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:40, NJ 2013/368.

¹⁷⁵ S.t. [verweerster 1] nr. 131.

van art. 6:119 BW voor vergoeding in aanmerking.”

In het licht hiervan kan de omstandigheid dat ABN AMRO de door [verweerster 1] gevorderde “wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119a BW, althans 6:119 BW” niet heeft bestreden, niet rechtvaardigen dat het hof de wettelijke handelsrente heeft toegewezen zonder te beoordelen of de rente verschuldigd zou zijn over een bedrag ter zake van een “primaire betalingsverplichting” uit de handelsovereenkomst.¹⁷⁶

Slotsom

9.44 Het principale middel slaagt.

10 Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

10.1 Het incidentele middel is voorwaardelijk ingesteld, zo vermeldt dit middel en zo wordt het door partijen begrepen,¹⁷⁷ maar specificeert niet de voorwaarde waaronder het is ingesteld. Aangenomen kan worden dat het de gebruikelijke voorwaarde betreft dat het principale cassatiemiddel leidt tot vernietiging van het bestreden arrest. Nu aan deze voorwaarde is voldaan, zal ik het incidentele middel bespreken.

10.2 Het middel klaagt, kort gezegd, dat onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 2.3, 2.14 en 2.15 EA ervan uitgaat dat aan [verweerster 1] voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de in deze overwegin-gen bedoelde schriftelijke informatie — de Informatie Treasury Dienstverlening, waaronder de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO (hierna: ABD) en de brochure OTC-derivatentransacties — is verstrekt. [verweerster 1] heeft namelijk gemotiveerd betwist dat dit het geval is geweest en het hof gaat daar niet op in.

10.3 ABN AMRO heeft geconcludeerd tot referte.

10.4 Zoals hiervoor in 3.2 is vermeld, heeft de rechtbank in haar vonnis van 9 april 2014 [verweerster 1] toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorhands bewezen geachte stelling van ABN AMRO dat [verweerster 1] de ABD en de brochure OTC-Derivatentransacties vóór of op de datum van ondertekening van de kredietovereenkomst (19 juni 2007) heeft ontvangen. Bij eindvonnis van 18 maart 2015 heeft de rechtbank geoordeeld dat het verlangde tegenbewijs niet geleverd is.

Dit werd door [verweerster 1] in hoger beroep (met haar grief 6) bestreden.¹⁷⁸ Het hof vermeldt dit in rov. 3.3, 3.4 en 3.6 TA. Hoewel rov. 2.13 EA nog zo

gelezen zou kunnen worden dat het hof daarin geen oordeel geeft over de vraag of bepaalde stukken aan [verweerster 1] zijn verstrekt, berust het oordeel in rov. 2.14 en 2.15 EA erop dat de aan [verweerster 1] verstrekte standaarddocumentatie onvoldoende is om aan de mededelingsplicht van ABN AMRO te voldoen.

10.5 Ik begrijp de arresten van het hof aldus dat het hof het niet nodig heeft geacht om grief 6 te behandelen, omdat het naar aanleiding van andere grieven van [verweerster 1] oordeelde dat ook als ABN AMRO de bedoelde schriftelijke informatie wel heeft verstrekt, zij niet heeft voldaan aan haar mededelingsplicht. Het incidentele middel berust op een andere, onjuiste lezing van het arrest en moet daarom falen. Na cassatie en verwijzing zal het verwijzingshof zo nodig alsnog grief 6 dienen te beoordelen. De incidentele klacht is niet nodig om dit te bewerkstelligen en in zoverre ontbreekt belang daarbij.¹⁷⁹

11 Slotsom

11.1 Het principale cassatieberoep slaagt (in het bijzonder de kernklacht van onderdeel 1 over de waarschuwplicht als onderdeel van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 onder b BW en de klacht van onderdeel 9 over de toewijzing van de wettelijke handelsrente over de uit hoofde van onverschuldigde betaling te betalen bedragen). De zaak dient daarom te worden verwezen naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

11.2 Het voorwaardelijk incidentele middel van [verweerster 1] dient te worden verworpen.

12 Conclusie

De conclusie strekt

in het principale cassatieberoep: tot vernietiging en tot verwijzing, en

in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep: tot verwerping.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/13/546809/HA ZA 13-805 van de rechtbank Amsterdam van 18 maart 2015;

b. de arresten in de zaak 200.172.843/01 van het gerechtshof Amsterdam van 4 oktober 2016, 21 maart 2017 en 28 november 2017.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof van 4 oktober 2016 en 28 november 2017 heeft ABN AMRO beroep in cassatie ingesteld. [verweersters] hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De pro-

¹⁷⁶ Zie ook V. van den Brink & J.J. Roos, ‘Artikel 6:119a BW en de (ambtshalve) taak van de rechter’, in: M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties*, 2006, p. 85-87; W.H.B. den Hartogh Jager, *Wettelijke rente*, 2012, p. 103-104; F.P.C. Srijbos, ‘Betalingsachterstanden bij handelstransacties’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The influence of EU law on national private law, deel II*, 2014, par. II.A.14.5.1, en in diens noot sub 18 onder het arrest in JOR 2018/72.

¹⁷⁷ Zie het verweerschrift in voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van ABN AMRO; de s.t. [verweerster 1] nrs. 6 en 132.

¹⁷⁸ Zie grief 6 en de memorie van grieven nrs. 140-152 en 46-55.

¹⁷⁹ Vgl. HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:207, rov. 5.2.2.

cesinleiding en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

[verweersters] hebben verzocht het principale beroep te verwerpen. ABN AMRO refereert zich ten aanzien van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep aan het oordeel van de Hoge Raad.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweersters] mede door mr. J.M. Moorman.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging en tot verwijzing en in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweester 1] exploiteerde een recreatiestrand – [...] – in de gemeente [vestigingsplaats]. [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]) is enig bestuurder van [verweester 1]. [verweester 2] is enig aandeelhoudster van [verweester 1]. ABN AMRO heeft vanaf de jaren '90 kredieten aan [verweester 1] verstrekt.

(ii) [verweester 1] heeft ABN AMRO gevraagd naar de mogelijkheden om de aankoop te financieren van het recreatiestrand, dat op dat moment werd gepacht. Op 19 juni 2007 is tussen [verweester 1] en ABN AMRO een kredietovereenkomst tot stand gekomen. Naast het reeds gesloten krediet, bestaande in een rekening-courantkrediet en twee 10-jarige leningen, zijn leningen van € 650.000 en € 425.000 verstrekt, beide met een variabele rente, gebaseerd op het eenmaands Euribortarief (Euro interbank offered rate) plus een opslag van 1,35% per jaar. De looptijd van deze twee nieuwe leningen is tien jaar, van 1 oktober 2007 tot 1 oktober 2017.

(iii) In de kredietovereenkomst is onder andere bepaald:

“OTC-derivaten (nieuw)

- ABN AMRO is bereid om, tot wederopzegging, aan de Kredietnemer, hierna ook te noemen: ‘Cliënt’, de mogelijkheid te geven om derivatentransacties aan te gaan. Dit betekent niet dat ABN AMRO verplicht is om een transactie met de Cliënt aan te gaan. ABN AMRO heeft het recht om elke transactie afzonderlijk te beoordelen.

- De hiervoor genoemde zekerheden en/of verklaringen strekken tevens tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van derivatentransacties.

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

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

- Tevens zendt ABN AMRO de Cliënt ter informatie de brochure OTC-derivatentransacties. Door ondertekening van deze Kredietovereenkomst verklaart de Cliënt deze brochure te hebben ontvangen.”

(iv) ABN AMRO heeft [verweester 1] uitgenodigd voor een voorlichtingsgesprek over renteswaps. Dat gesprek heeft op 19 juni 2007 plaatsgevonden, na de ondertekening van de kredietovereenkomst (zie hiervoor onder (ii)). Aanwezig waren twee medewerkers van de afdeling Treasury van ABN AMRO, en van de kant van [verweester 1] [betrokkene 4] en [betrokkene 5], de accountant van [verweersters]. De voorlichting werd gegeven in de vorm van een Powerpoint-presentatie met een mondelinge toelichting. In de presentatie is onder andere vermeld:

“Beschrijving van het product

Een Rente Swap (Interest Rate Swap, IRS) is een afspraak tussen twee partijen om gedurende een bepaalde periode de betaling van een geïndexeerde, variabele rente (bijvoorbeeld Euribor) te ruilen tegen de betaling van een vaste rente. Op deze wijze kan een rentetarief op basis van variabele rente synthetisch worden gefixeerd.

(...)

Belangrijke kenmerken

(...)

De koper kan een Rente Swap tussentijds beëindigen. Een positieve waarde wordt door ABN AMRO uitgekeerd, een negatieve waarde wordt in rekening gebracht. De waarde is afhankelijk van de marktomstandigheden op het moment van verkoop.

De marktwaarde van de met u overeengekomen Rente Swap kan zich gedurende de looptijd zowel positief als negatief ontwikkelen. Als gevolg hiervan kan door ABN AMRO een zekerheidstelling worden verlangd.

Risico

Een Rente Swap is een OTC (over the counter) derivatentransactie. Een OTC-derivatentransactie is een overeenkomst tussen twee partijen die buiten de geregelende beurzen om tot stand komt en waarbij één of beide prestaties afhankelijk zijn van koersbewegingen van een onderliggende waarde. Hoewel OTC-derivatentransacties veelal worden afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie of andere transactie, is er geen direct verband. Bij voortijdige beëindiging of tussentijdse wijziging van de onderliggende transactie, blijven de rech-

ten en/of plichten voortvloeiende uit de Rente Swap onverminderd van kracht.

Indien de daadwerkelijke renteontwikkeling afwijkt van uw verwachting, bestaat — achteraf gezien — het risico dat de keuze voor een andere strategie een betere oplossing zou zijn geweest. Op het moment dat de transactie wordt gesloten kunt u, op basis van de geaccepteerde variabelen, het risico vaststellen. Daarmee accepteert u dat risico.

(...)

(v) Op 20 juni 2007 hebben vertegenwoordigers van ABN AMRO en [verweerster 1] telefonisch gesproken over het sluiten van een renteswap. Bij brief van dezelfde dag — die op 27 juni 2007 namens [verweerster 1] is ondertekend en geretourneerd aan ABN AMRO — heeft ABN AMRO, voor zover van belang, het volgende aan [verweerster 1] bericht:

“Betreft Bevestiging renteswap

(...)

1. Hierbij bevestigt ABN AMRO Bank N. V. (hierna te noemen: de ‘Bank’) aan u (hierna ook te noemen: de ‘Cliënt’) de voorwaarden van de transactie die de Cliënt met de Bank op de Transactiedatum (zoals hieronder vermeld) is aangegaan (de ‘Transactie’).

2. De variabelen van de Transactie zijn als volgt:

(...)

3. Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

- naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle benodigde informatie, waaronder een beschrijving en uitleg van de Bank te hebben ontvangen;
- dat Cliënt zelfstandig — of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs — deze Transactie heeft geanalyseerd;
- dat Cliënt zich realiseert dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur.
- dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;
- dat de in deze bevestiging vastgelegde variabelen van de Transactie volledig en correct zijn.

4. De Cliënt wordt verzocht om deze bevestiging binnen vijf Werkdagen na verzending door de Bank, ondertekend aan de Bank bij voorkeur per fax, of per post te retourneren aan:

(...)

Indien u constateert dat de bevestiging onjuist of onvolledig is, verzoeken wij u om direct contact op te nemen met uw (Regio) Treasury Desk onder vermelding van het Referentienummer.

Op deze bevestiging zijn de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001 (‘ABD’) van toepassing.”

(vi) In art. 1 van de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO Bank N.V. mei 2001

(hierna: ABD) is, voor zover hier van belang, bepaald:

“Deze algemene bepalingen zijn van toepassing op iedere OTC-transactie tussen de Cliënt en ABN AMRO in de vorm van een renteswap, basiswap (...) en soortgelijke transacties.”

(vii) In art. 8.2 ABD is voor een aantal gevallen bepaald dat ABN AMRO lopende transacties onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds kan beëindigen en alles wat door de cliënt uit hoofde daarvan is verschuldigd, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, onmiddellijk en in zijn geheel tussentijds kan opeisen.

(viii) Art. 9.1 ABD bepaalt, voor zover hier van belang:

“In geval van opeising stelt ABN AMRO het direct opeisbare bedrag in Euro’s vast dat bij wijze van vergoeding van geleden verlies en gedeelde winst verschuldigd is. Deze vergoeding bestaat uit de som van:

1. door de Cliënt niet nagekomen betalingsverplichtingen uit hoofde van de transacties;
2. de waarde van de transacties, berekend op basis van de vervangingswaarde van de transacties;
3. door ABN AMRO gemaakte fundingkosten, kosten van het afbreken of vervangen van de aan die transacties gerelateerde derivatentransacties, berekend op basis van de waardering tegen de marktwaarde van de transacties;
4. overige door ABN AMRO geleden verlies of gedeelde winst voortvloeiende uit de transacties; ongeacht de valuta waarin de Vorderingen luiden.

Voor zover de opeising voor ABN AMRO tevens voordeel oplevert, zal ABN AMRO hiermee rekening houden bij de vaststelling van de vergoeding.”

(ix) In de brochure ‘OTC-derivatentransacties’ van juni 2006 is onder meer vermeld:

“Kosten van voortijdige beëindiging

Indien u — om welke reden dan ook — een derivatentransactie wilt of moet beëindigen, voordat de looptijd is versteken, 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 c.q. 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) Op 17 februari 2012 is het krediet vervroegd afgelost in verband met verkoop van de onderneming van [verweerster 1] aan een derde. In dat kader heeft ABN AMRO de renteswap beëindigd

en de negatieve marktwaarde ervan (€ 168.900) bij [verweerster 1] in rekening gebracht. Na volledige voldoening heeft ABN AMRO de ten gunste van haar en ten laste van [verweerster 1] gevestigde zekerheden (rechten van hypotheek) vrijgegeven.

(xi) Bij brief van 13 november 2012 aan ABN AMRO heeft de advocaat van [verweerster 1] de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd.

3.2.1 In dit geding vordert [verweerster 1], na eisiwijziging in hoger beroep en voor zover in cassatie van belang, betaling door ABN AMRO van € 168.900 in hoofdsom ter zake van de negatieve marktwaarde van de renteswap, € 63.720,54 ten aanzien van de bedragen die volgens haar het vaste rentepercentage te boven zijn gegaan, en € 46.242 als de 'verborgen marge' die [verweersters] aan ABN AMRO hebben betaald. [verweerster 1] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat zij bij het aangaan van de renteswap heeft gedwaald, althans dat ABN AMRO in strijd met de op haar rustende zorgplicht [verweerster 1] niet of niet voldoende heeft voorgelicht over de werking en risico's van de renteswap en zodoende jegens [verweerster 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen, althans onrechtmatig jegens [verweerster 1] heeft gehandeld.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen van [verweerster 1] afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [verweerster 1] alsnog toegewezen. Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof in zijn tussenarrest van 4 oktober 2016 het volgende overwogen:

"3.11 (...) Op grond van de wederzijds gestelde feiten en omstandigheden is het hof voorshands van oordeel dat de rechtsverhouding tussen partijen als een adviesrelatie moet worden gekwalificeerd en dat het aanbieden van de renteswap – het verlenen van een beleggingsdienst – binnen die rechtsverhouding moet worden beoordeeld. (...)"

3.2.3 In het eindarrest van 28 november 2017 heeft het hof, voor zover in cassatie relevant, het volgende overwogen:

"2.8. In het tussenarrest (...) is overwogen dat tussen partijen vaststaat dat zij een kredietrelatie hadden. [verweerster 1] was sinds de jaren '90 cliënte van ABN Amro.

Het initiatief tot het aangaan van de renteswap kwam geheel van ABN Amro. Zij heeft [verweerster 1] uitgenodigd voor een voorlichtingsbijeenkomst. Het was een bijeenkomst die speciaal voor [verweerster 1] was belegd. (...)

Partijen hebben met de renteswap beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het op het krediet toepasselijke eenmaands Euribortarief. Zonder de kredietovereenkomst en de bestaande kredietrelatie zou de renteswap niet zijn gesloten.

2.9. Onder de genoemde omstandigheden mocht [verweerster 1] in beginsel gerechtvaardigd ervan uitgaan dat bij het sluiten van de ren-

teswap haar belangen werden behartigd door ABN Amro. De renteswap is gesloten in het kader van de bestaande kredietrelatie, in samenhang met een verstrekte financiering en is gepresenteerd door ABN Amro als zijnde in de het belang van [verweerster 1] als cliënt en niet als voorwaarde voor de financiering. [verweerster 1] mocht aldus ervan uitgaan dat ABN Amro jegens haar optrad als dienstverlener en niet enkel als haar tegenpartij. De wijze waarop ABN Amro is opgetreden kan redelijkerwijs niet als enkel handel voor eigen rekening worden gekwalificeerd.

Gelet op de aard van de verleende dienst, het aan [verweerster 1] aanbevelen van een specifiek financieel instrument – een renteswap – die voor haar geschikt is ter afdekking van haar renterisico, gaat het om een op de omstandigheden van de persoon van de cliënt toegespitste aanbeveling, zodat [verweerster 1] door ABN Amro is geadviseerd. (...)

2.10. [verweerster 1] stelt dat zij heeft gedwaald omtrent de eigenschappen en risico's die zijn verbonden aan de renteswap. Dit betreft met name de gevolgen die intreden in geval van een tussentijdse beëindiging van de renteswap, namelijk dat dan een negatieve marktwaarde voor haar rekening komt als het variabele Euribortarief lager is dan de swaprente. [verweerster 1] stelt dat ABN Amro haar daarover onvoldoende heeft geïnformeerd en haar voor de gevolgen daarvan onvoldoende indringend heeft gewaarschuwd. ABN Amro betwist dat.

2.11. Op grond van artikel 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar, indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. ABN Amro diende aldus die inlichtingen te verschaffen, die zij, gelet op de aard van de rechtsverhouding met [verweerster 1] en van de te sluiten overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [verweerster 1] omtrent die essentiële eigenschappen van de overeenkomst in dwaling zou kunnen komen. Anderzijds mag van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt. [verweerster 1] had dan ook een onderzoekspllicht, hetgeen inhoudt dat zij – binnen redelijke grenzen, mede afhankelijk van de rechtsrelatie met ABN Amro – was gehouden te voorkomen dat zij op basis van een onjuiste voorstelling van zaken de renteswap zou sluiten. 2.12. Op ABN Amro rustte in het kader van haar advisering een op artikel 7:401 BW gebaseerde

zorgplicht. Deze kon meebrengen dat ABN Amro als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden [verweerster 1] uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's. Bij de beantwoording van de vraag of deze waarschuwingsplicht in het concrete geval daadwerkelijk bestaat, en zo ja, hoever deze strekt, dienen alle ter zake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren onder andere de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.

2.13. ABN Amro diende in het onderhavige geval — om aan de zojuist genoemde op haar rustende zorgplicht als adviseur te kunnen voldoen — de informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij diende onderzoek te doen naar de financiële positie, mede met het oog op de extra (margin)verplichtingen die een renteswap kan meebrengen, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van [verweerster 1]. Niet is gesteld of gebleken dat ABN Amro een dergelijk onderzoek heeft gedaan (zij meende immers dat geen adviesrelatie bestond) om op basis van de uitkomst daarvan te kunnen beoordelen of een renteswap voor [verweerster 1] geschikt was. Niet is gesteld of gebleken dat [verweerster 1] kennis had van en ervaring had met een product als het onderhavige. Aangenomen moet daarom worden dat [verweerster 1] ter zake als ondeskundig en onervaren moet worden aangemerkt. Ten aanzien van het geadviseerde product geldt dat een renteswap in combinatie met langlopende leningen met een variabele rente een complex samenstel is van producten waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Een renteswap is een financieel instrument dat niet op de reguliere beurs wordt aangeboden of verhandeld en waarvan [verweerster 1] als niet-professionele partij niet geacht kan worden de kenmerken en risico's te kennen en te overzien. Het gaat om een derivatentransactie waarbij in geval van tussentijdse beëindiging een negatieve waarde kan ontstaan die voor rekening en risico komt van de cliënt.

2.14. Het voorgaande in aanmerking nemende en gezien de adviesrelatie tussen partijen rustte op ABN Amro voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Zij kon niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. Op verschillende plaatsen in de overgelegde documentatie wordt in algemene termen gewezen op het feit dat een derivatentransactie is gerelateerd aan een bepaalde onderliggende waarde. Die waarde van de renteswap is afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. de koers van die on-

derliggende waarde. Verder wordt erop gewezen dat bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap aan de cliënt in voorkomende gevallen een negatieve waarde in rekening wordt gebracht. Op basis van die informatie alleen is echter niet voldaan aan verplichting om [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van een renteswap en dan met name de risico's die zijn verbonden aan een tussentijdse beëindiging daarvan. In de verstrekte informatie wordt immers niet uitgelegd wat in het geval van [verweerster 1] de 'onderliggende waarde' is en hoe en onder welke omstandigheden de 'prijs c.q. koers' daarvan kan fluctueren en wat een 'unwinding' precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico [verweerster 1] loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor [verweerster 1] kon op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben.

2.15. Op grond van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat ABN Amro met de schriftelijke informatie die zij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Weliswaar rustte op [verweerster 1] ook een verplichting om de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, zo de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan ABN Amro om opheldering te vragen. [verweerster 1] mocht echter, in aanmerking genomen de rol van ABN Amro als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat ABN Amro haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat ABN Amro als adviseur haar belang voor ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van [verweerster 1] ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld. Daarbij wordt verder in aanmerking genomen dat [verweerster 1] zich tot ABN Amro had gewend in het kader van de kredietverstrekking. Zij hoefde er in beginsel niet op bedacht te zijn dat ABN Amro haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienster. ABN Amro heeft nog gesteld dat [verweerster 1] werd

bijgestaan door een accountant en dat dit relevant is bij de beantwoording van de vraag of een eventuele dwaling voor rekening dient te komen van [verweerster 1], maar ABN Amro heeft niet concreet toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom de kennis van de accountant in de gegeven omstandigheden kan worden tegengeworpen aan [verweerster 1].

2.16. ABN Amro stelt dat zij [verweerster 1] mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap en heeft van die stelling bewijs aangeboden (...).

2.17. Het hof is van oordeel dat ABN Amro de stelling van [verweerster 1], inhoudende dat ABN Amro niet heeft voldaan aan de verplichting om [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie waren verbonden, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Het enkele hiervoor aangehaalde verweer van ABN Amro dat de in de memorie van grieven beschreven eigenschappen van de renteswap zijn uitgelegd, volstaat daartoe in de gegeven omstandigheden niet. Met name is van belang dat ABN Amro niet gemotiveerd duidelijk maakt dat en hoe zij [verweerster 1] in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd voor de aan te derivatentransactie verbonden risico's. Bij gebreke daarvan moet ervan worden uitgegaan dat ABN Amro die waarschuwing niet heeft gegeven en wordt aan bewijsevening niet toegelaten.

4 Beoordeling van het middel in het principaal beroep

4.1.1 Onderdeel 1.1 keert zich tegen rov. 2.10-2.17 van het eindarrest en betoogt dat het hof, gelet op onder meer HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*) (*De T./Dexia*) een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beoordeling of in een geval als het onderhavige sprake is van (een schending van) een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW. Het hof heeft ten onrechte de mededelingsplicht van ABN AMRO mede ingevuld aan de hand van een uit hoofde van de zorgplicht op ABN AMRO rustende waarschuwplicht om [verweerster 1] in niet mis te verstane bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie verbonden waren, al dus het onderdeel.

4.1.2 Onderdeel 1.2 klaagt onder andere dat het hof ten onrechte betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat ABN AMRO bij het aangaan van de renteswap in een adviesrelatie stond met [verweerster 1], omdat die adviesrelatie er niet toe kan leiden dat ABN AMRO op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW een waarschuwings-, informatie- of onderzoeksplicht had. Onderdeel 1.3 voegt daaraan toe dat het hof ten onrechte uit een

veronderstelde onderzoeksplicht heeft afgeleid dat ABN AMRO gehouden was [verweerster 1] indringend en in niet mis te verstane bewoordingen te informeren.

4.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

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).

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.

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 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), rov. 3.5.2-3.5.4 en 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.

De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet worden onderscheiden van de waarschuwplicht 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 waarschuwplicht 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 omstan-

digheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. Zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), rov. 3.5.2-3.5.5 en 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, 4.4.5 en 4.8.4.

4.2.2 De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, 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.

4.2.3 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, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), rov. 3.5.6.

4.2.4 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 in 4.2.3 genoemde uitgangspunt af te wijken.

4.2.5 Uit het voorgaande volgt dat het hof diende te beoordelen of ABN AMRO, mede in het licht van hetgeen haar bekend was over de kennis en ervaring van [verweerder 1], de informatie heeft gegeven waarvan zij in de omstandigheden van het geval mocht aannemen dat deze geschikt was om te voorkomen dat [verweerder 1] de renteswap zou aangaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.

4.2.6 De onderdelen 1.1 en 1.2 voeren terecht aan dat het hof, door in rov. 2.14 van het eindarrest te overwegen dat, mede gezien de adviesrelatie tussen partijen, op ABN AMRO de verplichting rustte [verweerder 1] in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van de derivatentransactie, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de bedoelde overweging, gelezen in sa-

menhang met de overwegingen 2.15 en 2.17, blijkt dat het hof de op ABN AMRO rustende mededelingsplicht in het kader van art. 6:228 BW onvoldoende heeft onderscheiden van de op haar rustende zorgplicht, en van de verplichtingen die uit de tussen partijen bestaande adviesrelatie konden ontstaan, en daardoor aan de mededelingsplicht van ABN AMRO in het kader van art. 6:228 BW zwaardere eisen heeft gesteld dan uit het hiervoor in 4.2.1 tot en met 4.2.4 overwogene volgen.

4.2.7 De onderdelen 1.1 en 1.3 betogen voorts dat het hof bij de beoordeling van de omvang van de mededelingsplicht geen acht had mogen slaan op de voor ABN AMRO uit de adviesrelatie met [verweerder 1] en haar zorgplicht voortvloeiende onderzoeksplicht. Onderdeel 1.3.1 voegt daaraan toe dat de door het hof aangenomen verplichting tot het verrichten van onderzoek, of het niet verricht zijn van dat onderzoek, in ieder geval niet tot gevolg mag hebben dat op ABN AMRO de voet van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW een meer indringende mededelingsplicht rust dan anders het geval zou zijn. Deze klachten falen op grond van hetgeen hiervoor in 4.2.4 is overwogen. Tot de omstandigheden van het geval waarvan de omvang en inhoud van de mededelingsplicht afhankelijk zijn, kan ook de informatie behoren die de bank verkrijgt door nakoming van haar zorgplicht of van haar verplichtingen uit een adviesrelatie.

4.2.8 Onderdeel 1.3.2 klaagt dat het hof in rov. 2.10 tot en met 2.17 van het eindarrest heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft nagelaten (kenbaar) te onderzoeken en vast te stellen waartoe het onderzoek zou hebben geleid dat ABN AMRO volgens het hof had behoren te verrichten. Het subonderdeel voert daarnaast aan dat, indien het onderzoek ertoe zou hebben geleid dat een renteswap wel een geschikt of passend middel was voor het door [verweerder 1] gewenste doel, geen concrete aanleiding bestaat voor een meer concrete mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW.

4.2.9 Het eerste gedeelte van de klacht slaagt. Zolang niet is komen vast te staan waartoe het onderzoek van ABN AMRO zou hebben geleid, kan immers niet worden vastgesteld of er een feitelijke grond was om de op ABN AMRO rustende mededelingsplicht aan de omstandigheden van het geval aan te passen (zie hiervoor in 4.2.4).

Het tweede gedeelte van de klacht faalt. Als uit onderzoek van ABN AMRO zou zijn gebleken dat een renteswap voor [verweerder 1] geschikt of passend was, betekent dat niet dat er met betrekking tot de renteswap geen mededelingsplicht meer zou bestaan. Die omstandigheid brengt immers niet mee dat [verweerder 1] bij het aangaan van de renteswapovereenkomst een juiste voorstelling van zaken had ten aanzien van de relevante kenmerken en risico's daarvan.

Onderdeel 1.3.3, dat betrekking heeft op de resultaten waartoe een onderzoek door ABN AMRO zou hebben geleid, behoeft geen behandeling.

4.3.1 Onderdeel 9 klaagt dat het hof heeft blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in rov. 2.26 van het eindarrest de wettelijke handelsrente toe te wijzen over de terug te betalen bedragen. Art. 6:119a BW heeft uitsluitend betrekking op primaire prestaties uit hoofde van een handelsovereenkomst en niet op vorderingen tot schadevergoeding of ongedaanmaking, zo voert het onderdeel aan.

4.3.2 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 op vorderingen tot vergoeding van schade. Zie HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106, rov. 5.2.2.

4.3.3 Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat een verbintenis uit onverschuldigde betaling na vernietiging van de overeenkomst geen primaire betalingsverplichting is. De wettelijke handelsrente als bedoeld in art. 6:119a BW is derhalve niet van toepassing op de door [verweerster 1] gevorderde bedragen.

4.3.4 [verweerster 1] heeft in hoger beroep wettelijke rente gevorderd "als bedoeld in art. 6:119a BW, althans art. 6:119 BW". Deze vordering moet aldus worden begrepen, dat [verweerster 1] het aan het hof heeft overgelaten te beoordelen of de wettelijke rente zou moeten worden gegrond op art. 6:119a BW of op art. 6:119 BW. Het hof had op grond van hetgeen hiervoor in 4.3.2 en 4.3.3 is overwogen, art. 6:119 BW moeten toepassen. De klacht slaagt derhalve.

4.4 Gelet op het gedeeltelijk slagen van de klachten van onderdeel 1 behoeven de onderdelen 2 tot en met 8 geen behandeling.

4.5 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 *Beoordeling van de ontvankelijkheid van het voorwaardelijke incidentele beroep van [verweerster 2]*

Het middel in het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep richt geen klachten tegen beslissingen die het hof ten laste van [verweerster 2] heeft gegeven en dit beroep heeft ook geen gevolgen voor de door het hof, mede ten gunste van [verweerster 2], uitgesproken kostenveroordeling. Dit betekent dat [verweerster 2] in haar beroep niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

6 *Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep van [verweerster 1]*

6.1 Nu blijkens het hiervoor overwogene het middel in het principale beroep doel treft, is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele beroep is ingesteld, zodat het daarin voorgestelde middel moet worden onderzocht.

6.2.1 Het middel klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof in rov. 2.3, 2.14 en 2.15 van het eindarrest ervan is uitgegaan dat ABN AMRO voorafgaand aan het sluiten van de renteswap aan [verweerster 1] schriftelijke informatie heeft verstrekt, waarbij het onder meer zou gaan om de brochure OTC-derivatentransacties en de Informatie Treasurydienstverlening ABN AMRO, waartoe onder meer behoren de Algemene Bepalingen Derivatentransacties ABN AMRO (de ABD). [verweerster 1] heeft namelijk gemotiveerd betwist dat zij deze informatie heeft ontvangen.

6.2.2 De klacht kan niet tot cassatie leiden. In haar eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat [verweerster 1] niet is geslaagd in het door haar te leveren tegenbewijs tegen de door de rechtbank voorshands bewezen geachte stelling van ABN AMRO dat [verweerster 1] de ABD en de brochure OTC-Derivatentransacties voorafgaand aan of op de datum van ondertekening van de kredietovereenkomst heeft ontvangen. Tegen dit oordeel heeft [verweerster 1] in hoger beroep grief 6 gericht.

6.2.3 Het hof heeft in rov. 2.3 van het eindarrest geen oordeel gegeven over de vraag of [verweerster 1] bepaalde stukken al dan niet heeft ontvangen. Het heeft een opsomming gegeven van de stukken waarop ABN AMRO zich heeft beroepen. Vervolgens heeft het geoordeeld dat de in deze stukken door ABN AMRO verstrekte informatie onvoldoende is, en dat ABN AMRO met die stukken niet aan haar mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW heeft voldaan. Uit dit oordeel volgt dat voor het hof niet van belang was of de bedoelde schriftelijke informatie wel of niet aan [verweerster 1] was verstrekt. Bij deze stand van zaken kon het hof grief 6 onbehandeld laten.

6.2.4 Voor zover de klacht beoogt te bewerkstelligen dat na cassatie en verwijzing alsnog wordt beslist op grief 6, mist [verweerster 1] daarbij belang. Reeds de vernietiging in het principale beroep van het oordeel van het hof ten aanzien van grief 1 van ABN AMRO (rov. 2.10 tot en met 2.17 van het eindarrest), brengt immers mee dat de verwijzingsrechter zo nodig alsnog grief 6 zal dienen te beoordelen. Het voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep is niet noodzakelijk om dit te bewerkstelligen.

6.2.5 Nu ABN AMRO zich heeft gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad over deze klacht, wordt een aangepaste proceskostenveroordeling uitgesproken.

7 Beslissing

De Hoge Raad:

in het *principale* beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 28 november 2017;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerster 1] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 6.753,18 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster 1] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het *voorwaardelijk incidentele* beroep:

- verklaart [verweerster 2] niet-ontvankelijk in haar beroep;
- verwerpt het beroep van [verweerster 1];
- veroordeelt [verweerster 1] en [verweerster 2] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 68,07 aan verschotten en € 800 voor salaris.

Noot

1. Een strandexploitant (verder: S) sluit tienjarige leningen bij ABN AMRO, met een variabele rente. Ter afdekking van het risico van rentestijging sluit hij met de bank een renteswapovereenkomst. Enige jaren later verkoopt S zijn onderneming; de leningen en de renteswap worden tussentijds beëindigd. De bank brengt daarbij, conform het contract, de negatieve marktwaarde van de swap in rekening.

S betoogt dat de bank hem onvoldoende heeft voorgelicht en vernietigt de renteswap op grond van dwaling (art. 6:228 BW). De rechtbank wijst het dwalingsberoep van de hand, maar het hof honoreert het. ABN AMRO gaat in cassatie. De Hoge Raad vernietigt het aangevochten arrest, overeenkomstig de conclusie van A-G Wissink. Het door S ingestelde incidentele cassatieberoep wordt verworpen.

2. Dit arrest *Rentederivaat ABN AMRO II* bevat, evenals het op dezelfde dag gewezen *Rentederivaat ING* (NJ 2020/259), grotendeels een toepassing van de gedachten die de Hoge Raad heeft ontvouwd in zijn prejudiciële beslissing HR 28 juni 2019, NJ 2020/257, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ABN AMRO*). De algemene passages zijn veelal letterlijk overgenomen van die eerdere uitspraak; zie te dien aanzien de annotatie in NJ 2020/257.

Deze noot is toegespitst op wat het voorliggende arrest toevoegt aan het eerder ontstane beeld. Met name twee aspecten vragen de aandacht: ten eerste de relatie tussen de mededelingsplicht (bij dwaling) en andere verplichtingen aan de zijde van de bank (par. 3-6), en ten tweede, een stadium later, de wettelijke rente bij ongedaanmaking (par. 7).

3. *Drie plichten*. Het arrest maakt duidelijk, dat een bank bij het aangaan van een financieel contract jegens gegadigden verschillende verplichtingen kan hebben, die niet met elkaar mogen worden

vereenzelvigd of verward. De Hoge Raad onderscheidt er drie. De eerste twee staan reeds op het tooneel in *Rentederivaat ABN AMRO* (en HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia; effectenlease*)); de derde treedt in *Rentederivaat ABN AMRO II* uit de coulissen.

a. Een *mededelingsplicht*, zoals bekend van de dwalingsleer (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Deze plicht strekt ertoe te voorkómen dat de wederpartij onder invloed van dwaling contracteert. Sanctie is vernietigbaarheid van de overeenkomst (art. 6:228 lid 1 BW; in dit licht is aannemelijk dat hier geen ware verbintenis, maar een zogeheten *Obliegenheit* aan de orde is). De schending van een mededelingsplicht zal overigens in de regel ook een onrechtmatige daad opleveren, zodat betrokkene veelal op die grond schadeplichtig raakt (art. 6:162 BW).

b. Een *waarschuwingsplicht*, als uitvloeisel van de bijzondere zorgplicht die op de bank rust in verband met haar maatschappelijke functie en deskundigheid (r.o. 4.2.1, laatste alinea). Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe de wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De sanctie is schadevergoeding (art. 6:162 BW en/of art. 6:74 BW); schending van deze plicht brengt geen vernietigbaarheid mee (*Rentederivaat ABN AMRO*, r.o. 3.6.5).

c. Een *adviseringsplicht*, zoals voortvloeit uit een adviesrelatie. De kern daarvan is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint (r.o. 4.2.2). Het gaat hier m.i. om een contractuele verbintenis, waaraan de reguliere tekortkomings-sancties zijn verbonden (schadevergoeding, art. 6:74 BW; desgewenst ontbinding, art. 6:265 BW). Onder omstandigheden zal ook een vordering uit onrechtmatige daad tot de mogelijkheden behoren (schadevergoeding, art. 6:162 BW).

4. *Mededelingsplicht*. Als uitgangspunt bij (onder meer) renteswaps formuleert de Hoge Raad, dat de bank aan haar mededelingsplicht (art. 6:228 BW) heeft voldaan, indien zij in algemene productinformatie inlichtingen heeft gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van het product. Het risico van een (aanzienlijke) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging behoort tot deze wezenlijke risico's (r.o. 4.2.3; evenzo *Rentederivaat ABN AMRO*, r.o. 3.5.6).

In de afstemming op de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, en daarmee op een 'maatmens', kent dit uitgangspunt een zekere abstractie (noot NJ 2020/257, par. 5). *Rentederivaat ABN AMRO II* maakt duidelijk dat die abstractie wijkt als de bank beschikt over informatie die relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan *deze cliënt* moet verstrekken om te voorkomen dat hij in dwaling contracteert, 'bijvoorbeeld doordat de kennis of ervaring van de cliënt verschillen van wat de bank in het algemeen mag verwachten' (r.o. 4.2.4). Per saldo is dus niet een maatmens, maar de *concrete weder-*

partij bepalend voor de vraag hoe ver de bancaire mededelingsplicht strekt. Ook de samenvattende r.o. 4.2.5 staat geheel in deze concreterende sleutel, die aansluit bij het in het dwalingsleerstuk gangbare principe dat bij het afbakenen van een mededelingsplicht de wederzijdse (on)deskundigheid van de contracterende partijen een belangrijke rol speelt. Vgl. Jac. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228, aant. 6.12.

Als kaders waarin de bank zulke (nadere) relevante informatie kan hebben verkregen, noemt de Raad de bijzondere zorgplicht en een eventuele adviesrelatie (par. 3) (r.o. 4.2.4, 4.2.7). M.i. geldt hetzelfde als de bank de informatie in enig ander kader mocht hebben ontvangen.

5. *Uiteenhouden*. Dat (het naleven van) de ene plicht de andere plicht kan beïnvloeden (par. 4), betekent geenszins dat zij met elkaar mogen worden vereenzelvigd. De Hoge Raad ziet er scherp op toe dat de feitenrechter de drie verplichtingen uit elkaar houdt. In casu slaagt een tweetal cassatieklachten dat het hof de diverse plichten te zeer met elkaar heeft vermengd en daardoor op het punt van de mededelingsplicht te zware eisen aan de bank heeft gesteld (r.o. 4.2.6).

6. *Nader onderzoek*. Het hof overwoog dat dat de bank een nader onderzoek naar S had behoren in te stellen, maar liet in het midden waartoe dat onderzoek zou hebben geleid. Ook een tegen deze opstelling gerichte cassatieklacht treft doel. Zolang het bedoelde onderzoeksresultaat niet duidelijk is, kan immers, aldus de Hoge Raad, niet worden vastgesteld of er een feitelijke grond was om de mededelingsplicht aan de omstandigheden van het geval aan te passen (r.o. 4.2.9).

Deze passage vind ik lastig te duiden. De crux is op welke basis de bank het nadere onderzoek had moeten instellen. Als dat was ter naleving van een waarschuwingsplicht of van een adviseringsplicht (par. 3 sub b-c), zou de sanctiëring zich – gezien het door de Raad beklemtoonde onderscheid tussen de diverse plichten – niet via (een verzwaaring van) de mededelingsplicht (par. 3 sub a) mogen afspelen.

Blijft over de mogelijkheid dat de bank het nadere onderzoek had dienen te doen op basis van de *mededelingsplicht* zelf (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Deze optie heeft als bezwaar dat de mededelingsplicht normaliter zo'n wederpartij-screenende dimensie niet omvat, zodat een soort van eiland in de dwalingsleer ontstaat. Weliswaar noemt de parlementaire geschiedenis van art. 6:228 BW het denkbaar dat een contractant 'met het oog op de belangen van de gegadigde een onderzoek had dienen in te stellen' (MvA, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 909), maar die mogelijkheid is als uitzonderlijk te beschouwen (vgl. HR 27 november 2015, *NJ* 2017/35, m.nt. Jac. Hijma (*Inbev*)), terwijl zij bovendien op de kenmerken van de prestatie – en niet op die van de gegadigde – betrekking lijkt te hebben. Dat de bank *binnen* haar mededelingsplicht het bedoelde nadere onderzoek diende te verrichten, is dus een weinig voor de hand liggende – zij het niet uitgesloten –

mogelijkheid. Dat zo'n naspeurplicht inderdaad bestaat, zou op zijn minst een stevige motivering verdienen (het enkele feit dat de Wet financieel toezicht haar kent is onvoldoende); zie ook A-G Wissink, conclusie, sub 9.9.1. Al met al komt het mij voor dat het slagen van de besproken cassatieklacht weinig richtinggevend betekenis heeft.

7. *Wettelijke (handels)rente*. Een geslaagd beroep op dwaling leidt tot vernietiging van de overeenkomst (art. 6:228 BW), en wel met terugwerkende kracht (art. 3:53 BW), zodat tussen partijen verbintenissen tot ongedaanmaking wegens onverschuldigde betaling ontstaan (art. 6:203 e.v. BW). Met betrekking tot de vertraging in de terugbetaling door de bank wees het hof aan S de wettelijke handelsrente toe (art. 6:119a BW), die een stuk hoger ligt dan de gewone wettelijke rente (art. 6:119 BW) (thans 8% tegenover 2%). De Hoge Raad leert dat het hof niet art. 6:119a BW (wettelijke handelsrente), maar het algemene art. 6:119 BW (wettelijke rente) had moeten toepassen (r.o. 4.3.4).

Art. 6:119a BW berust op Richtlijn 2011/7/EU betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (herschikking van Richtlijn 2000/35/EG). De Hoge Raad sprak reeds eerder uit, dat dit wetsartikel alleen betrekking heeft op 'de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst', d.w.z. op de *primaire* betalingsverplichting; zie HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106 (*Forelfiler*), r.o. 5.2.2. De Raad voegde daaraan – spiegelbeeldig – toe, dat de wettelijke handelsrente *niet* ziet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo'n handelsovereenkomst aanleiding kan geven, en dus evenmin op vorderingen tot schadevergoeding. *Rentederivaat ABN AMRO II* herhaalt deze regels (r.o. 4.3.2), die voortvloeien uit de ratio van het artikel: het bestrijden van de in de handel bestaande neiging om facturen te laat te betalen. Vgl. de considerans van de richtlijn, sub 3. In dit licht wekt het geen verwondering dat ook een door vernietiging ontstane verbintenis uit onverschuldigde betaling, gezien haar (ten opzichte van het contract) 'secundaire' karakter, buiten art. 6:119a BW valt (r.o. 4.3.3).

8. De Hoge Raad wijst een reeks andere cassatieklachten van de hand, deels op de voet van art. 81 RO (r.o. 4.5). Het door S ingediende (voorwaardelijke) incidentele cassatiemiddel heeft evenmin succes (r.o. 6).

9. Over het arrest ook D. Busch, *AA* 2020/1, p. 70-76; M.D.H. Nelemans & J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2019-6, p. 269-280; F.P.C. Strijbos, *JOR* 2019/252-253.

Jac. Hijma