



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij HR 4-10-2019, NJ 2020/259 (Rentederivaat ING)

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2020). Annotatie bij HR 4-10-2019, NJ 2020/259 (Rentederivaat ING). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(31/32), 4441-4443. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278704>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278704>

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

NJ 2020/259

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

4 oktober 2019, nr. 18/01155

(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, 6:210 lid 2, art. 6:228 lid 1 onder b BW

RCR 2020/17

NJB 2019/2116

RvdW 2019/1015

JONDR 2019/1413

ECLI:NL:HR:2019:1500

ECLI:NL:PHR:2019:331

ECLI:NL:HR:2019:1577

Verbindtenissenrecht; dwaling bij renteswaps. Toepassing HR 28 juni 2019, NJ 2020/257 (rentederivaat ABN AMRO). Mededelingsplicht versus waarschuwingsplicht; algemene productinformatie; verdergaande mededelingsplicht i.v.m. uit hoofde van zorgplicht bekende informatie; onvoldoende gesteld door bank. Dwaling; schadevergoeding. Gevolgen van vernietiging; ongedaanmakingsverplichting prestaties; uitleg overeenkomst; beperken omvang ongedaanmaking met oog op onevenwichtige resultaten. Marktwaaarde renteswap afhankelijk van Euribor?; voor beslissing hof irrelevante vergissing.

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 en (ii) de inspanningsverplichting van de wederpartij om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan de uit hoofde van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW op de bank rustende mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Zie HR 28 juni 2019, NJ 2020/257 (rentederivaat ABN AMRO). Het hof diende te beoordelen of ING, mede in het licht van hetgeen haar bekend was over de kennis en ervaring van Cliënt, de informatie heeft gegeven waarvan zij in de omstandigheden van het geval mocht aannemen dat deze geschikt was om te voorkomen dat Cliënt de renteswap zou aangaan onder invloed van een onjuiste

voorstelling van zaken. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof de stellingen van ING niet aldus heeft gelezen dat zij mede inhouden dat Cliënt beschikte over specifieke kennis van het risico van een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is en dat het hof het bewijsaanbod van ING heeft gepasseerd. De stellingen van ING houden immers niet in dat Cliënt kennis of ervaring had met betrekking tot de risico's inzake de marginverplichting, de allowancefaciliteit en de inflexibiliteit van de wijze van financieren waarin de dwaling van Cliënt naar het oordeel van het hof was gelegen, en evenmin dat zijn deskundigen hem daarover hebben voorgelicht of hadden moeten voorlichten.

Het slagen van een beroep op dwaling betekent niet dat de wederpartij van de dwalende jegens haar schadeplichtig is. Daarvoor dient een specifieke rechtsgrond aanwezig te zijn. Zie HR 11 oktober 2013, NJ 2013/492 (Vano/Foreburghstaete).

De HR verwijst naar HR 28 juni 2019, NJ 2020/257 (rentederivaat ABN AMRO) voor de regels betreffende de ongedaanmaking van de renteswapovereenkomst na vernietiging. Het hof heeft bij de uitleg van de renteswapovereenkomst geoordeeld dat de prestatie van ING in dit geval bestaat in het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente. De klacht dat het hof de waarde van de prestatie van ING op nihil had moeten begroten, omdat de renteswap vrijwel de gehele looptijd een negatieve marktwaaarde heeft gehad, ziet eraan voorbij dat het hof heeft geoordeeld dat Cliënt bij afwezigheid van de dwaling zou hebben gekozen voor afdekking van het renterisico in een andere vorm dan een renteswap, en dat hij door de renteswap wel bescherming tegen dit risico heeft genoten, ook al heeft dit risico zich niet verwezenlijkt.

Het onderdeel voert terecht aan dat niet begrijpelijk is dat het hof in verband met het ontstaan van mogelijk omvangrijke marginverplichtingen heeft verwezen naar de gevolgen van de daling van het 3-maands Euribortarief, omdat, zoals ING in feitelijke instanties heeft aangevoerd, de marktwaaarde van een renteswap (en daarmee de eventuele marginverplichting) primair afhangt van de vaste rente over de resterende looptijd. Deze vergissing van het hof is echter niet van belang voor zijn beslissing, zodat de klacht niet tot cassatie kan leiden.

ING BANK N.V., te Amsterdam, eiseres tot cassatie, verweerster in het gedeeltelijk voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, tegen

[Cliënt], verweerder in cassatie, eiser in het gedeeltelijk voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. J.P. Heering en mr. P.J. Tanja.

Hof (tussenarrest 15 september 2015):**3 Beoordeling**

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1.1 [Cliënt] is oprichter en eigenaar van een grote jeansketen met 80 winkels in binnen- en buitenland. Daarnaast koopt hij in privé winkelpanden, die hij vervolgens verhuurt.

3.1.2 In het voorjaar van 2008 was [Cliënt] voornemens zes winkelpanden te kopen, voor een totale koopsom van € 5.854.207. [Cliënt] benaderde met het oog op het verkrijgen van een additionele lening zijn vaste contactpersoon bij ING Real Estate Finance N.V. (hierna: ING REF).

3.1.3 ING REF stelde als voorwaarde voor het aangaan van de nieuwe lening dat het renterisico op de nieuwe en de bestaande geldleningen (met een gezamenlijke waarde van € 13,534 miljoen) voor een bedrag van € 6,75 miljoen wordt afgedekt.

3.1.4 Op 7 april 2008 heeft ING Bank N.V. (hierna: ING) voor [Cliënt] een presentatie over risicomanagement gehouden. Het daarbij gebruikte schriftelijke materiaal geeft een beknopte omschrijving van verschillende rente-afdekkinginstrumenten, te weten de Interest Rate Swap (hierna ook: renteswap), de CAP (een renteoptie waarmee tegen betaling van een premie de maximale rente beperkt wordt tot een vooraf vastgelegd percentage) en de RenteVastlening.

Onder het kopje 1. Keuze rente-afdekkinginstrument is over de renteswap vermeld:

"Met de IRS legt u zich vast voor een kapitaalmarkt looptijd

Een vaste calculatie van uw financieringslast is mogelijk
(= Fixatie) naar keuze"

Onder het kopje 3. Maatwerkoplossing worden de volgende voor- en nadelen van de renteswap genoemd:

"Voordelen:

- Eenvoudig veranderen van een rentestructuur >> variabele financiering wordt fixe financiering

- Flexibiliteit t.a.v. ingangsdatum en cashflowschema

>> U kiest zelf de ingangsdatum van de swap

>> De swapstructuur kan naadloos worden aangesloten op de onderliggende financiering

- Bij tussentijds openbreken kan een opbrengst worden verkregen >> contante waarde

- Transparantie via www.ingotcr.com over contante waarde

Nadelen:

- Geen mogelijkheid om te profiteren van een relatief lage geldmarktrente (Euribor); de rente is immers gefixeerd"

Onder het kopje 5. Samenvatting is onder meer het volgende opgenomen:

□ Rentederivaten zijn flexibel; elk schema, elke ingangsdatum etc kan bestaan,

□ Rentederivaten zijn GEEN kredietverlening; (...),
□ Rentederivaten zijn vrij van overige kosten: % = %, premie = premie,

□ Nu de rente laag en anderszins is, is overstappen naar een vaste rente aantrekkelijk,

□ Bij de verkoop van Rentederivaten hebben wij een Zorg- en Informatieplicht; de AFM houdt hier nadrukkelijk toezicht op,"

3.1.5 Op 16 april 2008 hebben [Cliënt] en ING een "Raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet professionelen)" gesloten (hierna: de raamovereenkomst). De raamovereenkomst bevat algemene bepalingen die van toepassing zijn op alle transacties die tussen ING Bank en de cliënt, in dit geval [Cliënt], worden gesloten in niet-beursverhandelde derivaten. Bij de raamovereenkomst heeft [Cliënt] ook een zogenoemde Product Kaart - Interest Swap (hierna: de Productkaart) ontvangen. De productkaart bevat onder andere de volgende tekst:

"Wat is een Interest Rate Swap?

Een Interest Rate Swap (swap) is een instrument dat gebruikt kan worden om het renterisico op bestaande en toekomstige financieringen beheersbaar te maken. Een swap stelt een onderneming in staat om eenvoudig de rentetypische looptijd van een financiering te wijzigen zonder dat de onderliggende lening hiervoor veranderd hoeft te worden. Een swap wordt vaak in combinatie met een nieuwe (variabele) lening toegepast.

(...)

Belangrijkste Product Kenmerken:

- Aanwezig in de meest gangbare valuta's (o.a. EUR, GBP, CHF, USD).

- Minimale hoofdsom (equivalent van) Euro 1 miljoen.

- Gangbare looptijden vanaf 1 jaar tot 10 jaar.

- Een swap is een los verhandelbaar financieel contract. Het staat los van de onderliggende lening.

(...)

Voordelen

- Een swap is een maatwerkproduct en kan wat betreft 'reken' hoofdsom, ingangsdatum en onderliggende looptijd precies gekoppeld worden aan de behoefte van de gebruiker. Aflossings- en opnameschema's zijn mogelijk.

- Met een swap is het eenvoudig om van rentetypische looptijd te veranderen

- Met een swap is het mogelijk om toekomstig rente exposure per heden te sturen (hedgen). Per heden is het mogelijk om een swaptarief voor een toekomstige financiering af te spreken.

- Een swap kan eenvoudig worden afgewikkeld. Dit gebeurt middels een verrekening van de contante waarde van de swap. Deze kan negatief (boeterente) of positief (opbrengst) zijn.

Risico's

De componenten die de prijs van een swap bepalen, zoals looptijd, rente en vraag en aanbod op de kapitaalmarkten, zijn gedurende de looptijd aan veranderingen onderhevig. Koersen kunnen fluctueren. Eén en ander betekent dat de prijs zoals die in de markt geldt voor de transacties gedurende de looptijd kan verschillen van de prijs die is afgesproken bij het aangaan van de betreffende transactie. Naarmate het tijdsverloop tussen het moment van aangaan en het nakomen van de aangegane verplichting groter is, is dit risico groter. Desalniettemin kunnen de bovenomschreven typen transacties een uitstekend hulpmiddel zijn om de risico's die voortvloeien uit uw normale bedrijfsvoering te beheersen.

(...)

Zekerheden

ING Bank dient erop toe te zien dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan hun actuele verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Hierover maken u en ING Bank samen zogenaamde 'margin' afspraken. Indien er door marktomstandigheden een margintekort dreigt te ontstaan, zal ING Bank u onverwijld hierover schriftelijk informeren. Indien zich daadwerkelijk een tekort voordoet, dient u maatregelen te nemen om dit tekort ongedaan te maken bijv. door het stellen van additionele zekerheden. Bij het in gebreke blijven met het tijdig aanzuiveren van het geconstateerde margintekort zal de bank noodgedwongen overgaan tot het eenzijdig sluiten van de ingenomen posities."

3.1.6 Gelijktijdig met het afsluiten van de raamovereenkomst hebben ING en [Cliënt] een overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' ten bedrage van maximaal € 700.000 gesloten. Deze overeenkomst bevat onder meer de volgende passages:

"2.1 Onder de volgende voorwaarden en bedingen zal de Bank aan de Kredietnemer vanaf de datum van ondertekening van deze overeenkomst een faciliteit ter beschikking stellen ten bedrage van maximaal € 700.000 (...), waarover hij kan beschikken voor het voldoen aan Marginverplichtingen voortvloeiende uit met de Bank ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegane OTC-derivaten transacties middels de blokkade van de met de Marginverplichtingen samenhangende bedragen onder deze faciliteit.

2.2 De faciliteit kan te allen tijde (gedeeltelijk) door de Kredietnemer of de Bank worden opgezegd. Door de opzegging eindigt terstond de mogelijkheid om aan de Marginverplichtingen te voldoen door de blokkade daarvan onder deze faciliteit.

Bij opzegging is de Kredietnemer gehouden onmiddellijk ten genoegen van de Bank zekerheid te stellen ter securering van de (betalings)verplichtingen verband houdende met de OTC-derivaten transacties zoals bedoeld in deze overeenkomst."

3.1.7 ING REF heeft een aantal offertes aan [Cliënt] uitgebracht voor een nieuwe lening van € 5.250.000, steeds tegen het 3-maands Euribor-tarief.

Alle offertes bevatten voorts onder andere de volgende tekst:

"Het renterisico op onderhavige geldlening en de bestaande geldleningen bij ING Real Estate Finance N.V. ten name van de geldnemer zal voor een leningbedrag ad minimaal EUR 6.750.000,00 ingedekt dienen te worden, bijvoorbeeld door middel van een derivatenovereenkomst bij ING Bank N.V."

De door ING overgelegde offerte van 18 april 2008 is door [Cliënt] ondertekend en wordt door partijen gezien als de leningovereenkomst. De rente is het 3-maands Euribor-tarief verhoogd met een opslag van 0,83%. Het totaalbedrag aan leningen van ING aan [Cliënt] bedroeg daarmee € 13,534 miljoen (€ 8,284 miljoen bestaand en € 5,25 miljoen nieuw).

3.1.8 Op 22 april 2008 is tussen [Cliënt] en ING een renteswapovereenkomst gesloten voor een bedrag van € 10 miljoen en een vaste rente van 4,45%. De einddatum van de renteswap is 1 mei 2015. Met de renteswap overeenkomst ruilt (swapt) [Cliënt] de variabele 3-maands Euribor-rente op een deel, € 10 miljoen, van de van ING REF geleende hoofdsom tegen een vaste rente van 4,45%.

3.1.9 ING heeft [Cliënt] in kennis gesteld van zijn MiFID kwalificatie, te weten dat ING hem heeft ingedeeld in de categorie niet-professionele cliënten. ING heeft geen uitgebreid cliëntprofiel van [Cliënt] opgesteld en ook geen geschiktheidstoets uitgevoerd.

3.1.10 Na afloop van genoemde leningovereenkomst hebben ING REF en [Cliënt] in april 2009 een nieuwe leningovereenkomst met een looptijd van één jaar gesloten tegen een 3-maands Euribor-tarief en een debetrenteopslag van 1,60%, in april 2010 met een opslag van 1,95% en in april 2011 van 1,85%.

3.1.11 ING REF is in 2010 als verdwijnende vennootschap gefuseerd met ING.

3.1.12 Op 23 februari 2011 hebben ING en [Cliënt] een nieuwe overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' gesloten. De allowancefaciliteit die ING ter beschikking stelt, bedraagt maximaal € 1.700.000. Bij brief van 17 september 2012 heeft ING de allowancefaciliteit verlaagd naar € 1.350.000.

3.1.13 Op 16 februari 2012 heeft ING [Cliënt] geïnformeerd over de beoogde opslagverhoging van de door ING verstrekte geldlening naar 3,04%. Kort daarna is [Cliënt], stellend dat hij zich door ING misleid voelde vanwege de verhoging van de rente-opslag, op zoek gegaan naar een andere bank. Op 23 april 2012 heeft [Cliënt] aan ING meegedeeld dat

hij alle lopende geldleningen met ingang van 1 juli 2012 wenst af te lossen en op dat moment in gesprek is met een andere bank over de herfinanciering van deze leningen. Vanaf begin mei 2012 zijn concrete opties voor de aflossing van de bestaande leningen met ING besproken. Op 25 juni 2012 heeft ING meegedeeld dat [Cliënt] de lopende geldleningen pas kan beëindigen als hij voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de swap aanvullende zekerheden stelt voor een bedrag van € 1,35 miljoen.

3.1.14 Bij brief van 27 juni 2012 heeft [Cliënt] ING geïnformeerd over zijn ongenoegen over de gang van zaken en heeft hij de renteswap buitengerechtelijk vernietigd.

3.2 [Cliënt] vordert in deze procedure, na wijziging van eis bij memorie van grieven, kort samengevat, *primair* (i) een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd op grond van bedrog, althans dwaling, althans misbruik van omstandigheden, (ii) ING te veroordelen tot (terug)betaling van alle onder de renteswap betaalde bedragen, tot en met 1 november 2012 zijnde een netto bedrag van € 1.352.254 met wettelijke rente alsmede (iii) tot betaling van de wettelijke rent over € 675.000, het bedrag dat onverschuldigd als margin is gestort, *subsidiair* (i) ING te veroordelen vergoeding van de door [Cliënt] geleden schade en *meer subsidiair*, ING te veroordelen tot betaling van € 620.766 uit hoofde van de excessieve renteopslag en *primair, subsidiair en meer subsidiair*, ING te veroordelen tot betaling van (i) een bedrag van € 88.123 ter zake van de door ING veroorzaakte vertraging in de aflossing van de geldleningen van [Cliënt], (ii) een bedrag ter zake van door [Cliënt] gemaakte buitengerechtelijke incassokosten, begroot volgens het tarief van Voorwerk II, (iii) een bedrag van € 766 voor notariskosten ter verstrekking van zekerheid voor de renteswap en (iv) een bedrag van € 10.936 ter zake van door [Cliënt] gemaakte redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en de proceskosten van beide instanties.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis de vorderingen afgewezen. De rechtbank heeft wat betreft de primaire vordering, kort samengevat, overwogen dat niet is gebleken dat wat betreft de fixatie van het rentepercentage [Cliënt] op basis van de door ING verstrekte informatie in een verschoonbaar onjuiste veronderstelling verkeerde. De zogenoemde exitkosten (potentiële kosten verbonden aan een voortijdig einde van de renteswap) en de (on)mogelijkheden ten aanzien van herfinanciering zijn naar het oordeel van de rechtbank niet, althans onvoldoende, duidelijk naar voren gekomen in het door ING gepresenteerde informatiemateriaal. Dat neemt echter niet weg dat wel duidelijk was aangegeven dat de renteswap een negatieve waarde kon krijgen en dat de noodzaak kon bestaan tot het aanhouden van zekerheden in dat verband. Het had op de weg van [Cliënt] gelegen om zich dienaangaande nader te laten informeren indien hij – zoals hij

stelt – niet op de hoogte was van de daaraan verbonden kosten en (on)mogelijkheden in geval van herfinanciering. Bovendien is de rechtbank van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat [Cliënt], indien hij wel volledig was geïnformeerd over de exitkosten en eventuele complicaties bij herfinanciering, de renteswap niet zou hebben gesloten.

3.3 Het hof ziet aanleiding eerst *grief 6* te behandelen. De grief strekt ten betoge dat ING [Cliënt] onvoldoende heeft voorgelicht over de marginverplichtingen en de allowancefaciliteit. [Cliënt] wijst in dat verband op artikel 86 van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo) waarin is vastgelegd dat een beleggingsonderneming erop moet toezien dat haar cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan de actuele verplichtingen te voldoen (saldibewakingsplicht). [Cliënt] stelt dat hij nimmer de renteswap zou hebben afgesloten als hij had geweten van de wettelijke margin- en bijstortingsverplichtingen die hij heeft in geval van een negatieve waarde van een renteswap. ING heeft besloten dat deze bijstortingen kunnen worden voldaan door middel van een kosteloos krediet, een allowancefaciliteit voor € 700.000, dat zij aan [Cliënt] heeft verstrekt op basis van de reeds ten behoeve van de leningen verstrekte zekerheden. ING heeft [Cliënt] daarbij voorgelicht dat de allowancefaciliteit die hij tekende slechts diende als 'papieren tijger' voor de AFM ter nakoming van de zorgplicht; het was slechts een formaliteit. Hem was niet bekend dat hij krediet verkreeg en bovendien tussentijds bijstorting verrichtte inzake de margin door middel van verhoging van de kredietlimiet (allowance). In 2011 is door ING – zonder enig mondeling overleg of voorlichting en met summier toelichtende brief – de allowancefaciliteit verhoogd naar € 1,7 miljoen. Deze faciliteit werd hem pas goed bekend toen hij bij gelegenheid van de herfinanciering in 2012 vanwege de doorlopende marginverplichtingen een nieuwe allowancefaciliteit moest accepteren, naast storting van contanten voor een bedrag van € 685.000 en het verlenen van het recht van tweede hypotheek op een aantal panden. Als [Cliënt] bekend was geweest dat hij een kosteloos krediet verkreeg ten behoeve van zijn marginverplichtingen uit hoofde van de renteswap gedurende de looptijd van de renteswap, had hij de renteswap niet afgesloten. De marginverplichtingen en de wijze waarop hierover afspraken worden gemaakt, zijn (zeer) wezenlijk kenmerken van het product renteswap. [Cliënt] zou bij volledige en juiste voorlichting over de allowancefaciliteit en de functie hiervan, beter op de hoogte zijn geweest van de potentiële risico's verbonden aan een renteswap en om wat voor bedragen het kan gaan bij een negatieve marktwaarde. Deze volstrekt onduidelijk faciliteit en de wijze waarop ING meent afspraken te kunnen maken over het vervullen van marginverplichtingen is niet besproken met [Cliënt] en is geen onderwerp ge-

weest van de voorlichting van [Cliënt] door ING. Had hij dit wel goed uitgelegd gekregen, dan was hem duidelijk geweest welke omvangrijke negatieve kanten potentieel aan dit product zaten en had hij zeker niet voor de renteswap gekozen, aldus nog steeds [Cliënt].

3.4 ING brengt daartegen in dat zij [Cliënt] duidelijk over de marginverplichtingen heeft geïnformeerd. Deze verplichting is genoemd in de Productkaart, de Raamovereenkomst en de overeenkomst allowancefaciliteit. [Cliënt] wist, althans behoorde te begrijpen, dat hij margin aan moest houden. ING heeft voortdurend aan haar marginbewakingsplicht voldaan en gemonitord dat [Cliënt] over voldoende saldi beschikte om aan zijn actuele verplichtingen onder de renteswap te kunnen voldoen. Waar nodig heeft ING de allowancefaciliteit verhoogd dan wel verlaagd. ING heeft [Cliënt] voldoende over de allowancefaciliteit geïnformeerd. De allowancefaciliteit betreft “een contractuele toezegging dat [Cliënt] te zijner tijd over het krediet kan beschikken”. [Cliënt] dient zekerheden te stellen om aan zijn marginverplichtingen te voldoen. De allowancefaciliteit strekt ertoe deze gestelde zekerheden liquide te maken. De hoogte van de allowancefaciliteit wordt bepaald aan de hand van de marginverplichtingen van [Cliënt]. De consequenties van overschrijding van (het bedrag van) de allowancefaciliteit staan in artikel 4 van de desbetreffende overeenkomst genoemd. [Cliënt] heeft geen vragen gesteld bij het afsluiten van de allowancefaciliteit en evenmin bij de verhoging van die faciliteit in 2011. Hieruit moet worden afgeleid dat [Cliënt] wist, althans behoorde te weten, dat hij margin moest aanhouden en waartoe hij een allowancefaciliteit heeft afgesloten. Van dwaling is geen sprake, aldus nog steeds ING.

3.5 Op grond van artikel 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en 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. Uitgangspunt bij de beoordeling van deze vordering is dat ING die inlichtingen moest verschaffen, die zij, geleid op de aard van de overeenkomst naar de in het verkeer geldende opvattingen in gevallen als de onderhavige behoorde te verstrekken om te voorkomen dat [Cliënt] omtrent die essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen.

3.6 Bij de beoordeling van het beroep dat [Cliënt] op dwaling heeft gedaan, stelt het hof voorop dat de overeengekomen renteswap uitsluitend tot doel had renterisico's voor [Cliënt] af te dekken.

3.7 Van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende klant mag in een geval als dit worden verwacht dat hij de door hem ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, aan de bank om opheldering vraagt. De klant heeft namelijk ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt

dat hij – binnen redelijke grenzen – pogingen moet doen om zo daar behoefte aan is duidelijkheid te krijgen.

3.8 In de samenvatting van de presentatie over renterisicomanagement wordt vermeld dat ING bij de verkoop van rentederivaten een zorg- en informatieplicht heeft en dat de AFM hier nadrukkelijk toezicht op houdt.

3.9 De presentatie over renterisicomanagement bevat geen informatie over de met een renteswap gepaard gaande marginverplichtingen en allowancefaciliteit. De Productkaart vermeldt onder het kopje ‘Zekerheden’ dat ING erop dient toe te zien dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voorkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan hun actuele verplichtingen te kunnen blijven voldoen, dat de cliënt en ING hierover samen zogenaamde “margin” afspraken maken, dat indien er door marktomstandigheden een margintekort dreigt te ontstaan, ING de cliënt onverwijld hierover schriftelijk zal informeren en dat, indien zich daadwerkelijk een tekort voordoet, de cliënt maatregelen dient te nemen om dit tekort ongedaan te maken, bijvoorbeeld door het stellen van additionele zekerheden. De allowancefaciliteit wordt in dat verband, en ook niet overigens, niet genoemd. In de raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet-professionelen) gaat artikel 6 over ‘Margin’. Daarin wordt alleen geregeld dat ING van tijd tot tijd geheel of gedeeltelijk de door de cliënt bij haar aangehouden rekening(en) kan blokkeren tot het bedrag van de actuele waarde van de verplichtingen van de cliënt uit hoofde van de raamovereenkomst. De blokkade houdt in dat de cliënt niet bevoegd is gelden of effecten te onttrekken aan deze rekening(en). ING kan ook verlangen dat de cliënt een bedrag ter grootte van de actuele waarde doet bijschrijven op een aparte bij ING aan te houden margin-rekening. De allowancefaciliteit wordt in dat verband niet genoemd. De bevestiging van de swaptransactie van 22 april 2008 bevat geen enkele informatie over eventuele marginverplichtingen en de allowancefaciliteit. Het online systeem ING OTCR dat gebruikt wordt in de professionele OTC handel en waar [Cliënt] toegang toe had, verstrekt overzichten ‘Mark to Market Value (MtM) OTC Derivaties’. Die overzichten bevatten geen enkele informatie over de allowancefaciliteit. In de overzichten wordt niet gesproken over marginverplichtingen maar over ‘MtM Total Net’ (zie productie 31 bij akte inhoudende overlegging producties). Op 16 april 2008 heeft [Cliënt] een overeenkomst Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties getekend. In lid 1 van artikel 2 is bepaald dat ING aan [Cliënt] een faciliteit ter beschikking zal stellen ten bedrage van maximaal € 700.000 waarover hij kan beschikken voor het voldoen aan marginverplichtingen voortvloeiende uit met ING ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegane OTC-derivaten transacties middels de blokkade van de met de marginverplichtingen samenhangende bedragen

onder deze faciliteit. Artikel 4 bepaalt dat ING iedere werkdag de marginverplichtingen zal berekenen en indien blijkt dat de marginverplichtingen de faciliteit overschrijden, [Cliënt] onverwijld zorg dient te dragen voor het stellen van aanvullende zekerheden ter grootte van het bedrag van de overschrijding.

3.10 De genoemde stukken geven geen enkele informatie over de potentiële omvang van de marginverplichtingen en de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribor-tarief en de stijging van de marginverplichtingen. Uit de genoemde stukken blijkt evenmin dat de allowancefaciliteit ertoe strekt [Cliënt] een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van [Cliënt] boekt. Voorts is onvoldoende gesteld of gebleken dat ING die essentiële informatie aan [Cliënt] heeft verteld dan wel anderszins een inhoudelijke toelichting op die faciliteit heeft gegeven. Aangenomen moet derhalve worden dat de allowancefaciliteit geen onderdeel is geweest van de voorlichting van [Cliënt]. Zelfs in onderhavige procedures schept ING nog geen duidelijkheid over het karakter van de allowancefaciliteit. Zij noemt de allowancefaciliteit een 'kosteloos extraatje': de faciliteit is er als de cliënt er gebruik van wil maken. Dat is echter feitelijk niet juist. Gesteld noch gebleken is immers dat [Cliënt] op enig moment van deze faciliteit gebruik heeft willen maken. ING heeft daarentegen steeds eigenhandig de bedragen van de marginverplichtingen ten laste van de allowancefaciliteit geboekt zonder [Cliënt] daarover te informeren. Eerst sinds januari 2013 verstuurt ING maandelijks positieoverzichten van de renteswap aan [Cliënt]. Onder 322 van de memorie van antwoord ontkent ING nog steeds dat de allowancefaciliteit een krediettoezegging is. [Cliënt] diende zekerheden te stellen om aan zijn marginverplichtingen te voldoen. De allowancefaciliteit strekt ertoe deze gestelde zekerheden liquide te maken, aldus ING.

Het hof is van oordeel dat aldus wel degelijk sprake is van een krediettoezegging van ING. Zou dat anders zijn dan zou niet zijn voldaan aan het vereiste van artikel 86 lid 1 Bgfo. Deze bepaling brengt in dit geval mee dat [Cliënt] over voldoende saldi moet beschikken om de actuele verplichtingen die uit de renteswap voortvloeien te kunnen voldoen. Onder het begrip 'saldi' vallen aanwezige creditsaldi en beschikbare kredietruimte, maar geen zekerheden zoals pand- en hypotheekrecht. ING verhuult de gekozen constructie door te spreken over het 'liquide maken van zekerheden'. In dit geval zijn tegenover de verplichtingen op grond van de renteswap 'saldi' aanwezig op grond van een kredietfaciliteit. Dit krediet is afgedekt met de zekerheden. Daarbij moet worden bedacht dat de zekerheden niet voor de marginverplichtingen kunnen worden uitgewonnen, indien die verplichtingen niet leiden tot een vordering van ING op [Cliënt].

3.11 Uit het vorenstaande volgt dat ING in haar, ook wettelijk verankerde, informatieplicht tekort is geschoten. Het hof wijst in dat verband nog op artikel 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo waaruit volgt

dat ING voorafgaand aan het aanbieden van een renteswap aan een niet-professionele belegger zoals [Cliënt] een algemene beschrijving van de aard en risico's van renteswaps moet geven die gedetailleerd genoeg is om hem in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen. De beschrijving van de risico's omvat mede het feit dat [Cliënt] met een renteswap extra financiële en andere verplichtingen, waaronder voorwaardelijk verplichtingen zou kunnen aangaan en eventuele marge- of soortgelijke verplichtingen die van toepassing zijn op renteswaps. De documentatie schiet qua voorlichting te kort nu enkel in algemene termen over zekerheden en margin wordt gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult. De allowancefaciliteit die ING in het leven heeft geroepen om te voldoen aan de marginverplichtingen is een kredietfaciliteit, waarvoor ook de gestelde hypothecaire zekerheden kunnen worden uitgewonnen. Het is daarmee geen 'kosteloos extraatje' en ING had [Cliënt] daarover moeten informeren. Voorts is van belang dat de marginverplichtingen ook zijn bedoeld om cliënten bewust te maken van de meer verborgen en niet acuut voordoende financiële risico's van dit soort producten. ING had niet mogen volstaan met de summier schriftelijke informatie en had het belang en de functie van de allowancefaciliteit niet mogen bagatelliseren door die faciliteit als een formaliteit weg te zetten. Bovendien moet worden aangenomen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van ruim € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van [Cliënt] is verslechterd en heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag. Ook daarop had ING [Cliënt] moeten wijzen.

3.12 Vanwege de verhoging van de opslag op het 3-maands Euribor-tarief naar 3,04% is [Cliënt] op zoek gegaan naar een andere financier. In oktober 2012 heeft [Cliënt] zijn leningen bij ING afgelost en is hij bij Svenska Handelsbanken in hoofdsom € 14.152.000 gaan lenen. Svenska Handelsbanken hanteert op het 3-maands Euribor-tarief een opslag van 1,50% (zie productie 35 bij akte inhoudende overlegging producties). De overgang naar de nieuwe financier is bemoeilijkt doordat de allowancefaciliteit vanwege de marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en [Cliënt] tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen. Eerst dan zou ING de bestaande zekerheden vrijgeven. Het had op de weg van ING gelegen [Cliënt] bij het aangaan van de renteswap op die complicaties als gevolg van de daling van het 3-maands Euribor-tarief te wijzen, hetgeen zij heeft nagelaten. Dat had des te meer voor de hand gelegen, omdat ING in het door haar verstrekte informatiemateriaal de nadruk op het flexibele karakter van

de renteswap heeft gelegd en ING wist dat [Cliënt] veel waarde hechtte aan een in alle opzichten flexibele wijze van financieren.

3.13 Op grond van het vorenstaande is het hof van oordeel dat de renteswap-overeenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen. ING heeft niet tijdig de wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst meegedeeld. Dat [Cliënt] een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, wijst ook in de richting dat [Cliënt] onwetend was van deze wezenlijke kenmerken van de renteswap, waarmee hij pas na het aangaan van de renteswap, in 2012 is geconfronteerd. De grief slaagt.

3.14 In de memorie van antwoord onder 196 e.v. stelt ING dat de rechtsvordering tot vernietiging van de renteswapovereenkomst op grond van een wilsgebrek is verjaard. Volgens artikel 3:52 lid 1 BW bedraagt, kort gezegd, de verjaringstermijn van een dergelijke rechtsvordering drie jaren. [Cliënt] was méér dan drie jaren vóór 27 juni 2012, de datum van de brief waarbij de renteswapovereenkomst is vernietigd, reeds bekend met de door hem gestelde feiten en omstandigheden die hij aan zijn vorderingen en zijn beroep op bedrog, dwaling en misbruik van omstandigheden ten grondslag legt, aldus ING. [Cliënt] brengt daar in zijn pleitnota tegen in dat voor verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging een daadwerkelijke (subjectieve) bekendheid is vereist met de feiten en omstandigheden waarop het beroep op dwaling is gegrond.

Op grond van het feitenmateriaal moet worden aangenomen dat [Cliënt] geen duidelijk beeld had van de renteswap. Direct nadat [Cliënt] duidelijkheid had over de daadwerkelijke kenmerken van de renteswap, heeft hij een beroep op vernietiging vanwege dwaling gedaan. Dat was nadat de advocaat en een extern financieel adviseur van [Cliënt] een analyse voor hem hadden opgesteld over deze financieringsconstructie. ING heeft haar verjaarsverweer in dit licht onvoldoende onderbouwd. Zij heeft onvoldoende gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat [Cliënt] eerder dan 27 juni 2009 daadwerkelijk op de hoogte was van de feiten en omstandigheden die een beroep op dwaling mogelijk maakten. Met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap, met name de complicaties bij de overgang naar een nieuwe financier als gevolg van de marginverplichtingen, is [Cliënt] pas in de periode 2011/2012 bekend geworden. Het hof gaat dan ook aan het verjaarsverweer voorbij.

3.15 ING heeft een beroep gedaan op, kort gezegd, de klachtplicht, zoals verwoord in de artikelen 6:89 en 7:23 lid 1 BW, in de artikelen 12 en 13 van de algemene voorwaarden van de bank en in artikel 9 lid 3 van de algemene voorwaarden van ING REF. ING betoogt aan de hand van genoemde artikelen dat [Cliënt] niet binnen bekwame tijd na de ontdekking van het gebrek heeft geklaagd en dat dat moet

leiden tot het verval van zijn rechten. Nu [Cliënt] pas in de periode 2011/2012 bekend is geworden met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap, kan niet gezegd worden dat [Cliënt] te laat heeft geklaagd. Het beroep op de klachtplicht slaagt niet.

3.16 Grief 7 strekt onder meer ten betoge dat [Cliënt] bij een juiste voorstelling van zaken de renteswapovereenkomst niet zou hebben gesloten.

3.17 Het hof is van oordeel dat aannemelijk is geworden dat [Cliënt], indien hij wel volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het overstappen naar een andere financier, de renteswap niet zou hebben gesloten. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het uitsluitend doel van de renteswapovereenkomst de afdekking van het renterisico is en die afdekking met de renteswap maar gedeeltelijk wordt bereikt doordat de rentefixatie niet geldt voor de debetrenteopslag.

3.18 De conclusie van hetgeen hiervoor is overwogen is dat [Cliënt] de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd. De primair gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen.

3.19 Aan de buitengerechtelijke vernietiging bij brief van 27 juni 2012 komt krachtens artikel 3:53 lid 1 BW terugwerkende kracht toe. De vernietiging leidt ertoe dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd. Zij hebben wederzijds vorderingen uit onverschuldigde betaling verkregen als bedoeld in artikel 6:203 BW, ING uit hoofde van het betaalde 3-maands Euribor-tarief en [Cliënt] uit hoofde van het betaalde renteswaptarief van 4,45%. Partijen zijn het erover eens dat [Cliënt] uit hoofde van de renteswap netto € 1.352.254 (het renteswappercentage van 4,45% verminderd met het 3-maands Euribor-tarief) aan ING heeft betaald (hierna: het Nettobedrag).

3.20 ING betoogt dat zij niet verplicht kan worden om aan [Cliënt] het door hem opgeëiste Nettobedrag te betalen. Daartoe voert ING aan dat op grond van artikel 6:210 lid 2 BW de waarde van de door ING geleverde prestatie die bij nietigheid van de renteswap door [Cliënt] zal moeten worden vergoed, precies gelijk is aan het Nettobedrag dat [Cliënt] bij ING opeist. [Cliënt] betoogt dat de prestatie van ING reeds verdisconteerd is in de saldering van de betalingen die heeft geleid tot het Nettobedrag. Voor zover het hof meent dat niet het gehele Nettobedrag voor vergoeding in aanmerking komt, dient volgens [Cliënt] in ieder geval het verschil tussen de kosten van de renteswap plus de opslagen enerzijds en een veel betere en op de positie van [Cliënt] passende renteafdekking anderzijds vergoed te worden.

3.21 Artikel 6:210 lid 2 bepaalt dat, indien de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt vergoeding van de waarde van de prestatie, voor zover dit redelijk is, daarvoor in de plaats treedt, indien de ontvanger erin had toegestaan

een tegenprestatie te verrichten. In het onderhavige geval is de prestatie van ING, het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente, naar haar aard niet vatbaar voor restitutie. [Cliënt] heeft erin toestemd een tegenprestatie te verrichten, bestaande uit het betalen van de swaprente. Voorts is niet komen vast te staan dat [Cliënt] zonder de dwaling in het geheel niet zou hebben gecontracteerd. Genoemd artikel is derhalve van toepassing. Omdat in het onderhavige geval de swapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, acht het hof het niet redelijk, mocht al komen vast te staan dat de waarde van de prestatie van ING gelijk is aan het Nettobedrag, die waarde te vergoeden. Het hof acht het redelijk het (rente)bedrag dat [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteaftdeckingsvariant (rentevastlening of rentecap) die het beste bij de positie van [Cliënt] paste als de aan ING te vergoeden waarde in aanmerking te nemen. Dat bedrag komt dan in mindering op het bedrag dat [Cliënt] in totaal aan swaprente heeft betaald, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele verhogingen of verlagingen op grond van verschuldigde (rente)opslagen.

3.22 ING beroept zich ook op art. 3:53 lid 2 BW en artikel 6:278 lid 2 BW. Artikel 3:53 lid 2 BW is niet van toepassing omdat genoemd artikel vereist dat de gevolgen van de rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Die situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor omdat (de gevolgen van) de prestatie van ING naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden. Artikel 6:278 lid 2 BW is evenmin van toepassing. Op grond van het feitenmateriaal moet worden aangenomen dat [Cliënt] geen duidelijk beeld had van de renteswap en dat hij direct nadat hij duidelijkheid verkreeg over de daadwerkelijke kenmerken van de renteswap – de potentiële marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de gekozen constructie –, een beroep op vernietiging vanwege dwaling heeft gedaan (zie 3.14). Gezien het vorenstaande is, anders dan ING betoogt, niet aannemelijk dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief [Cliënt] 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven. Daarbij komt dat het Euribor-tarief reeds negen maanden na het aangaan van de renteswapovereenkomst in april 2008 beneden het renteswaptarief daalde en de vernietigingsbrief dateert van 27 juni 2012.

3.23 Alvorens verder te beslissen zal het hof partijen in de gelegenheid stellen om zich bij akte uit te laten over (de kosten van) de variant die het beste bij de positie van [Cliënt] zou hebben gepast en de hierboven uiteengezette (wijze van) berekening van de onverschuldigd betaalde bedragen. Het hof geeft partijen in overweging eerst in onderling overleg te proberen tot een vergelijk te komen. Om die reden zal het hof langere termijnen voor de te nemen ak-

ten toestaan dan volgt uit het toepasselijke procesreglement.

3.24 Ten aanzien van het gevorderde bedrag van € 88.123 voert [Cliënt] aan dat ING niet heeft meegewerkt aan de beoogde aflossingsdatum van 1 juli 2012, ondanks het feit dat in april 2012 al duidelijk was dat [Cliënt] alle leningen wilde beëindigen en laten herfinancieren door een andere bank. De leningen zijn als gevolg van de door ING gestelde voorwaarden (pas) op 16 oktober 2012 afgelost. [Cliënt] heeft hierdoor schade geleden bestaande uit het verschil tussen de financieringslasten die hij bij de nieuwe financiering zou betalen en de lasten die [Cliënt] als gevolg van het niet-meewerken door ING voor de lopende leningen aan ING heeft moeten betalen. ING betoogt dat dat zij aan het aflossen van de leningen geen voorwaarden heeft verbonden, maar dat zij in verband met de marginverplichtingen uit hoofde van de renteswap wel een voorwaarde aan het vrijgeven van de zekerheden heeft verbonden. Bovendien is ING ten tijde van de overstap naar de andere financier bijzonder coulant omgesprongen met de vergoedingen waartoe ING gerechtigd was in verband met de beëindiging van de leningovereenkomsten. Per 1 juli 2012 waren er al zes leningen geëxpireerd. Indien eindaflossing achterwege blijft, is een kredietnemer als [Cliënt] een vergoeding verschuldigd wegens vertraagde betaling. ING heeft deze vergoeding echter nooit (geheel) in rekening gebracht. Dienaangaande geldt het volgende.

3.25 Vast staat dat de aflossing van de leningen is vertraagd als gevolg van het feit dat ING de zekerheden pas wilde vrijgeven nadat [Cliënt] in verband met de allowancefaciliteit tot een bedrag van € 1.350.000 zekerheden had gesteld (een verpand creditsaldo van € 675.000 en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000). Gezien de directe samenhang van het gevorderde bedrag met de eigenschappen van de renteswap waarin [Cliënt] heeft gedwaald, komt de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking. Hetzelfde geldt voor het gevorderde bedrag van € 766 aan notariskosten die gemoeid waren met de vestiging van het tweede hypotheekrecht. Ten aanzien van de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten begroot volgens het tarief Voorwerk II heeft [Cliënt] alleen aangevoerd dat hij die kosten heeft moeten maken. Hij heeft die kosten niet toegelicht en ook geen facturen in het geding gebracht waaruit die kosten blijken. De vordering zal als onvoldoende toegelicht worden afgewezen. Ten aanzien van het gevorderde bedrag van € 10.936 ter zake van door [Cliënt] gemaakte redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid, heeft [Cliënt] in eerste aanleg alleen verwezen naar een als productie 22 bij inleidende dagvaarding overgelegde berekening. ING betwist dat de kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en dat deze redelijk zijn. [Cliënt] heeft geen facturen overgelegd en evenmin urenoverzichten aan de hand waarvan kan worden onderzocht of het redelijke kosten zijn. Nu

[Cliënt] geen facturen in het geding heeft gebracht zal de vordering als onvoldoende toegelicht worden afgewezen.

3.26 Zoals hiervoor al is overwogen zal het hof de zaak aanhouden om partijen de gelegenheid te geven tot een begroting van de schade van [Cliënt] te komen.

3.27 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

4 Beslissing

Het hof:

wijst de zaak naar de rol van 10 november 2015 voor akte aan de zijde van [Cliënt] tot het hiervoor in r.o. 3.23 aangegeven doel;

bepaalt dat de zaak vanaf de rol waarop de hiervoor genoemd akte is genomen voor de duur van 8 weken zal worden aangehouden voor antwoordakte aan de zijde van ING;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (tussenarrest 15 november 2016):

2 De verdere beoordeling

2.1 Het hof blijft bij en bouwt hierna voort op hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist.

2.2 In het tussenarrest onder 3.21 is overwogen dat – in verband met de waarde van de prestatie die ING zonder rechtsgrond heeft verricht (art. 6:210 lid 2 BW) – het hof het redelijk acht dat het (rente)bedrag dat [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdekkingvariant (rentevastlening of rentecap) die het beste bij de positie van [Cliënt] paste als de aan ING te vergoeden waarde in aanmerking te nemen. Dat bedrag komt dan in mindering op het bedrag dat [Cliënt] in totaal aan swaprente heeft betaald, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele verhogingen of verlagingen op grond van verschuldigde (rente)opslagen. Alvorens verder te beslissen heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over (de kosten van) de variant die het beste bij de positie van [Cliënt] zou hebben gepast en de uiteengezette (wijze van) berekening van de onverschuldigd betaalde bedragen.

2.3 [Cliënt] stelt allereerst dat ING ten onrechte als voorwaarde heeft gesteld dat de helft van het renterisico op enigerlei wijze werd afgedekt. In dat verband wijst hij naar zijn grief 8 die daarop betrekking heeft en waarover het hof zich nog niet expliciet heeft uitgelaten.

2.4 De grief faalt. In het licht van het feit dat ING in de offerte van 18 april 2008 als voorwaarde voor het aangaan van de nieuwe lening heeft opgenomen dat het renterisico op de nieuwe en de bestaande geldleningen (met een gezamenlijke waarde van € 13,534 miljoen) voor een bedrag van € 6,75 wordt afgedekt (productie 1 inleidende dagvaarding) en dat de afdeling Risk Management van ING, en niet een commerciële afdeling, bij besluit van 16 april 2008 die voorwaarde aan de fiatting van de nieuwe lening heeft verbonden, heeft [Cliënt]

onvoldoende toegelicht dat ING die voorwaarde niet had mogen stellen. Nu het hof in het tussenarrest heeft geoordeeld dat [Cliënt] de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd, heeft [Cliënt] geen belang bij zijn stelling dat ING bij het afsluiten van de renteswapovereenkomst misbruik van omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 lid 3 BW heeft gemaakt; hij heeft ter zake geen (andere) schadevergoeding gevorderd.

2.5 Voorts stelt [Cliënt] in de akte na tussenarrest dat een rentecap in 2008 voor hem het meest geschikte product was ter afdekking van het renterisico. Het hof volgt ING in haar standpunt dat een rentevastlening het beste bij [Cliënt] zou hebben gepast. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat [Cliënt] in de processtukken die hij vóór het tussenarrest heeft ingediend, steeds heeft gesteld dat ING hem had moeten adviseren een rentevastlening af te sluiten. Het hof wijst op § 87 van de inleidende dagvaarding, waarin [Cliënt] schrijft: “Nu ING zowel verstrekker van de geldleningen als verkoper van de SWAP is had het voor de hand gelegen dat zij een eenvoudige financiering met een looptijd van 7 jaar met een vaste rente en een vaste renteopslag had geadviseerd (...). Bovendien was een vaste rentelening ook logischer aangezien de geldmarktrente op dat moment hoger was dan de kapitaalmarktrente (de 7-jaars *interest rate swap* bedroeg immers 4,45%, terwijl de 3-maands Euribor op 1 april 2008 al 4,731% bedroeg). ING had de geldlening derhalve voor 7 jaar tegen een vaste rente, met voor de gehele looptijd vaste opslag, kunnen aanbieden zonder gebruik te maken van de SWAP”. Verder wijst het hof op § 88, § 105 en § 153 van de inleidende dagvaarding alsmede op productie 7, een brief van [Cliënt] aan ING van 27 juni 2012 en de bijlage bij die brief en productie 21 bij de inleidende dagvaarding alsmede op § 59 van de Memorie van grieven.

2.6 [Cliënt] stelt dat hij, gezien de gemiddelde looptijd van de leningportefeuille van de afgelopen jaren en de lengte van de rentevastperiode in twee eerdere gevallen, in het onderhavige geval gekozen zou hebben voor een rentevastperiode van maximaal drie jaar. Nu [Cliënt] echter in het onderhavige geval gekozen heeft voor een afdekking van het renterisico voor een periode van zeven jaar en hij in eerdere gedingstukken heeft gesteld dat ING hem een rentevastlening met een looptijd van zeven jaar had moeten adviseren, gaat het hof uit van een rentevastperiode van zeven jaar.

2.7 Het ligt niet voor de hand dat [Cliënt], al dan niet gefaseerd, rentevastleningen tot een bedrag van € 10 miljoen zou hebben afgesloten. Gezien het vereiste dat 50% van het renterisico werd afgedekt, ligt het voor de hand dat [Cliënt] gefaseerd rentevastleningen tot € 6,75 miljoen zou hebben afgesloten.

Voor zover [Cliënt] bij akte na tussenarrest stelt dat de leningportefeuille € 12,875 miljoen bedroeg in plaats van € 13,5 miljoen gaat het hof daaraan voorbij. Bijlage 1 bij het rapport van ([B] van)

Cadension bevat een overzicht van de leningportefeuille van [Cliënt] bij ING. Indien uitgegaan worden van de leningen die in april 2008 aan [Cliënt] waren verstrekt, inclusief de lening van € 5,25 miljoen, komt het hof op een totale hoofdsom van € 14,125 miljoen. Uit het staatje op bladzijde 1 van het rapport van Cadension volgt dat de lening met hoofdsom van € 1,25 miljoen en een looptijd van 5 jaar, met als startdatum 1 april 2006 niet is meegeteld. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom die lening er buiten is gelaten. Het verschil tussen de totale hoofdsom € 14,125 miljoen en het bedrag van € 13,5 miljoen dat ING hanteert, kan worden verklaard door aflossingen op de hoofdsom.

2.8 Indien de kosten van een rentevastlening worden vergeleken met de kosten van een renteswap moet het totaal betaalde bedrag aan swaprente worden verhoogd met alle door [Cliënt] op zijn Euribor-leningen bij ING en Svenska Handelsbanken betaalde (debetrente)opslagen. Die bijtelling is nodig omdat bij een rentevastlening alle (debetrente)opslagen in het vaste rentetarief zijn verwerkt. Met het totaalbedrag aan Euribor-rente dat [Cliënt] van ING heeft ontvangen behoeft geen rekening te worden gehouden, omdat dat wegvalt tegen het totaal bedrag aan Euribor-rente dat [Cliënt] op de leningen bij ING en Svenska Handelsbanken heeft betaald.

2.9 Partijen zijn het erover eens dat [Cliënt], zoals ook blijkt uit bijlage 2 bij het rapport van Cadension, in totaal een bedrag van € 3.161.972 aan swaprente heeft betaald. Wat betreft het bedrag aan (debetrente)opslagen dat [Cliënt] heeft betaald, geldt het volgende. In bijlage 2 heeft Cadension het bedrag dat [Cliënt] aan opslagen aan ING heeft betaald berekend op € 791.081. Zij gaat de eerste vier kwartalen uit van een opslag van 0,93%; dat moet echter 0,83% zijn (zie productie 9 bij conclusie van antwoord). Het hof heeft berekend dat die correctie ertoe leidt dat genoemd bedrag met € 10.194 moet worden verminderd. Cadension houdt ten onrechte geen rekening met de opslag van 1,50% die [Cliënt] (zie inleidende dagvaarding onder 55), naar het hof als onweersproken aanneemt, tot het einde van de looptijd van de renteswapovereenkomst, gedurende 10 kwartalen, aan Svenska Handelsbanken heeft betaald. Bij de renteberekening wordt de maand op het juiste aantal dagen gesteld en het jaar op 360 dagen, ook aangeduid als 360/actual. Het hof heeft berekend dat [Cliënt] gedurende die periode, 913 dagen (zo volgt uit bijlage 2 bij het rapport van Cadension) à € 416,67 per dag (1,5% van € 10 miljoen gedeeld door 360), in totaal € 380.420 aan opslagen aan Svenska Handelsbanken heeft betaald. In totaal heeft [Cliënt] gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst een bedrag van $(€ 791.081 - € 10.194 + € 380.420 =) € 1.161.307$ aan opslagen betaald.

2.10 Volgens ING zou [Cliënt] in mei 2008 voor een lening met een rentevastperiode van zeven jaar een tarief van (inclusief debetrenteopslag) 5,9% of 6,0% hebben moeten betalen. Uitgaande van het

swaprentetarief van 4,45%, blijktens productie 6 bij inleidende dagvaarding was de transactiedatum 22 april 2008, betekent dat dat ING een tarief hanteert voor een vaste renteperiode dat 1,45% of 1,55% hoger is dan het renteswaptarief, hetgeen in het licht van de offerte van 28 maart 2008 (productie 41 bij memorie van grieven tevens wijziging van eis) niet aannemelijk is. In het kader van de verlenging van een lening heeft ING daarin voor een rentevastperiode van zeven jaar, ingaande 1 april 2008, een tarief van 5,39% geoffreerd, 0,67% boven het dan geldende driemaands Euribor-tarief van 4,72%, dat ook uit die offerte volgt. In de offerte van 28 maart 2008 wordt bij het driemaands Euribor-tarief met een looptijd van een jaar een opslag van 0,91% gehanteerd en in mei 2008 is voor het driemaands Euribor-tarief met dezelfde looptijd een (lagere) opslag van 0,83% overeengekomen. Gezien het vorenstaande is er geen aanleiding in mei 2008 voor de vaste renteperiode uit te gaan van een tarief dat meer dan 0,67% hoger is dan het driemaands Euribor-tarief. Op 2 mei 2008 was het driemaands Euribor-tarief 4,855%, zo is het hof uit eigen wetenschap bekend. Indien wordt uitgegaan van het driemaands Euribor-tarief op 2 mei 2008 en het genoemde verschil van 0,67% resulteert dat in een rentevasttarief van, afgerond 5,53%, 1,08% boven het swaprentetarief van 4,45%, hetgeen het hof wel aannemelijk voorkomt. Het hof zal, gelet hierop, hierna in zijn berekening een rentevasttarief van 5,53% hanteren.

2.11 Indien uitgegaan wordt van een lening met een rentevastperiode van zeven jaar moet nog worden beslist of [Cliënt] direct een rentevastlening van € 6,75 miljoen zou hebben afgesloten of gefaseerd, direct een rentevastlening van € 5,25 miljoen en de overige € 1,5 miljoen bij de herfinanciering van zijn bestaande leningen. Gezien de wijze waarop [Cliënt] steeds heeft gefinancierd, is aannemelijk dat hij voor de gefaseerde variant zou hebben gekozen. Uit het overzicht in § 107 van de antwoordakte na tussenarrest volgt dat de lening van € 1.049.000 kort na 1 april 2008 is omgezet in een rentevastlening. Uit het bedrag van € 318.983 dat na de omzetting in een rentevastlening aan swaprente is betaald, volgt namelijk dat binnen drie maanden na 2 mei 2008 de omzetting heeft plaatsgevonden. Indien de gehele periode van 7 jaar over het bedrag van € 1.049.000 de swaprente van 4,45% zou zijn betaald, zou dat uitgekomen zijn op (2558 dagen [de som van de kolom 'Dagen' in bijlage 2 bij het rapport van Cadension] à € 129,67 per dag (4,45% van € 1.049.000 gedeeld door 360) =) € 331.696. € 318.983 is 97% van € 331.696 en 97% van $(7 \times 12 =) 84$ maanden is (afgerond) 81 maanden. Gezien die uitkomst zal het hof in zijn berekening ervan uitgaan dat het bedrag van € 1.049.000 ook op 2 mei 2008 is omgezet in een rentevastlening. Uit het eerdergenoemde overzicht in § 107 in samenhang met het overzicht in § 101 van de antwoordakte na tussenarrest volgt dat het bedrag van € 451.000 (leningsnummer 1003388) op 1 april 2009 had moeten

worden omgezet in een rentevastlening. Zoals [Cliënt] in zijn pleitnotitie in hoger beroep terecht aanvoert, was de rentestand in april 2009 zeer veel lager dan in april 2008. Uit eigen wetenschap is het hof bekend dat op 1 april 2009 het driemaands Euribor-tarief 1,498% bedroeg. Gezien de sterke daling van het Euribor-tarief is niet aannemelijk dat ING op 1 april 2009 van [Cliënt] zou hebben verlangd dat hij voor het bedrag van € 451.000 alsnog een rentevastlening zou afsluiten. Het voorgaande betekent dat het hof in zijn berekening ervan uitgaat dat [Cliënt] in plaats van een renteswap van € 10 miljoen direct een rentevastlening van (afgerond) € 6,3 miljoen zou zijn aangegaan en € 3,7 miljoen variabel zou hebben gefinancierd. Voor een rentevastlening van € 6,3 miljoen zou [Cliënt] gedurende 7 jaar en uitgaande van een rentepercentage van 5,53% op basis van 360/actual in totaal (2558 dagen à € 967,75 per dag (5,53% van € 6,3 miljoen gedeeld door 360) =) € 2.475.505 aan rente hebben betaald. [Cliënt] is voor een krediet van € 10 miljoen een bedrag aan Euribor-rente verschuldigd geweest van € 838.243 (zie bijlage 2 bij het rapport van Cadensio, kolom 'Euribor'). Voor het bedrag van € 3,7 miljoen zou [Cliënt] gedurende 7 jaar 37% van € 838.243 = € 310.150 aan Euribor-rente hebben betaald.

2.12 Vervolgens moet worden geschat welk bedrag aan opslagen [Cliënt] over het bedrag van € 3,7 miljoen aan ING zou hebben moeten betalen. Daarmee ligt de vraag voor of als gevolg van de gekozen constructie van de renteswap met de allowancefaciliteit [Cliënt] een hoger bedrag aan opslag in rekening is gebracht dan zonder die constructie het geval zou zijn geweest. ING stelt dat zij bij het berekenen van de opslagen geen rekening heeft gehouden met de allowancefaciliteit. Bij het bepalen van het risicoprofiel baseert ING zich onder andere op de loan-to-value (hierna: LTV). De LTV-ratio geeft inzicht in de verhouding tussen uitstaande leningen en onroerend goed. De LTV van [Cliënt] bedroeg in 2008 76%. De omvang van zijn leningportefeuille bedroeg € 13,53 miljoen, de waarde van zijn investeringen € 17,823 miljoen. Met de allowancefaciliteit van € 700.000 is op geen enkele wijze rekening gehouden, aldus ING in § 72 van de antwoordakte na tussenarrest.

2.13 Dienaangaande geldt het volgende. De opslag bestaat uit de debiteurenopslag en de liquiditeitsopslag. De debiteurenopslag dient om ING te compenseren voor het kredietrisico dat zij op [Cliënt] loopt. De liquiditeitsopslag ziet op de *funding* kosten van ING (zie memorie van antwoord onder 44 en 45). De debiteurenopslag is gestegen van 0,73% in april 2008 (zie productie 9 bij conclusie van antwoord) naar 1,65% in mei 2012 (zie memorie van antwoord onder 297). ING geeft geen enkel inzicht in de reden(en) van die (sterke) stijging. (De liquiditeitsopslag is in dezelfde periode ook (sterk) gestegen van 0,10% naar 1,39%.) Uit de brief van ING van 25 juli 2012 (productie 17 bij conclusie van antwoord) volgt dat de door [Cliënt] ten gunste van ING

gestelde zekerheden ook gelden voor de verplichtingen onder de allowancefaciliteit. Toen vanwege de negatieve waarde van de rentswap de allowancefaciliteit moest worden aangesproken en zelfs moest worden verhoogd, zal de verhouding tussen de uitstaande kredieten (inclusief het uitstaande bedrag onder de allowancefaciliteit) en de waarde van de zekerheden zijn verslechterd en het kredietrisico op [Cliënt] zijn toegenomen. Indien [Cliënt] op enig moment jegens ING niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen, zou ING immers ook het uitstaande bedrag onder de allowancefaciliteit op de zekerheden willen verhalen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat die verslechteringen geen enkele invloed heeft gehad op de hoogte van de debiteurentoeslag.

2.14 Indien uitgegaan wordt van het totale bedrag van € 1.161.307 (zie 2.9) dat [Cliënt] aan opslagen heeft betaald, zou hij over het bedrag van € 3,7 miljoen (37% van € 1.161.307 =) € 429.684 aan opslagen hebben betaald. Het hof neemt aan dat, indien ING, zoals zij stelt, in de situatie zonder swapovereenkomst en allowancefaciliteit de (debiteuren)opslagen op dezelfde wijze zou hebben verhoogd als in de onderhavige situatie, [Cliënt] de € 3,7 miljoen ook zou hebben gefinancierd bij Svenska Handelsbanken. Indien ING in de situatie zonder swapovereenkomst en allowancefaciliteit de opslagen minder zou hebben verhoogd, is aannemelijk dat [Cliënt] met zijn leningen bij ING zou zijn gebleven. Het hof neemt aan dat in die situatie [Cliënt] ongeveer hetzelfde bedrag aan opslagen zou hebben betaald als bij Svenska Handelsbanken. Met een hoger dan wel lager bedrag aan opslagen behoeft derhalve geen rekening te worden gehouden.

2.15 Uit het voorgaande volgt dat [Cliënt] in de situatie zonder swapovereenkomst in totaal aan vaste rente (€ 2.475.505), Euribor-rente (€ 310.150) en opslagen (€ 429.684) een bedrag van € 3.215.339 aan ING zou hebben betaald. [Cliënt] heeft in de situatie met swapovereenkomst in totaal € 3.161.972 aan swaprente betaald en in totaal € 1.161.307 aan opslagen, hetgeen neerkomt op een totaal bedrag van € 4.323.279. Daaruit volgt dat [Cliënt] uit onverschuldigde betaling een vordering van € 4.323.279 - € 3.215.339 = € 1.107.940 op ING heeft.

2.16 Gezien het hiervoor overwogene zijn bij de berekeningen van [Cliënt] (zie het rapport van Cadensio onder Scenario C) de volgende kanttekeningen te plaatsen. [Cliënt] gaat uit van een lening van € 5,25 miljoen met een looptijd van 3 jaar en een rentevasttarief van 4,37% (exclusief vaste opslag). Bij de financiering van de overige € 4,75 miljoen tegen driemaands Euribor-tarief houdt [Cliënt] alleen rekening met de opslagverhogingen en niet met alle opslagen inclusief de opslagen die hij aan Svenska Handelsbanken heeft betaald. [Cliënt] ziet eraan voorbij dat bij de kosten van de renteswap geen rekening mag worden gehouden met het bedrag dat aan Euribor-rente is betaald. Dat bedrag valt immers weg tegen het bedrag dat [Cliënt] onder de renteswap aan Euribor-rente heeft ontvangen.

2.17 Bij de berekeningen van ING zijn de volgende kanttekeningen te plaatsen. ING hanteert voor het rentetarief van een rentevastlening het swaprentetarief van 4,45% en haakt wat betreft de te hanteren (vaste) opslag aan bij de (variabele) opslag die [Cliënt] op het driemaands Euribor-tarief heeft moeten betalen, met een correctie van (afgerond) € 22.071. Zij gaat er ten onrechte aan voorbij dat [Cliënt], indien hij een rentevastlening zou hebben afgesloten, niet te maken zou hebben gehad met een variabele opslag van gemiddeld 1,66%, (aan opslagen is betaald € 1.161.307 (zie 2.9), dat is per jaar (€ 1.161.307 gedeeld door zeven =) € 165.901 en dat is (afgerond) 1,66% van € 10 miljoen), maar met een vaste opslag van 1,08% boven het renteswaptarief, zo heeft het hof berekend (zie 2.10). ING neemt in haar nadeel niet in haar berekening mee dat, indien [Cliënt] voor een lager bedrag dan € 10 miljoen een rentevastlening aangaat, bijvoorbeeld voor een bedrag van € 6,75 miljoen, hij over een bedrag van € 3,25 miljoen het driemaands Euribor-tarief met opslagen zou hebben betaald (zie antwoordakte na tussenarrest 104 e.v.).

2.18 De kosten van de deskundige Cadension die [Cliënt] heeft ingeschakeld ten behoeve van de vaststelling van het bedrag dat [Cliënt] onverschuldigd aan ING heeft betaald komen voor vergoeding in aanmerking. Gesteld noch gebleken is dat de met een factuur onderbouwde kosten van € 7.846,85 niet redelijk zouden zijn.

2.19 ING is wettelijke rente verschuldigd vanaf de datum waarop ING jegens [Cliënt] in verzuim is. Nu ING niet te kwader trouw is in de zin van artikel 6:205 BW, is om het verzuim te doen intreden een ingebrekestelling vereist. Nu [Cliënt] niet heeft gesteld dat hij ING in gebreke heeft gesteld en ING de buitengerechtelijke vernietiging van de renteswap-overeenkomst bij brief van 27 juni 2012 niet heeft behoeven te begrijpen als een ingebrekestelling, is ING wettelijke rente verschuldigd vanaf de datum van de inleidende dagvaarding, 14 december 2012.

2.20 Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten over de wijze waarop het hof het bedrag heeft begroot dat [Cliënt] (per saldo) onverschuldigd aan ING heeft betaald, eerst [Cliënt] en dan ING.

2.21 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

3 Beslissing

Het hof:

wijst de zaak naar de rol van 13 december 2016 voor akte aan de zijde van [Cliënt] tot het hiervoor in r.o. 2.20 aangegeven doel;
houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (eindarrest):

2 De verdere beoordeling

2.1 Het hof blijft bij en bouwt hierna voort op hetgeen in het tussenarrest is overwogen en beslist.

2.2 In het derde tussenarrest heeft het hof een voorzet gegeven voor de berekening van de vorderingen die partijen over en weer uit hoofde van onverschuldigde betaling op elkaar hebben, ter begroting van het bedrag dat ING, na verrekening van haar vordering uit hoofde van art. 6:210 lid 2 BW op [Cliënt], aan [Cliënt] moet (terug)betalen.

Het hof heeft beslist dat voor de afdekking van het renterisico een rentevastlening het beste bij [Cliënt] zou hebben gepast, waarbij uitgegaan is van een hoofdsom van € 6,3 miljoen, een rentevastperiode van zeven jaar en een rentevasttarief van 5,53%. Het hof heeft geen rekening gehouden met tussentijdse aflossingen op de rentevastlening. Daarvan uitgaande heeft het hof berekend dat [Cliënt] in de situatie zonder swapovereenkomst in totaal aan vaste rente (€ 2.475.505), Euriborrente (€ 310.150) en opslagen (€ 429.684) een bedrag van € 3.215.339 aan ING zou hebben betaald. [Cliënt] heeft in de situatie met swapovereenkomst in totaal een bedrag van € 3.161.972 aan swaprente betaald en in totaal € 1.161.307 aan opslagen, dat is samen een bedrag van € 4.323.279. De vordering die [Cliënt] uit onverschuldigde betaling op ING heeft, beloopt daarvan uitgaande een bedrag van € 4.323.279 - € 3.215.339 = € 1.107.940 (zie het derde tussenarrest onder 2.15).

Vervolgens heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de wijze waarop het hof het bedrag heeft begroot dat [Cliënt] (per saldo) onverschuldigd aan ING heeft betaald.

2.3 In hetgeen [Cliënt] in zijn akte na het derde tussenarrest onder 42 e.v. naar voren brengt ziet het hof geen aanleiding terug te komen op zijn beslissing dat [Cliënt] zijn stelling, dat ING ten onrechte de voorwaarde tot afdekking van het renterisico heeft gesteld, onvoldoende heeft toegelicht. Het enkele feit dat in de interne stukken van ING die [Cliënt] heeft mogen inzien een analyse van het renterisico dat hij kan dragen zou ontbreken, maakt niet dat de afdeling Risk Management van ING aan de flattering van de lening tot een bedrag van € 6,75 miljoen niet de voorwaarde van renteafdekking had mogen verbinden. Dat het op 19 december 2017 definitief vastgestelde 'Uniform Herstelkader Rentederivaten' (hierna: het Herstelkader), in geval van verplichte renteafdekking wel verlangt dat een dergelijke analyse in het interne dossier aanwezig is maakt dat niet anders, reeds niet omdat, zo staat in het Herstelkader, die voorwaarde enkel in de context van het Herstelkader gelezen dient te worden en daaraan geen materieelrechtelijke werking kan worden toegekend.

2.4 Het hof ziet geen aanleiding terug te komen op zijn beslissing dat een rentevastlening ter afdekking van het renterisico het beste bij [Cliënt] zou hebben gepast. Dat [Cliënt], zoals hij in zijn akte na het derde tussenarrest onder 8 aanvoert, in §109 van de memorie van grieven opmerkt dat hij 'ongetwijfeld gekozen [zou] hebben voor de meest flexibele variant van de diverse opties, hetgeen vermoedelijk de cap variant zou zijn geweest' en in § 57 van de pleitnota in hoger beroep naast de rentevastle-

ning ook de rentecap noemt, is in het licht van zijn uitlatingen waarnaar het hof in het derde tussenarrest onder 2.6 verwijst, ontoereikend.

2.5 [Cliënt] voert aan dat het hof bij de berekening geen rekening heeft gehouden met de aflossingen op de leningen waarvan de rente vast zou worden gezet om te voldoen aan de voorwaarde van ING tot renteafdekking. Alle leningen voorafgaand aan de lening van € 5,3 miljoen hadden een verplichting tot aflossing. Bij afwezigheid van een renteswap mag aangenomen worden dat alsnog tot een reguliere aflossing van 1% per jaar zou zijn besloten, zoals deze ook in 2011 uiteindelijk is opgenomen, aldus [Cliënt]. Bij het door het hof gehanteerde rentevasttarief van 5,53% zou rekening houdend met de aflossing van 1% per jaar in totaal € 2.364.933 in plaats van € 2.475.505 aan vaste rente zijn betaald (zie blz. 3 van productie 47). ING betwist dat in de hypothetische situatie een aflossingsverplichting zou zijn overeengekomen. Zij voert in dat verband aan dat in de Euriborlening van € 5,25 miljoen ook geen aflossingsverplichting was opgenomen.

Het hof gaat ervan uit dat, gezien de gewenste hoogte van de afdekking van het renterisico, waarin past dat in de Euriborlening van € 5,25 miljoen geen aflossingsverplichting was opgenomen, ING aan [Cliënt] in de hypothetische situatie van een rentevastlening ook geen aflossingsverplichting zou hebben opgelegd.

2.6 Ten aanzien van het door het hof gehanteerde rentetarief van 5,53% merkt [Cliënt] op dat uitgaan moet worden van 5,62%. ING houdt vast aan haar eerdere betoog dat de vaste rente tussen 5,9 en 6,0% zou hebben gelegen en dat [Cliënt] deze percentages aanvankelijk ook niet heeft bestreden. Zij voert in aanvulling daarop nog aan dat ING met ingang van 1 april 2008 de hogere liquiditeitsopslagen, waarvoor zij in de eerdere offerte waarop het hof zijn berekening heeft gebaseerd, al waarschuwde heeft doorberekend in de klanttarieven. Voor een vaste rente voor een periode van 7 jaar betekende dit een liquiditeitsopslag van 0,40%. Tevoren gold daarvoor een liquiditeitsopslag van gemiddeld ongeveer 0,125%. Het ging dus om een verhoging per 1 april 2006 van $(0,40 - 0,125 =) 0,275\%$. Uitgaande van het door het hof gehanteerde tarief van 5,53% leidt dat tot een rentevasttarief van 5,805% en uitgaande van het door [Cliënt] gehanteerde tarief van 5,62%, waarin geen rekening is gehouden met de verhoging van de liquiditeitsopslag van € 0,275, leidt dat tot een rentevasttarief van 5,895%. In het licht van de redenering van het hof en van de stellingen van [Cliënt] is het door ING gestelde en niet door [Cliënt] bestreden percentage van 5,95% dus alleszins realistisch, aldus ING.

Het hof acht dit betoog overtuigend en zal ING daarin volgen. Uitgaande van een rentevasttarief van 5,95% zou [Cliënt] in de hypothetische situatie $(€ 2.475.505 : 5,53) \times 5,95 =) € 2.663.518$ aan vaste rente hebben betaald.

2.7 ING verzoekt het hof terug te komen op zijn bindende eindbeslissing dat [Cliënt] in de hypo-

thetische situatie een rentevastlening van € 6,3 miljoen zou zijn aangegaan. ING leidt uit het feit dat [Cliënt] een renteswap van € 10 miljoen is aangegaan af dat [Cliënt] in de hypothetische situatie een rentevastlening van ook € 10 miljoen zou zijn aangegaan.

Dienaangaande geldt het volgende. In het tweede tussenarrest onder 3.14 heeft het hof overwogen dat het feit dat [Cliënt] een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, erop wijst dat [Cliënt] onwetend was van de wezenlijke kenmerken van de renteswap. Om die reden is het niet juist in de hypothetische situatie, al dan niet gefaseerd, uit te gaan van een rentevastlening van € 10 miljoen. Het argument van ING dat [Cliënt] voor € 3,75 miljoen alsnog zou profiteren van de daling van de Euriborrente hoewel de door hem gestelde dwaling daarop nooit betrekking heeft gehad, snijdt geen hout, omdat de gehele renteswap onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en dus moet worden weggedacht. Daarvan uitgaande moet worden ingeschat wat [Cliënt] in de hypothetische situatie zou hebben gedaan. Dat hij in die situatie gekozen zou hebben voor afdekking van het renterisico met een rentevastlening voor een hoger bedrag dan ING van hem eiste, acht het hof gezien de wijze waarop hij steeds heeft gefinancierd niet aannemelijk.

2.8 Het hof heeft in het derde tussenarrest onder 2.11 als volgt overwogen. Uit het eerdergenoemde overzicht in § 107 in samenhang met het overzicht in § 101 van de antwoordakte na tussenarrest volgt dat het bedrag van € 451.000 (leningnummer [leningnummer]) op 1 april 2009 had moeten worden omgezet in een rentevastlening. Zoals [Cliënt] in zijn pleitnotitie in hoger beroep terecht aanvoert, was de rentestand in april 2009 zeer veel lager dan in april 2008. Uit eigen wetenschap is het hof bekend dat op 1 april 2009 het driemaands Euribor-tarief 1,498% bedroeg. Gezien de sterke daling van het Euribor-tarief is niet aannemelijk dat ING op 1 april 2009 van [Cliënt] zou hebben verlangd dat hij voor het bedrag van € 451.000 alsnog een rentevastlening zou afsluiten".

Uit genoemde overzichten heeft het hof afgeleid dat de lening met leningnummer [leningnummer] op 1 april 2009 moest worden geherfinancierd, en dat in de hypothetische situatie dat het moment zou zijn waarop die lening omgezet zou kunnen in een rentevastlening. Voor zover ING de overwegingen van het hof in § 51 e.v. van haar antwoordakte anders uitlegt, gaat het hof daaraan voorbij.

2.9 ING betoogt dat hoe lager de rentestand op een bepaald moment is, hoe groter de kans dat de rente na dat moment gaat stijgen en hoe meer aanleiding er voor de kredietnemer is om zich tegen dat risico in te dekken. Om die reden meent ING dat het oordeel van het hof onjuist is dat ING op 1 april 2009 niet van [Cliënt] zou hebben verlangd dat hij alsnog een rentevastlening zou afsluiten.

Het hof acht niet aannemelijk dat ING in de hypothetische situatie van [Cliënt] zou hebben ver-

langd een rentevastlening van in hoofdsom € 451.000 aan te gaan. Enerzijds niet, omdat als gevolg van de sterke daling van het Euribor-tarief, van 4,72% op 1 april 2008 (tweede tussenarrest onder 2.10) naar 1,498% op 1 april 2009 (tweede tussenarrest onder 2.11), een daling van 3,222%, de rentelasten van de Euribor-leningen van in totaal (€ 13,5 miljoen - € 6,3 miljoen =) € 7,3 miljoen aanzienlijk zouden zijn gedaald en anderzijds niet, omdat onvoldoende gesteld of gebleken is dat de kans dat het Euribor-tarief snel weer zou gaan stijgen begin april 2009 reëel was. In dat verband is nog van belang dat op 1 april 2009 het variabele tarief (1,498% (Euribor-tarief) + 0,83% (opslag) =) 2,328% bedroeg en [Cliënt] een vaste rente van 5,11%, meer dan het dubbele van 2,328%, zou hebben moeten betalen, zo volgt uit de tabel in § 81 van de antwoordakte.

2.10 Hetgeen partijen verder nog hebben aangevoerd, brengt geen wijziging in hetgeen het hof in het derde tussenarrest heeft overwogen en beslist.

2.11 Uit het hiervoor in 2.5 overwogene volgt dat het hof zijn berekening van het bedrag dat ING aan [Cliënt] dient (terug) te betalen moet corrigeren, in die zin dat uitgaande van een rentevasttarief van 5,95% [Cliënt] in de hypothetische situatie ((€ 2.475.505 : 5,53) x 5,95 =) € 2.663.518 aan vaste rente zou hebben betaald in plaats van € 2.475.505. Hetgeen partijen verder naar voren hebben gebracht, geeft het hof geen aanleiding zijn berekeningen te herzien. Dat betekent dat [Cliënt] in de hypothetische situatie in totaal aan vaste rente (€ 2.663.518), Euriborrente (€ 310.150) en opslagen (€ 429.684) een bedrag van € 3.403.352 aan ING zou hebben betaald. [Cliënt] heeft in de situatie met swapovereenkomst in totaal een bedrag van € 4.323.279 aan ING betaald. Daaruit volgt dat [Cliënt] uit onverschuldigde betaling een vordering van € 4.323.279 - € 3.403.352 = € 919.927 op ING heeft. Het hof zal dat bedrag toewijzen met de wettelijke rente vanaf 14 december 2012, de datum van de inleidende dagvaarding. In het tweede tussenarrest is reeds beslist dat het bedrag € 88.123 evenals het bedrag van € 766 aan notariskosten toewijsbaar is en in het derde tussenarrest dat ook de kosten van de deskundige ten bedrag van € 7.846,85 voor vergoeding in aanmerking komen. De wettelijke rente is steeds verschuldigd vanaf 14 december 2012. De gevorderde verklaring voor recht zal als na te melden worden toegewezen. Beide partijen hebben bewijsaanbiedingen gedaan. Nu door hen echter geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zullen de bewijsaanbiedingen worden gepasseerd. Mede in dat licht heeft [Cliënt] onvoldoende belang bij zijn incidentele vordering tot afgifte of overlegging van bescheiden, zodat die vordering zal worden afgewezen.

2.12 ING zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties, met rente.

3 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank van 27 november 2013;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de renteswapovereenkomst op grond van dwaling buitengerechtelijk is vernietigd;

veroordeelt ING om aan [Cliënt] te betalen € 919.927 uit hoofde van onverschuldigde betaling, € 88.123 en € 766 uit hoofde van schadevergoeding en € 7.846,85 ter zake van kosten deskundige, alle bedragen steeds te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 december 2012 tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt ING in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van [Cliënt] gevallen en begroot die kosten in eerste aanleg op € 1.566,17 aan verschotten en € 5.160 voor salaris en in hoger beroep op € 1.694,80 aan verschotten en € 20.610 voor salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na betekening van dit arrest zijn voldaan;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het anders of meer gevorderde.

Principaal cassatiemiddel:

ING voert tegen de hiervoor vermelde arresten het volgende middel van cassatie aan:

schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het gerechtshof recht heeft gedaan op de wijze als in het dictum van die arresten is omschreven en op de gronden die in het lichaam van de arresten zijn vermeld, dit om de volgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen.

Onderdeel 1

Het hof oordeelt in rov. 3.10 tot en met 3.13 van het Tweede Tussenarrest dat de renteswapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen. ING heeft volgens het hof [Cliënt] niet tijdig de wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst meegedeeld. Daartoe overweegt het hof kort samengevat als volgt.

(i) ING heeft [Cliënt] niet de essentiële kenmerken van de allowancefaciliteit meegedeeld. Deze faciliteit behelst een krediettoezegging ten laste waarvan ING de bedragen van de marginverplichtingen heeft geboekt zonder [Cliënt] daarover te informeren. Dit krediet is afgedekt met de door [Cliënt] aan ING verstrekte zekerheden. Zou geen sprake zijn van een krediettoezegging, dan zou niet zijn voldaan aan het vereiste van art. 86 lid 1 Bgfo. ING is aldus tekort geschoten in haar, onder andere in art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo, verankerde wettelijke informatieplicht, waaruit volgt dat ING voorafgaand aan het aanbieden van een renteswap aan een niet-professionele belegger zoals [Cliënt] een algemene beschrijving van de aard en risico's

van renteswaps moet geven die getailleerd genoeg is om hem in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen.

(ii) De documentatie schiet qua voorlichting tekort nu enkel in algemene termen over zekerheden en margin wordt gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult. De allowancefaciliteit die ING in het leven heeft geroepen om te voldoen aan de marginverplichtingen is een kredietfaciliteit, waarvoor ook de gestelde hypothecaire zekerheden kunnen worden uitgewonnen. Voorts is van belang dat de marginverplichtingen ook zijn bedoeld om cliënten bewust te maken van de meer verborgen en zich niet acuut voordoende financiële risico's van dit soort producten. ING had niet mogen volstaan met de summier schriftelijke informatie en had het belang en de functie van de allowancefaciliteit niet mogen bagatelliseren door die faciliteit als een formaliteit weg te zetten.

(iii) Bovendien moet worden aangenomen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van [Cliënt] is verslechterd en heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag. Ook daarop had ING [Cliënt] moeten wijzen.

(iv) De overgang naar Svenska Handelsbanken is bemoeilijkt doordat de allowancefaciliteit vanwege de marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en [Cliënt] tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen. Eerst dan zou ING de bestaande zekerheden vrijgeven. Het had op de weg van ING gelegen [Cliënt] bij het aangaan van de renteswap op die complicaties als gevolg van de daling van het 3-maands Euribor tarief te wijzen, hetgeen zij heeft nagelaten. Dat had des te meer voor de hand gelegen, omdat ING in het door haar verstrekte informatiemateriaal de nadruk op het flexibele karakter van de renteswap heeft gelegd en ING wist dat [Cliënt] veel waarde hechtte aan een in alle opzichten flexibele wijze van financieren.

(v) Dat [Cliënt] een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, wijst ook in de richting dat [Cliënt] onwetend was van deze wezenlijke kenmerken van de renteswap, waarmee hij pas na het aangaan van de renteswap, in 2012 is geconfronteerd. Het hof verwerpt in rov. 3.14 en 3.15 het verjaringsverweer van ING en het beroep op de klachtplicht. In rov. 3.17 overweegt het hof dat aannemelijk is geworden dat [Cliënt], indien hij wel volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het

overstappen naar een andere financier, de renteswap niet zou hebben gesloten. In rov. 3.18 concludeert het hof dat [Cliënt] de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtigd heeft vernietigd.

Klachten

a. 's Hof's overwegingen dat ING niet de essentiële kenmerken van de allowancefaciliteit aan [Cliënt] heeft meegedeeld en dat ING niet had mogen volstaan met de summier schriftelijke informatie, zijn rechtens onjuist althans ontoereikend gemotiveerd. [Cliënt] heeft op 16 april 2008 de Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties ondertekend.¹ Uit de bepalingen van deze overeenkomst blijkt duidelijk het door het hof genoemde wezenlijke kenmerk van de allowancefaciliteit, namelijk dat deze de toezegging van ING behelst dat [Cliënt] over kredietruimte kan beschikken indien uit de voortijdige beëindiging van de renteswap een betalingsverplichting zou voortvloeien. In feitelijke instanties heeft ING de allowancefaciliteit omschreven als 'een contractuele toezegging dat [Cliënt] bij het ontstaan van een betalingsverplichting over een krediet kan beschikken'.² In het licht hiervan is onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat ING zou ontkennen dat de allowancefaciliteit een krediettoezegging is. Ook is onbegrijpelijk 's hofs overweging dat ING de gekozen constructie verhult door te spreken over het 'liquide maken van zekerheden'. ING heeft in feitelijke instanties immers toegelicht dat de allowancefaciliteit voorkomt dat als uit de voortijdige beëindiging van de renteswap een betalingsverplichting voortvloeit, zekerheden moeten worden uitgewonnen, aangezien de cliënt dan kan beschikken over kredietruimte uit hoofde van de allowancefaciliteit.³ Ook overigens is 's hofs hier bestreden oordeel onbegrijpelijk. In de offerte van 18 april 2008 is vermeld dat de door [Cliënt] verstrekte zekerheden dienen voor al hetgeen ING van de kredietnemer te vorderen heeft of zal krijgen. Een vergelijkbare opmerking staat in de allowancefaciliteit van 23 februari 2011. ING heeft hier in feitelijke instanties uitdrukkelijk op gewezen.⁴ Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat voor [Cliënt] door het bestuderen van de documentatie en eventueel het stellen van vragen in geval van onduidelijkheid, niet duidelijk was dat de allowancefaciliteit inhield dat hij over krediet zou kunnen beschikken als uit de voortijdige beëindiging van de renteswap een betalingsverplichting zou voortvloeien en dat de zekerheden die hij verschaftte ook zouden dienen tot zekerheid van een eventuele vordering van ING uit hoofde van dat op basis van de allowancefaciliteit te verstrekken krediet. Bovendien heeft ING getuigenbewijs aangeboden van haar stelling dat [Cliënt] voorafgaand aan de totstandkoming van de renteswap op correcte,

¹ Productie 7 bij CvA.

² MvA, nr. 73 en 322. Zie ook CvA, nr. 67 en 131.

³ MvA, nr. 73.

⁴ CvA, nr. 134–135; MvA, nr. 107.

duidelijke en niet-misleidende wijze is geïnformeerd over de werking, de mogelijke nadelen en de risico's van de renteswap.⁵ Het hof heeft in het Tweede Tussenarrest de met dit onderdeel 1 aangevochten eindbeslissingen genomen zonder (kenbaar) acht te slaan op dit bewijsaanbod. Het hof heeft aldus art. 166 lid 1 Rv. geschonden dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Alleen in rov. 2.11 van het Eindarrest overweegt het hof dat door ING geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zodat de bewijsaanbiedingen zullen worden gepasseerd. Het hof heeft hetzij een onjuiste, want te strenge, maatstaf aangelegd bij de beoordeling of met deze bewijsaanbiedingen voldoende specifieke feiten te bewijzen zijn aangeboden, dan wel zijn oordeel dat deze bewijsaanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, ontoereikend gemotiveerd.

b. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat ING haar mededelingsplicht met betrekking tot deze essentiële kenmerken van de allowancefaciliteit en de door [Cliënt] verstrekte zekerheden heeft geschonden, omdat het verstrekken van de documentatie onvoldoende was en ING [Cliënt] uitdrukkelijk daarvoor had moeten waarschuwen en de schending van de waarschuwingsplicht een beroep op dwaling rechtvaardigt, is zijn oordeel rehtens onjuist. Op ING rustte geen waarschuwingsplicht met betrekking tot de kenmerken van de allowancefaciliteit. Bovendien heeft het hof miskend dat schending van een eventuele waarschuwingsplicht met betrekking tot de kenmerken van de allowancefaciliteit geen grond oplevert om de renteswap op grond van dwaling te vernietigen en heeft het hof aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Een waarschuwingsplicht strekt immers verder dan een mededelingsplicht. Terwijl schending van een waarschuwingsplicht die niet tevens schending van een mededelingsplicht inhoudt, wél aanspraak kan geven op schadevergoeding, kan een dergelijke schending niet tot vernietiging van een overeenkomst op grond van dwaling leiden.

c. Het hof heeft blijkens deze overwegingen miskend dat de vraag of ING haar mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft geschonden, mede wordt bepaald door de eigen verantwoordelijkheid van [Cliënt] om kennis te nemen van de eigenschappen van de renteswap en de wetenschap ten aanzien van die eigenschappen die ING bij [Cliënt] mocht veronderstellen. Aldus heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Terecht heeft het hof in rov. 3.7 overwogen dat van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende klant in een geval als dit mag worden verwacht dat hij de door hem ondertekende stukken zorgvuldig doorleest, en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, aan de bank

om opheldering vraagt. De klant heeft namelijk ook, aldus het hof, een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat hij – binnen redelijke grenzen – pogingen moet doen om zo daar behoefte aan is duidelijkheid te krijgen. Het hof heeft echter ten onrechte niet beoordeeld of de wezenlijke eigenschappen van de renteswapovereenkomst voor [Cliënt] kenbaar waren bij zorgvuldige bestudering van de verstrekte documentatie, zo nodig mede door het stellen van vragen voor zover de inhoud daarvan hem niet of niet geheel duidelijk was. Aldus heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel dat ING haar mededelingsplicht heeft geschonden, ontoereikend gemotiveerd.

d. Voorts heeft het hof blijkens deze overwegingen miskend dat de vraag of ING ten aanzien van bepaalde eigenschappen van de renteswapovereenkomst haar mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft geschonden, mede afhankelijk is van de deskundigheid van [Cliënt] en van de adviseurs die [Cliënt] hebben bijgestaan ten tijde van het afsluiten van de renteswap. De mededelingsplicht van ING is relatief beperkter naarmate zij met een deskundiger cliënt contracteert. Door dit te miskennen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. ING heeft in feitelijke instanties gemotiveerd aangevoerd dat [Cliënt] voldoende kennis had van rentederivaten om de risico's verbonden aan deze financiële instrumenten te begrijpen.⁶ Daarnaast heeft ING gemotiveerd aangevoerd dat [Cliënt] de risico's verbonden aan de renteswap bij het aangaan daarvan ook daadwerkelijk begreep.⁷ Ook heeft ING gemotiveerd aangevoerd dat [Cliënt] zich continu heeft laten bijstaan en vooraf heeft laten adviseren door zijn eigen adviseurs, waaronder in ieder geval [adviseur 1], [adviseur 2] en DTZ Zadelhoff,⁸ en dat de kennis en ervaring van die adviseurs aan [Cliënt] moet worden toegerekend.⁹ Het hof heeft deze essentiële stellingen zonder enige motivering gepasseerd.

e. De klachten van subonderdelen (c) en (d) klemmen te meer nu ING getuigenbewijs heeft aangeboden van haar stelling dat [Cliënt] ten tijde van het aangaan van de renteswap uitermate deskundig was ten aanzien van financiële producten waaronder renteswaps en zich steeds heeft laten informeren en adviseren door zijn eigen deskundigen/adviseurs die over deskundigheid beschikten over banken, bancaire producten en renteswaps.¹⁰ Het hof heeft in het Tweede Tussenarrest de met dit onderdeel 1 aangevochten eindbeslissingen genomen zonder (kenbaar) acht te slaan op dit bewijsaanbod. Het hof heeft aldus art. 166 lid 1 Rv. geschonden dan

6 Zie CvA, nr. 63, 85 en 172; MvA, nr. 35–38 en 132.

7 MvA, nr. 141–143 en 323.

8 Zie CvA, nr. 202 en 232; MvA, nr. 24–31.

9 MvA, nr. 32 en 132.

10 Zie voor deze bewijsaanbiedingen CvA, nr. 316 onder (i) en (ii); Pleitnotities zijdens ING in eerste aanleg d.d. 27 september 2013, nr. 11 onder (i) en (ii); MvA, nr. 356 onder (i) en (ii).

5 Zie voor deze bewijsaanbieding CvA, nr. 316 onder (vi), Pleitnotities zijdens ING in eerste aanleg d.d. 27 september 2013, nr. 11 onder (v); MvA, nr. 356 onder (vi).

wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Alleen in rov. 2.11 van het Eindarrest overweegt het hof dat door ING geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zodat de bewijsaanbiedingen zullen worden gepasseerd. Het hof heeft hetzij een onjuiste, want te strenge, maatstaf aangelegd bij de beoordeling of met deze bewijsaanbiedingen voldoende specifieke feiten te bewijzen zijn aangeboden, dan wel zijn oordeel dat deze bewijsaanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, ontoereikend gemotiveerd.

f. Voorts is onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd 's hofs overweging dat ING steeds eigenhandig de bedragen van de marginverplichtingen ten laste van de allowancefaciliteit heeft geboekt zonder [Cliënt] daarover te informeren. Van een daadwerkelijk 'boeken' ten laste van de allowancefaciliteit zou pas sprake zijn wanneer [Cliënt] de renteswap tussentijds zou hebben beëindigd en daaruit een daadwerkelijke betalingsverplichting zou zijn voortgevloeid. Daarvan is echter geen sprake geweest en dat heeft het hof ook niet vastgesteld. Ook de overweging van het hof dat ING in haar informatieverplichting tekort is geschoten door de allowancefaciliteit een 'kosteloos extraatje' te noemen, is onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd. ING heeft in feitelijke instanties gesteld dat de cliënt door het aangaan van de allowancefaciliteit zonder extra kosten aan de marginverplichtingen kan voldoen.¹¹ Door de allowancefaciliteit wordt geen beslag op de liquiditeiten van de cliënt gelegd. Dat zou wel het geval zijn wanneer de cliënt een saldo bij de bank zou aanhouden om aan de marginverplichtingen te voldoen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet te begrijpen waarom ING in haar informatieverplichting tekort is geschoten door op dit aspect van de allowancefaciliteit te wijzen. Hier komt nog bij dat niet gesteld of gebleken is dat ING de allowancefaciliteit ten tijde van het aangaan van de renteswap een 'kosteloos extraatje' heeft genoemd. Ook om die reden kan deze omstandigheid 's hofs oordeel dat ING in haar mededelingsplicht tekort is geschoten niet dragen. Hetzelfde geldt voor 's hofs overweging dat ING de gekozen constructie verhuut door te spreken over het 'liquide maken van zekerheden'. Voor zover het hof van oordeel is dat ook de uitleg die ING voor het eerst in deze procedure heeft gegeven omtrent de allowancefaciliteit, mee kan wegen bij de vraag of zij bij het aangaan van de renteswap in haar mededelingsplicht tekort is geschoten, is zijn oordeel rechtens onjuist.

g. Voorts is onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd, de overweging van het hof dat ING het belang van de allowancefaciliteit zou hebben gebagatelliseerd door deze faciliteit als een formaliteit weg te zetten. Het hof heeft met deze overweging klaarblijkelijk als juist aanvaard de stelling van [Cliënt] dat ING hem zou hebben voorgehouden dat de allowancefaciliteit slechts diende als 'papierene tij-

ger' voor de AFM ter nakoming van de zorgplicht.¹² ING heeft echter bestreden dat zij de allowancefaciliteit als een formaliteit zou hebben weggezet. ING heeft erop gewezen dat zij voortdurend aan haar marginbewakingsplicht heeft voldaan en heeft gemonitord dat [Cliënt] over voldoende saldi beschikte om aan zijn actuele verplichtingen onder de renteswap te kunnen voldoen.¹³ ING is op 16 april 2008 een allowancefaciliteit ten bedrage van € 700.000 met [Cliënt] aangegaan.¹⁴ Op 23 februari 2011 is ING een nieuwe allowancefaciliteit ten bedrage van € 1,7 miljoen met [Cliënt] aangegaan.¹⁵ Het hof is zonder enige motivering aan deze essentiële stellingen van ING voorbij gegaan. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt valt bovendien niet te begrijpen dat ING uitlatingen zou hebben gedaan die maakten dat met de marginverplichting niet langer het doel werd bereikt dat cliënten, in dit geval [Cliënt], bewust werden gemaakt van de meer verborgen en zich niet acuut voordoende financiële risico's van dit soort producten. [Cliënt] heeft bovendien voorafgaand aan het aangaan van de renteswap een gebruiksovereenkomst met ING gesloten op grond waarvan hij via de website van ING 24 uur per dag de contante waarde van zijn renteswap kon bekijken.¹⁶ In het licht daarvan is, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk dat het hof zijn oordeel mede motiveert met de overweging (in rov. 3.10) dat ING eerst sinds januari 2013 maandelijks positieveverzoeken van de renteswap aan [Cliënt] verstuurt.

h. 's Hofs overwegingen dat de door ING aan [Cliënt] verstrekte stukken geen enkele informatie bevatten over de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribor-tarief en de stijging van de marginverplichtingen en dat ING [Cliënt] had moeten inlichten hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt, en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult, zijn ook onbegrijpelijk. Klaarblijkelijk heeft het hof met deze overweging het oog op de negatieve marktwaarde die een renteswap kan ontwikkelen en de in verband daarmee geldende marginverplichtingen. De marktwaarde (of contante waarde) van een renteswap wordt echter niet beïnvloed doordat het Euribor-tarief daalt. De marktwaarde van een renteswap is namelijk afhankelijk van de lange rente. Dit heeft ING in feitelijke instanties toegelicht.¹⁷

i. Het hof heeft met zijn overweging dat moet worden aangenomen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van [Cliënt] is verslechterd en dat dat heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrente-toeslag, in strijd met art. 149 Rv de feiten aangevuld. Partijen hebben niet gesteld dat de allowancefaci-

¹² Zie rov. 3.3.

¹³ MvA, nr. 319.

¹⁴ CvA, nr. 214 met productie 7.

¹⁵ CvA, nr. 217 met productie 12; MvA, nr. 75.

¹⁶ CvA, nr. 48 met productie 3.

¹⁷ CvA, nr. 30 en 217.

¹¹ Zie CvA, nr. 111 en 132; MvA, nr. 73.

teit heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag.

j. 's Hof's overweging dat ING haar mededelingsplicht heeft geschonden in het licht van de omstandigheid dat de overgang naar Svenska Handelsbanken is bemoeilijkt doordat de allouancefaciliteit vanwege de marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en [Cliënt] tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen en ING eerst dan de bestaande zekerheden zou vrijgeven, is onbegrijpelijk. Uit de stellingen van [Cliënt] zelf volgt dat hij in staat was om het bedrag van € 675.000 op een bankrekening te storten.¹⁸ Weliswaar heeft hij ook gesteld dat hij als gevolg daarvan dat bedrag niet kon aanwenden voor investeringen, maar hij heeft verder niet toegelicht welke investeringen hij hierdoor niet heeft kunnen doen. In het licht hiervan valt, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat sprake is geweest van rechtens relevante mogelijkheden bij de overstap naar Svenska Handelsbanken.

k. Met de overweging dat de omstandigheid dat [Cliënt] een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, ook in de richting wijst dat [Cliënt] onwetend was van deze wezenlijke kenmerken van de renteswap, waarmee hij pas na het aangaan van de renteswap, in 2012 is geconfronteerd, heeft het hof de feitelijke grondslag van de eis van [Cliënt] in strijd met art. 24 Rv aangevuld. [Cliënt] heeft in feitelijke instanties tot aan het Tweede Tussenarrest niet gesteld dat hij het renterisico slechts voor € 6,75 miljoen zou hebben afgedekt, indien hij op de hoogte was geweest van de wezenlijke kenmerken van de renteswap. Bovendien is 's hofs oordeel onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd in het licht van de vaststaande omstandigheid dat [Cliënt] uit eigen beweging besloten heeft om een renteswap af te sluiten met een hoofdsom van € 10 miljoen, terwijl ING slechts eiste dat het renterisico voor financieringen met een totale hoofdsom van € 6,75 miljoen zou worden afgedekt.¹⁹ Na het Tweede Tussenarrest heeft [Cliënt] gesteld dat hij heeft gekozen voor een renteswap met een hoofdsom van € 10 miljoen vanwege een andere lening van € 8 miljoen 'die nog in de pijplijn zat'.²⁰ Klaarblijkelijk was het voornemen om nog een lening van € 8 miljoen aan te trekken, de reden waarom [Cliënt] op 22 april 2008 een renteswap met een hoofdsom van € 10 miljoen heeft gesloten, een hogere hoofdsom dan ING op dat moment vereiste. Het valt, zonder nadere toelichting,

die ontbreekt, niet in te zien dat meer kennis omtrent de risico's van de renteswap [Cliënt] tot een andere keuze zou hebben gebracht. Ongeacht die risico's bood de renteswap immers bescherming tegen een verdere stijging van Euribor. Ook valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet te begrijpen dat [Cliënt] zou hebben gemeend en mogen menen dat aan het afdekken van het renterisico middels een renteswap geen andere risico's zouden zijn verbonden dan het opgeven van de mogelijkheid om te profiteren van een daling van Euribor. Dit geldt eens te meer in het licht van de stelling van ING dat [Cliënt] bekend was met het risico dat een renteswap een negatieve marktwaarde kan ontwikkelen.²¹ Het hof heeft de juistheid van deze stelling in het midden gelaten zodat in cassatie veronderstellenderwijs van de juistheid hiervan moet worden uitgegaan. In het licht van deze stellingen van ING is 's hofs hier bestreden oordeel ontoereikend gemotiveerd. Bovendien heeft ING getuigenbewijs aangeboden van haar stelling dat [Cliënt] voorafgaand aan de totstandkoming van de renteswap op correcte, duidelijke en niet-misleidende wijze is geïnformeerd over de werking, de mogelijke nadelen en de risico's van de renteswap.²² Het hof heeft in het Tweede Tussenarrest de met dit onderdeel 1 aangevochten eindbeslissingen genomen zonder (kenbaar) acht te slaan op dit bewijsaanbod. Het hof heeft aldus art. 166 lid 1 Rv. geschonden dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Alleen in rov. 2.11 van het Eindarrest overweegt het hof dat door ING geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zodat de bewijsaanbiedingen zullen worden gepasseerd. Het hof heeft hetzij een onjuiste, want te strenge, maatstaf aangelegd bij de beoordeling of met deze bewijsaanbiedingen voldoende specifieke feiten te bewijzen zijn aangeboden, dan wel zijn oordeel dat deze bewijsaanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, ontoereikend gemotiveerd.

l. Als een of meer van de voorgaande klachten slagen, dan kan ook de verwerping door het hof in rov. 3.14 en 3.15 van het Tweede Tussenarrest van het verjaringsverweer van ING en het beroep op de klachtplicht niet in stand blijven. Deze verwerpingen zijn immers gebaseerd op met de voorgaande klachten bestreden overwegingen van het hof dat [Cliënt] pas in 2011/2012 met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allouancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap bekend zou zijn geworden. 's Hof's verwerping van het verjaringsverweer van ING en het beroep op de klachtplicht, is bovendien ontoereikend gemotiveerd in het licht van de stelling van ING dat [Cliënt] reeds eind maart 2009 bekend is geworden met de negatieve marktwaarde van de

18 Pleitnota Mr Bais in eerste aanleg, nr. 78–79.

19 Vonnis Rechtbank Amsterdam van 27 november 2013, rov. 2.2 en 2.7.

20 Akte na tussenarrest tevens inhoudende aanvulling eis d.d. 10 november 2015, nr. 8.

21 CvA, nr. 53; MvA, nr. 141–143 en 323; pleitnota ING in appel, nr. 8.1.

22 Zie voor deze bewijsaanbieding CvA, nr. 316 onder (vi), Pleitnotities tijdens ING in eerste aanleg d.d. 27 september 2013, nr. 11 onder (v); MvA, nr. 356 onder (vi).

renteswap.²³ De juistheid van deze stellingname is door [Cliënt] uitdrukkelijk erkend.²⁴ In het licht daarvan is onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat [Cliënt] pas in 2011/2012 bekend zou zijn geworden met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap.

m. Als een of meer van de voorgaande klachten slagen, dan kan ook het oordeel van het hof in rov. 3.22 van het Tweede Tussenarrest dat art. 6:278 lid 2 BW niet van toepassing is in dit geval, niet in stand blijven. Ook dat oordeel is gebaseerd op met de voorgaande klachten bestreden overwegingen van het hof dat [Cliënt] pas in 2011/2012 met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap bekend zou zijn geworden. Ook de overweging van het hof dat het Euribor-tarief reeds negen maanden na het aangaan van de renteswap-overeenkomst in april 2008 beneden het renteswap-tarief daalde en dat de vernietigingsbrief dateert van 27 juni 2012, kan dat oordeel niet dragen. Op grond van dit tijdsverloop alleen valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief [Cliënt] niet 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven.

n. Als een of meer van de voorgaande klachten slagen, dan kan ook de overweging van het hof in rov. 2.7 van het Derde Tussenarrest en rov. 2.7 van het Eindarrest dat [Cliënt] als hij niet zou hebben gedwaald, rentevastleningen tot een bedrag van € 6,3 miljoen (in plaats van € 10 miljoen) zou hebben afgesloten, niet in stand blijven. Ook deze overwegingen zijn immers gebaseerd op de met de voorgaande klachten bestreden overwegingen van het hof dat [Cliënt] pas in 2011/2012 met de potentiële omvang van de marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de renteswap bekend zou zijn geworden.

Onderdeel 2

Het hof overweegt in rov. 3.11 van het Tweede Tussenarrest dat uit het vorenstaande (waarmee het hof onder andere doelt op zijn overwegingen in rov. 3.10) volgt dat ING in haar, ook wettelijk verankerde, informatieplicht tekort is geschoten. Het hof wijst in dat verband nog op art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo waaruit volgt dat ING voorafgaand aan het aanbieden van een renteswap aan een niet-professionele belegger zoals [Cliënt] een algemene beschrijving van de aard en risico's van renteswaps moet geven die gedetailleerd genoeg is om hem in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen.

a. Indien een of meer van de klachten van onderdeel 1 slaagt, kan ook dit oordeel niet in stand blijven.

b. Het hof heeft miskend dat een schending door ING van de informatieplicht neergelegd in art. 58c

lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo niet, althans niet zonder meer, tot de conclusie leidt dat ING haar mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft geschonden. Bij art. 6:228 lid 1 sub b BW gaat het om een mededelingsplicht in verband met hetgeen ING omtrent de dwaling wist of behoorde te weten. Die factor speelt geen rol bij vraag of ING haar informatieplicht neergelegd in art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo heeft geschonden.

Onderdeel 3

Het hof overweegt in rov. 3.17 van het Tweede Tussenarrest dat aannemelijk is geworden dat [Cliënt], indien hij wel volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het overstappen naar een andere financier, de renteswap niet zou hebben gesloten.

a. Indien een of meer van de klachten van onderdeel 1 slaagt, kan ook dit oordeel niet in stand blijven.

b. Dit oordeel is ontoereikend gemotiveerd. ING heeft in feitelijke instanties gesteld dat ten tijde van het afsluiten van de renteswap sprake was van een inverse rentestructuur (waarbij de korte rente hoger is dan de lange rente), zodat de renteswap meteen lucratief was voor [Cliënt].²⁵ ING heeft in feitelijke instanties ook gesteld dat [Cliënt] wist dat de rentefixatie die werd bereikt met de renteswap, niet gold voor de debetrente opslagen.²⁶ Dat volgt uit het feit dat [Cliënt] jaarlijks over de debetrenteopslagen onderhandelde. Dat zou hij niet hebben gedaan, als hij in de veronderstelling verkeerde dat de debetrenteopslagen gefixeerd waren. Deze stellingen zijn door het hof niet verworpen, zodat in cassatie veronderstellenderwijs van de juistheid daarvan moet worden uitgegaan. In het licht hiervan is de motivering die het hof geeft voor zijn hier bestreden oordeel ontoereikend.

Onderdeel 4

Het hof overweegt in rov. 3.21 van het Tweede Tussenarrest dat, omdat in het onderhavige geval de swapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen, het hof het niet redelijk acht, mocht al komen vast te staan dat de waarde van de prestatie van ING gelijk is aan het nettobedrag dat [Cliënt] bij ING opeist, die waarde te vergoeden. Dit oordeel is rechts onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd. De waarde die op grond van art. 6:210 lid 2 BW moet worden vergoed, betreft als regel de waarde van de prestatie die niet voor restitutie vatbaar is. Afwijking van die regel is mogelijk op grond van het redelijkheids criterium van die bepaling. Voor een dergelijke afwijking is volgens de Toelichting Meijers geen ruimte wanneer de ontvanger door een wilsgebrek ertoe is gekomen een te hoge prijs toe te zeggen.²⁷ De ratio hiervan is klaar-

23 MvA, nr. 152.

24 MvG; nr. 86–87.

25 CvA, nr. 150–151 en 165.

26 CvA, nr. 158 en 164; MvA, nr. 98.

27 Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 818.

blijkkelijk dat in dit geval de wil om de prestatie te verkrijgen door het wilsgebrek niet is gevitieerd. Anders ligt het, aldus nog steeds de Toelichting Meijers, indien de ontvanger zich erover beklagt, dat de wederpartij hem door bedreiging, bedrog of misbruik van zijn onervarenheid of lichtzinnigheid ertoe heeft gebracht, zich genoegens te kopen die hij bij nader inzien zijn geld niet waard achtte. In dat geval vitieert de vernietigingsgrond ook dat aspect van zijn toestemming, waarop zijn verplichting tot waardevergoeding zou moeten worden gebaseerd. Dit betekent dat voor afwijking op grond van het redelijkheidscriterium van de hoofdregel dat de waarde van prestatie die niet voor restitutie vatbaar is, moet worden vergoed, alleen ruimte is wanneer de wil om die prestatie te verkrijgen gebrekkig tot stand is gekomen. Daarvoor is geen ruimte wanneer alleen de wil om de overeengekomen tegenprestatie te verrichten gebrekkig tot stand is gekomen. Voor zover het hof dit heeft miskend, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. De dwaling van [Cliënt] ziet niet op de prestatie van ING die naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie, namelijk het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente. De wil van [Cliënt] om die prestatie van ING te ontvangen is niet gebrekkig tot stand gekomen. De door het hof aangenomen dwaling heeft betrekking op andere kenmerken van de renteswap, namelijk de potentiële marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de gekozen constructie. Ten onrechte, althans zonder toereikende motivering oordeelt het hof dat die dwaling maakt dat het niet redelijk is dat [Cliënt] het netto-bedrag dat [Cliënt] bij ING opeist, aan ING moet vergoeden. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet te begrijpen dat het niet redelijk zou zijn dat [Cliënt] in het kader van de toepassing van art. 6:210 lid 2 BW aan ING de waarde moet vergoeden van de afdekking van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente, aangezien de dwaling van [Cliënt] daar geen betrekking op heeft.

Onderdeel 5

Het hof acht het in rov. 3.21 van het Tweede Tussenarrest redelijk het (rente)bedrag dat [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdeckingsvariant (rentevastlening of rentecap) die het beste bij de positie van [Cliënt] paste als de aan ING te vergoeden waarde in aanmerking te nemen. Het hof overweegt in rov. 2.7 van het Derde Tussenarrest dat het niet voor de hand ligt dat [Cliënt] (in het hypothetische scenario waarin geen sprake zou zijn van dwaling), al dan niet gefaseerd, rentevastleningen tot een bedrag van € 10 miljoen zou hebben afgesloten. Gezien het vereiste dat 50% van het renterisico werd afgedekt, ligt het voor de hand dat [Cliënt] gefaseerd rentevastleningen tot € 6,75 miljoen zou hebben afgesloten. Het hof over-

weegt in rov. 2.7 van het Eindarrest dat het in rov. 3.14 van het Tweede Tussenarrest heeft overwogen dat het feit dat [Cliënt] een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, erop wijst dat [Cliënt] onwetend was van de wezenlijke kenmerken van de renteswap. Om die reden is het niet juist in de hypothetische situatie, al dan niet gefaseerd, uit te gaan van een rentevastlening van € 10 miljoen. Het argument van ING dat [Cliënt] voor € 3,75 miljoen alsnog zou profiteren van de daling van de Euriborrente hoewel de door hem gestelde dwaling daarop nooit betrekking heeft gehad, snijdt geen hout, omdat de gehele renteswap onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en dus moet worden weggedacht. Daarvan uitgaande moet worden ingeschat wat [Cliënt] in de hypothetische situatie zou hebben gedaan. Dat hij in die situatie gekozen zou hebben voor afdekking van het renterisico met een rentevastlening voor een hoger bedrag dan ING van hem eiste, acht het hof gezien de wijze waarop hij steeds heeft gefinancierd niet aannemelijk.

a. 's Hof's oordeel is ontoereikend gemotiveerd, omdat het op een cirkelredenering berust: eerst overweegt het hof in rov. 3.14 dat [Cliënt] heeft gedwaald omdat hij een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste; vervolgens oordeelt het hof in rov. 2.7 van het Derde Tussenarrest en rov. 2.7 van het Eindarrest dat omdat [Cliënt] heeft gedwaald, hij zonder dwaling geen renteswap voor € 10 miljoen zou zijn aangegaan. Aldus heeft het hof ontoereikend gemotiveerd dat [Cliënt] zonder dwaling geen renteswap zou zijn aangegaan voor € 10 miljoen.

b. Het hof heeft de feitelijke grondslag van de eis c.q. verweer van [Cliënt] in strijd met art. 24 Rv aangevuld. [Cliënt] heeft in feitelijke instanties tot aan het Tweede Tussenarrest niet gesteld dat hij het renterisico slechts voor € 6,75 miljoen zou hebben afgedekt, indien hij op de hoogte was geweest van de wezenlijke kenmerken van de renteswap. Bovendien is 's hofs oordeel onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd in het licht van de vaststaande omstandigheid dat [Cliënt] uit eigen beweging besloten heeft om een renteswap af te sluiten met een hoofdsom van € 10 miljoen, terwijl ING slechts eiste dat het renterisico voor financieringen met een totale hoofdsom van € 6,75 miljoen zou worden afgedekt.²⁸ Na het Tweede Tussenarrest heeft [Cliënt] gesteld dat hij heeft gekozen voor een renteswap met een hoofdsom van € 10 miljoen vanwege een andere lening van € 8 miljoen 'die nog in de pijplijn zat'.²⁹ Klaarblijkelijk was het voornemen om nog een lening van € 8 miljoen aan te trekken, de reden waarom [Cliënt] op 22 april 2008 een renteswap

²⁸ Vonnis Rechtbank Amsterdam van 27 november 2013, rov. 2.2 en 2.7.

²⁹ Akte na tussenarrest tevens inhoudende aanvulling eis d.d. 10 november 2015, nr. 8.

met een hoofdsom van € 10 miljoen heeft gesloten, een hogere hoofdsom dan ING op dat moment ver-eiste. Het valt, zonder nadere toelichting, die ont-breekt, niet in te zien dat meer kennis omtrent de ri-sico's van de renteswap [Cliënt] tot een andere keuze zou hebben gebracht. Ongeacht die risico's bood de renteswap immers bescherming tegen een verdere stijging van Euribor.

c. De met dit onderdeel bestreden overwegingen kunnen geen stand houden in het licht van het aan-bod van ING om middels getuigen te bewijzen dat de hypothetische situatie gelijk is aan de feitelijke si-tuatie. Het hof overweegt hieromtrent uitsluitend (in rov. 2.11 van het Eindarrest) dat door ING geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uit-komst van het geding kunnen leiden, zodat de be-wijsaanbiedingen zullen worden gepasseerd. Het hof heeft hetzij een onjuiste, want te strenge, maat-staf aangelegd bij de beoordeling of met deze be-wijsaanbiedingen voldoende specifieke feiten te be-wijzen zijn aangeboden, dan wel zijn oordeel dat deze bewijsaanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, ontoereikend gemotiveerd.

Onderdeel 6

Het hof overweegt in rov. 3.22 van het Tweede Tus-senarrest dat art. 3:53 lid 2 BW niet van toepassing is omdat genoemd artikellid vereist dat de gevolgen van de rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan ge-maakt kunnen worden. Die situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor omdat (de gevolgen van) de prestatie van ING naar haar aard niet onge-daan gemaakt kan worden. Deze overweging geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft miskend dat art. 3:53 lid 2 BW ook van toepassing is, indien ongedaanmaking van de gevolgen van de rechtshandeling onmogelijk is.

Onderdeel 7

Het hof overweegt in rov. 3.22 van het Tweede Tus-senarrest dat art. 6:278 lid 2 BW niet van toepassing is. Op grond van het feitenmateriaal moet worden aangenomen dat [Cliënt] geen duidelijk beeld had van de renteswap en dat hij direct nadat hij duide-lijkheid verkreeg over de daadwerkelijke kenmer-ken van de renteswap – de potentiële marginver-plichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de gekozen constructie –, een beroep op vernietiging vanwege dwaling heeft gedaan. Gezien het vorenstaande is, aldus het hof, niet aannemelijk dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief [Cliënt] 'de stoot tot ongedaanma-king' heeft gegeven. Daarbij komt dat het Euribor-tarief reeds negen maanden na het aangaan van de renteswapovereenkomst in april 2008 beneden het renteswaptarief daalde en de vernietigingsbrief da-teert van 27 juni 2012, aldus nog steeds het hof.

a. Als een of meer van de klachten van onderdelen 1 tot en met 3 slagen, kan ook dit oordeel niet in stand blijven.

b. Dit oordeel is rechtens onjuist, althans ontoerei-kend gemotiveerd. Ten onrechte stelt het hof voor toepasselijkheid van art. 6:278 lid 2 BW de eis dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief [Cliënt] 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven. Dat is een te strenge eis. Vereist maar tevens voldoende is dat de wijziging in de waardeverhouding tussen de presta-tie van [Cliënt] en die van ING, in dit geval de ont-wikkeling dat het Euribor-tarief daalde beneden het overeengekomen swaprentetarief, alleen of teza-men met andere omstandigheden 'de stoot tot on-gedaanmaking' heeft gegeven. Door dit te misken-nen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

c. Bovendien heeft het hof de feitelijke grondslag van de eis c.q. het verweer van [Cliënt] in strijd met art. 24 Rv aangevuld. ING heeft in het kader van het beroep op art. 6:278 BW gesteld dat [Cliënt] gedu-rende de eerste drie kwartalen na de ingangsdatum van de renteswap ter uitvoering van de swap per saldo betalingen van ING heeft ontvangen en dat hij pas daarna per saldo betalingen aan ING heeft ver-richt. Pas daarna heeft dan ook de verhouding in waarde tussen hetgeen wederzijds bij ongedaan-making zou moeten worden verricht zich gewijzigd ten gunste van [Cliënt]. Aannemelijk is dat [Cliënt] zonder deze wijziging geen vernietiging zou hebben gevorderd, aangezien vernietiging hem dan niets zou hebben opgeleverd, aldus nog steeds ING.³⁰ [Cliënt] heeft dit in feitelijke instanties niet weer-sproken.

Niettemin heeft het hof in strijd met art. 24 Rv aan-genomen dat de daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief niet de 'stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven.

d. 's Hof's oordeel is ook overigens onbegrijpelijk al-althans onvoldoende gemotiveerd. Als de renteswap geen negatieve (maar een positieve) marktwaaarde zou hebben gehad, dan had [Cliënt] de renteswap zonder enig probleem kunnen beëindigen op het moment dat hij over wilde stappen naar een andere bank en zouden de potentiële marginverplichtingen en de aard van de allowancefaciliteit dus niet heb-ben geleid tot het inflexibele karakter van de geko-zen constructie. In het licht hiervan valt zonder na-dere toelichting, die ontbreekt, niet te begrijpen dat het niet juist de daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief is ge-weest, die [Cliënt] 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven.

Onderdeel 8

Het hof overweegt in rov. 3.25 van het Tweede Tus-senarrest dat vast staat dat de aflossing van de le-ningen is vertraagd als gevolg van het feit dat ING de zekerheden pas wilde vrijgeven nadat [Cliënt] in verband met de allowancefaciliteit tot een bedrag van € 1.350.000 zekerheden had gesteld (een ver-

³⁰ MvA, nr. 225.

pand creditsaldo van € 675.000 en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000). Gezien de directe samenhang van het gevorderde bedrag met de eigenschappen van de renteswap waarin [Cliënt] heeft gedwaald, komt de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking. Hetzelfde geldt voor het gevorderde bedrag van € 766 aan notariskosten die gemoeid waren met de vestiging van het tweede hypotheekrecht, aldus nog steeds het hof. Dit oordeel is rechtens onjuist althans onvoldoende gemotiveerd. Dwaling geeft op zichzelf geen aanspraak op schadevergoeding. Als het hof dit heeft miskend, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft niet gemotiveerd op welke andere grondslag dan dwaling ING verplicht is de hier genoemde schade te vergoeden.

Onderdeel 9

Het hof heeft in rov. 2.10 van het Derde Tussenarrest in strijd met art. 24 en/of 149 lid 1 Rv geoordeeld dat het in zijn berekening een rentevasttarief van 5,43% zal hanteren. Zoals het hof op zichzelf onderkent, heeft ING gesteld dat [Cliënt] in mei 2008 voor een lening met een rentevastperiode van zeven jaar een tarief van 5,9% of 6,0% zou hebben moeten betalen.³¹ [Cliënt] heeft deze stelling niet weersproken. Het hof had dit feit derhalve op grond van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand moeten aannemen, althans heeft in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van het verweer van [Cliënt] aangevuld.

(gedeeltelijk voorwaardelijk) Incidenteel cassatiemiddel:

Schending van het recht en verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in de ten deze bestreden arresten, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, mede in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Onvoorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

Onderdeel 1: hof verklaart artikel 6:210 lid 2 BW ten onrechte van toepassing

1. Het hof overweegt in rov. 3.21 van zijn tweede tussenarrest dat [Cliënt] op de voet van artikel 6:210 lid 2 BW een waardevergoeding is verschuldigd aan ING Bank, omdat de prestatie van ING Bank N.V. ('ING Bank') onder de Renteswapovereenkomst naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie uit hoofde van onverschuldigde betaling. Het hof omschrijft de prestatie van ING Bank in de betreffende overweging als het '*voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente*'.

2. Deze overweging is onjuist, omdat de 'aard van de prestatie' van ING Bank onder de Renteswapovereenkomst enkel bestond uit het betalen van de variabele 3-maands Euribor rente aan [Cliënt]. Anderzijds bestond de aard van de prestatie van [Cliënt] onder diezelfde overeenkomst uit de betaling van de swaprente aan ING Bank. Deze prestaties kunnen beide naar hun aard ongedaan worden gemaakt, zodat het in artikel 6:210 lid 2 BW bedoelde geval zich niet voordoet en deze bepaling toepassing mist. Door anders te oordelen, verwacht het hof ten onrechte de aard van de prestatie van ING Bank onder de Renteswapovereenkomst (betaling variabele rente aan [Cliënt]) met het door het hof gesignaleerde *beoogde effect of het motief* van die prestatie wanneer de Renteswapovereenkomst in combinatie met de onderliggende leningen van [Cliënt] bij ING Real Estate Finance N.V. ('ING REF') wordt beschouwd (volgens het hof: afdekken risico op rentestijging onder de leningen). De miskenning van dit onderscheid door het hof is des te opvallender in het licht van het feit dat [Cliënt] zijn leningen had lopen bij een andere vennootschap (ING REF) dan waarmee [Cliënt] de Renteswapovereenkomst had gesloten (ING Bank). De door het hof vernietigde Renteswapovereenkomst stond dus los van de variabel rentende leningen bij ING REF waaronder [Cliënt] bloot stond aan het door het hof bedoelde risico op rentestijging. Het hof had de Renteswapovereenkomst ook daarom op zichzelf moeten beschouwen als naar zijn aard slechts behelzend dat partijen elkaar over en weer verschillende rentepercentages uitbetaalden.

Onderdeel 2: hof hanteert verkeerde maatstaf bij artikel 6:210 lid 2 BW

3. Als Uw Raad meent dat artikel 6:210 lid 2 BW toch van toepassing is, geldt subsidiair dat het hof in rov. 3.21 tweede tussenarrest, rov. 2.2 derde tussenarrest en rov. 2.7 eindarrest een onjuiste maatstaf aanlegt voor de ingevolge artikel 6:210 lid 2 BW te berekenen waardevergoeding die [Cliënt] in dat geval zou moeten betalen aan ING Bank. Het hof hanteert in rov. 3.21 tweede tussenarrest en rov. 2.2 derde tussenarrest als maatstaf voor de waardevergoeding:

'[wat] [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdeckingsvariant (rentevastlening of rentecap) die het beste bij [Cliënt] paste.'

En in rov. 2.7 eindarrest dat:

'moet worden ingeschat wat [Cliënt] in de hypothetische situatie zou hebben gedaan.'

4. Door het toepassen van deze klaarblijkelijk aan het schadevergoedingsrecht ontleende maatstaf voor het berekenen van de waardevergoeding onder artikel 6:210 lid 2 BW heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat voor deze waardevergoeding moet worden gekeken naar de waarde van de *daadwerkelijk* door [Cliënt] ontvangen prestatie en niet naar de waarde van een alternatieve constructie die beter bij [Cliënt] zou heb-

³¹ CVA, nr. 301; MvA, nr. 226; Antwoord-akte na tussenarrest d.d. 5 januari 2016, nr. 60; Antwoordakte na tussenarrest d.d. 28 februari 2017, nr. 66.

ben gepast en/of die hij zou hebben gekozen in de hypothetische situatie dat hij wél correct was geïnformeerd door ING Bank, zoals het hof tot uitgangspunt neemt. De door het hof toegepaste maatstaf strookt niet met het karakter van de terugwerkende kracht van een vernietiging en evenmin met de wijze waarop in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van Uw Raad invulling is gegeven aan artikel 6:210 lid 2 BW. Volgens de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling dient de waarde van de ontvangen prestatie in beginsel te worden bepaald aan de hand van de waarde die aan de prestatie 'normaal in het economisch leven' wordt toegekend – kortweg de 'marktwaaarde' genoemd – op het ogenblik van ontvangst van de prestatie.¹ Uw Raad heeft dit uitgangspunt in het arrest *[naam 1]/Gemeente Reusel-Mierden* in die zin genuanceerd dat de marktwaaarde van de ontvangen prestatie de *bovengrens* vormt van de op grond van artikel 6:210 lid 2 BW toe te wijzen waardevergoeding.² Omdat deze bepaling haar rechtvaardiging vindt in het tegengaan van ongerechtvaardigde verrijking, is de waardevergoeding waarop artikel 6:210 lid 2 BW aanspraak geeft blijkens voormeld arrest uiteindelijk afhankelijk van het bedrag waarmee de ontvanger daadwerkelijk is verrijkt.³ Hiermee valt de door het hof toegepaste maatstaf, die de waardevergoeding afhankelijk doet zijn van de mate waarin [Cliënt] zou worden verrijkt in het *hypothetische* geval dat hij een *alternatieve* constructie voor de afdekking van het risico op rentestijging had gekozen die wél bij hem had gepast, niet te rijmen.

Onderdeel 3: hof had marktwaaarde op nihil moeten stellen

5. Als Uw Raad meent dat artikel 6:210 lid 2 BW van toepassing is, geldt tevens subsidiair dat het hof de waardevergoeding die [Cliënt] aan ING Bank zou zijn verschuldigd in rov. 3.21 tweede tussenarrest e.v. ten onrechte niet op nihil heeft gesteld. Het hof miskent ook hier, zoals in onderdeel 2 is uiteengezet, dat de waardevergoeding in de zin van artikel 6:210 lid 2 BW afhankelijk is van de mate waarin [Cliënt] is verrijkt door de door ING Bank geleverde prestatie (volgens het hof: overname van het risico op rentestijging) en kan de waardevergoeding althans niet hoger zijn dan de marktwaaarde van die prestatie. In overeenstemming hiermee had het hof de waardevergoeding op nihil moeten stellen. [Cliënt] is immers op geen enkele wijze verrijkt doordat ING Bank zogenaamd het risico op rentestijging van de variabel rentende leningen bij ING REF heeft overgenomen, aangezien de renteswap gedurende vrijwel de gehele looptijd van de Renteswapovereenkomst een negatieve marktwaaarde heeft gehad en de renteswap [Cliënt] niet be-

schermde tegen verhoging van de opslagen op de leningen met ING REF.⁴

Onderdeel 4: hof miskent verdeling stelplicht en bewijslast onder artikel 6:210 lid 2 BW

6. Voor zover artikel 6:210 lid 2 BW van toepassing is, geldt subsidiair voorts dat het hof in rov. 3.21 e.v. tweede tussenarrest de door artikel 150 Rv en Uw Raad voorgeschreven verdeling van de stelplicht en de bewijslast bij die bepaling heeft miskend. Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv en het meergeenemde arrest *[naam 1]/Gemeente Reusel-De Mierden* van Uw Raad geldt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de (hoogte van de) waardevergoeding rust bij de partij die een vergoeding voor zijn prestatie wenst.⁵ Dit betekent dat het aan ING Bank was om de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken en met bescheiden te onderbouwen, alsmede om aan te tonen dat zij niet een bedrag opvoerde dat hoger is dan de marktwaaarde. Het hof heeft deze verdeling miskend door de stelplicht en bewijslast niet (kenbaar) bij ING Bank te leggen, maar bij [Cliënt], althans gelijkmatig over de partijen te verdelen. Deze misslag van het hof blijkt in het bijzonder uit het feit dat [Cliënt] steeds degene was die als eerste zijn akten na tussenarrest diende te nemen. Daardoor was het voor [Cliënt] immers niet mogelijk om op de stellingen van ING Bank over de berekening de waardevergoeding te reageren, zoals door Uw Raad is voorgeschreven.

Onderdeel 5: hof verwerpt stelling [Cliënt] over gewenste flexibiliteit op onbegrijpelijke en/of ontoereikend gemotiveerde wijze

7. Het hof heeft zijn oordeel in rov. 2.5–2.6 derde tussenarrest en rov. 2.4 eindarrest tevens onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd. In deze overwegingen oordeelt het hof dat een rentevastlening het beste bij [Cliënt] zou hebben gepast, waarbij het hof het standpunt van [Cliënt] verwerpt dat de meest flexibele variant (rentecap) het meest geschikt was voor [Cliënt] als hij had moeten kiezen tussen een rentecap of een rentevastlening. Het hof onderbouwt dit oordeel met een verwijzing naar elders door [Cliënt] ingenomen stellingen waaruit zou blijken dat:

- a. ING Bank hem een rentevastlening van zeven jaar had moeten adviseren (rov. 2.5–2.6 derde tussenarrest);
- b. [Cliënt] zijn financieringslasten wilde fixeren (idem); en
- c. de andersluidende stellingen in de memorie van grieven, nr. 109 en de pleitnota in hoger beroep, nr. 57 ontoereikend zijn om tot een ander oordeel te leiden (rov. 2.4 eindarrest).

1 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 818–819.

2 Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532 (*[naam 1]/Gemeente Reusel-Mierden*), rov. 3.6.2.

3 Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532 (*[naam 1]/Gemeente Reusel-Mierden*), rov. 3.6.2–3.6.3.

4 Vgl. tweede tussenarrest, rov. 3.1.13 en 3.1.2.

5 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532 (*[naam 1]/Gemeente Reusel-Mierden*), rov. 3.6.3.

8. Deze overwegingen rusten op een onbegrijpelijke lezing van de processtukken van [Cliënt]. Daarin heeft [Cliënt] er bij herhaling op gewezen flexibiliteit te willen behouden in zijn financiering, bijvoorbeeld door (onderliggende) leningen met korte looptijden van een tot drie jaar te nemen.⁶ Aan die behoefte aan flexibiliteit voldoet een rentevastlening met een lange looptijd van zeven jaar per definitie niet, althans bij lange na niet in dezelfde mate als een rentecap.

9. Het bestreden oordeel is des te onbegrijpelijker omdat het hof in rov. 3.12 tweede tussenarrest nog overweegt dat [Cliënt] mede heeft gedwaald bij het aangaan van de Rentewapovereenkomst omdat ING Bank in het informatiemateriaal *'de nadruk op het flexibele karakter van de renteswap heeft gelegd en ING Bank wist dat [Cliënt] veel waarde hechtte aan een 'in alle opzichten flexibele wijze van financieren'*. Het afsluiten van een rentevastlening met een lange looptijd van zeven jaar staat lijnrecht tegenover de door [Cliënt] gestelde en aldus door het hof onderkende behoefte aan een flexibele wijze van financieren. De motivering die het hof in rov. 2.5–2.6 derde tussenarrest en rov. 2.4 eindarrest geeft voor zijn verwerping van het standpunt van [Cliënt] dat de meest flexibele variant (rentecap) het meest voor hem geschikt was, is ontoereikend om deze uiteinden samen te brengen.

Voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep
Onderdeel 6 — afwijzing artikel 843a Rv vordering

10. Het hof verwerpt in rov. 2.11 eindarrest [Cliënt]' vordering op grond van artikel 843a Rv bij gebrek aan belang, omdat deze vordering volgens het hof diende tot bewijs van stellingen die niet tot een andere uitkomst van de procedure zouden leiden. De artikel 843a Rv vordering van [Cliënt] zag op vragen als welke informatie ING Bank aan [Cliënt] heeft verstrekt en welk risicoprofiel ING Bank van [Cliënt] heeft opgesteld.⁷ Als (een van) de onderdelen van het principale cassatieberoep van ING Bank slagen, herleeft het belang van [Cliënt] bij het verkrijgen van de door hem middels artikel 843a Rv opgevorderde bescheiden, omdat die informatie relevant is voor een hernieuwd oordeel over het dwalingsbetoog van [Cliënt] en de zorgvuldigheid van het handelen van ING Bank. In dat geval kan de afwijzing van die vordering door het hof als onvoldoende begrijpelijk niet in stand blijven.

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. Dit heeft het Gerechtshof niet miskend. Het principale cassatieberoep klaagt echter terecht over het door het hof gelegde verband tussen de marktwaarde van de renteswap en het Euribortarief en over de toewijzing van enige schadeposten. De oordelen van het hof over de toepasselijkheid van art. 6:210 lid 2 BW en de wijze van bepaling van de daarin genoemde waardevergoeding kunnen de toets der kritiek mijns inziens doorstaan. 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 *Cliënt c.s./ABN AMRO* (18/03941) en *Cliënt/Rabobank* (18/03942)¹ en de cassatiezaken *ABN AMRO/[A]* (18/00875) en *ING/Cliënt* (18/01155).²

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

1.3 In de vier zaken gaat het steeds om ondernemers die met de 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/Cliënt* stelde de bank een renteswap als voorwaarde voor het verstrekken van een lening. In *Cliënt c.s./ABN AMRO* was reeds een aantal swaps gesloten en stelde de bank bij een herfinanciering de voorwaarde dat de helft van het kredietrisico zou worden afgedekt.

In *ABN AMRO/[A]* en in *Cliënt/Rabobank* is vastgesteld, en in *Cliënt c.s./ABN AMRO* is gesteld, dat de

6 Vgl. akte na derde tussenarrest nr. 17–22, met verwijzing naar o.m. memorie van grieven nr. 39–42, 76 en 130. Vgl. ook memorie van grieven nr. 5 derde bullet, 57, 70, 76–80, 84, 102, 104, 106, 109; pleitnota in hoger beroep van mrs. Tonino en Bais nr. 19, 54–56; akte na tweede tussenarrest nr. 7 onder a.

7 Vgl. onder meer incidentele conclusie inhoudende 843a Rv vordering nr. 24 e.v.

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

3 Dan wel met een aan de bank gelieerde partij.

bank ter zake van de renteswap optrad als adviseur van haar cliënt.

1.4.1 In de onderhavige zaak *ING/Cliënt* wilde de cliënt zijn leningen beëindigen en overstappen naar een andere bank. De bank stelde als voorwaarde voor beëindiging dat de cliënt aanvullende zekerheden stelde (voor een bedrag van € 1.35 miljoen) voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de renteswapovereenkomst. De cliënt heeft extra zekerheid gesteld en zijn leningen, later dan hij wenste, beëindigd.

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

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

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

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

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

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

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

De verschillende vragen

1.5 Dit is de eerste maal dat de Hoge Raad zich kan uitspreken over de mededelingsplicht bij dwa-

ling 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 *waarschuwingplicht* kan voortvloeien. Het Hof Amsterdam oordeelt dat de zorg- en waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht. Geldt dat ook bij renteswapzaken?

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

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

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

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, *NTRB* 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.

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

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

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

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

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

1.12 Resumerend: (zie tabel volgende pagina)

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

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

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

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

Aanwezigheid van nadeel kan soms leiden tot toepassing van art. 6:230 BW: de 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 Herstellkader (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 Cliënt is oprichter en eigenaar van een grote jeansketen met 80 winkels in binnen- en buitenland. Daarnaast koopt hij in privé winkelpanden, die hij vervolgens verhuurt.

2.2 In het voorjaar van 2008 was Cliënt voornemens zes winkelpanden te kopen, voor een totale koopsom van € 5.854.207. Cliënt benaderde met het oog op het verkrijgen van een additionele lening zijn vaste contactpersoon bij ING Real Estate Finance N.V. (hierna: ING REF).

2.3 ING REF stelde als voorwaarde voor het aangaan van de nieuwe lening dat het renterisico op de nieuwe en de bestaande geldleningen (met een gezamenlijke waarde van € 13,534 miljoen) voor een bedrag van € 6,75 miljoen wordt afgedekt.

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

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

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

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 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, *JOR* 2015/334 m.nt. J.M. Atema en P.F. Hopman, *Ondernemingsrecht* 2016/37 m.nt. T.M.C. Arons, FR 2015/11 m.nt. S.J. Hoes-Weishut, H. de Rooij en A.E.E. Verspyck Mijnsen, rov. 3.1.1-3.1.14.

	<i>Clïënt c.s./ABN AMRO Clïënt/Rabobank</i>	<i>ABN AMRO/[A]</i>	<i>ING/Clïënt</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

2.4 Op 7 april 2008 heeft ING Bank N.V. (hierna: ING) voor Clïënt een presentatie over risicomangement gehouden. Het daarbij gebruikte schriftelijke materiaal geeft een beknopte omschrijving van verschillende rente-afdekkingsinstrumenten, te weten de Interest Rate Swap (hierna ook: renteswap), de CAP (een renteoptie waarmee tegen betaling van een premie de maximale rente beperkt wordt tot een vooraf vastgelegd percentage) en de RenteVastlening. Onder het kopje '1. Keuze rente-afdekkinginstrument' is over de renteswap vermeld:

"Met de IRS legt u zich vast voor een kapitaalmarkt looptijd
Een vaste calculatie van uw financieringslast is mogelijk
(= Fixatie) naar keuze"

Onder het kopje '3. Maatwerkoplossing' worden de volgende voor- en nadelen van de renteswap genoemd:

"Voordelen:

- Eenvoudig veranderen van een rentestructuur » variabele financiering wordt fixe financiering
- Flexibiliteit t.a.v. ingangsdatum en cash-flowschema
- U kiest zelf de ingangsdatum van de swap
- De swapstructuur kan naadloos worden aangesloten op de onderliggende financiering
- Bij tussentijds openbreken kan een opbrengst worden verkregen » contante waarde
- Transparantie via www.ingotcr.com over contante waarde

Nadelen:

- Geen mogelijkheid om te profiteren van een relatief lage geldmarktrente (Euribor); de rente is immers gefixeerd"
- Onder het kopje '5. Samenvatting' is onder meer het volgende opgenomen:
- Rentederivaten zijn flexibel; elk schema, elke ingangsdatum etc kan bestaan,
 - Rentederivaten zijn GEEN kredietverlening; (...),
 - Rentederivaten zijn vrij van overige kosten: % = %, premie = premie,
 - Nu de rente laag en invers is, is overstappen naar een vaste rente aantrekkelijk,
 - Bij de verkoop van Rentederivaten hebben wij een Zorg- en Informatieplicht; de AFM houdt hier nadrukkelijk toezicht op,"

2.5 Op 16 april 2008 hebben Clïënt en ING een "Raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet professionelen)" gesloten (hierna: de raamovereenkomst). De raamovereenkomst bevat algemene bepalingen die van toepassing zijn op alle transacties die tussen ING Bank en de clïënt, in dit geval Clïënt, worden gesloten in niet-beursverhandelde derivaten. Bij de raamovereenkomst heeft Clïënt ook een zogenoemde Product Kaart - Interest Swap (hierna: de Productkaart) ontvangen. De Productkaart bevat onder andere de volgende tekst:

"Wat is een Interest Rate Swap?

Een Interest Rate Swap (swap) is een instrument dat gebruikt kan worden om het renterisico op bestaande en toekomstige financieringen beheersbaar te maken. Een swap stelt een onderneming in staat om eenvoudig de rentetypische looptijd van een financiering te wijzigen zonder dat de onderliggende lening hiervoor veranderd hoeft te worden. Een swap wordt vaak in combinatie met een nieuwe (variabele) lening toegepast.

(...)

Belangrijkste Product Kenmerken:

- Aanwezig in de meest gangbare valuta's (o.a. €, GBP, CHF, USD).
- Minimale hoofdsom (equivalent van) Euro 1 miljoen.
- Gangbare looptijden vanaf 1 jaar tot 10 jaar.
- Een swap is een los verhandelbaar financieel contract. Het staat los van de onderliggende lening.

(...)

Voordelen

- Een swap is een maatwerkproduct en kan wat betreft 'reken' hoofdsom, ingangsdatum en onderliggende looptijd precies gekoppeld worden aan de behoefte van de gebruiker. Aflossings- en opnameschema's zijn mogelijk.
- Met een swap is het eenvoudig om van rentetypische looptijd te veranderen
- Met een swap is het mogelijk om toekomstig rente exposure per heden te sturen (hedge). Per heden is het mogelijk om een swaptarief voor een toekomstige financiering af te spreken.
- en swap kan eenvoudig worden afgewikkeld. Dit gebeurt middels een verrekening van de contante waarde van de swap. Deze kan negatief (boeterente) of positief (opbrengst) zijn.

Risico's

De componenten die de prijs van een swap bepalen, zoals looptijd, rente en vraag en aanbod op de kapitaalmarkten, zijn gedurende de looptijd aan veranderingen onderhevig. Koersen kunnen fluctueren. Eén en ander betekent dat de prijs zoals die in de markt geldt voor de transacties gedurende de looptijd kan verschillen van de prijs die is afgesproken bij het aangaan van de betreffende transactie. Naarmate het tijdsverloop tussen het moment van aangaan en het nakomen van de aangegane verplichting groter is, is dit risico groter. Desalniettemin kunnen de bovenomschreven typen transacties een uitstekend hulpmiddel zijn om de risico's die voortvloeien uit uw normale bedrijfsvoering te beheersen.

(...)

Zekerheden

ING Bank dient erop toe te zien dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan hun actuele verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Hierover maken u en ING Bank samen zogenaamde 'margin' afspraken. Indien er door marktomstandigheden een margintekort dreigt te ontstaan, zal ING Bank u onverwijld hierover schriftelijk informeren. Indien zich daadwerkelijk een tekort voordoet, dient u maatregelen te nemen om dit tekort ongedaan te maken bijv. door het stellen van additionele zekerheden. Bij het in gebreke blijven met het tijdig aanzuiveren van het geconstateerde margintekort zal de bank noodgedwongen overgaan tot het eenzijdig sluiten van de ingenomen posities."

2.6 Gelijktijdig met het afsluiten van de raamovereenkomst hebben ING en Cliënt een overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' ten bedrage van maximaal € 700.000 gesloten. Deze overeenkomst bevat onder meer de volgende passages:

"2.1 Onder de volgende voorwaarden en bedingen zal de Bank aan de Kredietnemer vanaf de datum van ondertekening van deze overeenkomst een faciliteit ter beschikking stellen ten bedrage van maximaal € 700.000 (...), waarover hij kan beschikken voor het voldoen aan Marginverplichtingen voortvloeiende uit met de Bank ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegane OTC-derivaten transacties middels de blokkade van de met de Marginverplichtingen samenhangende bedragen onder deze faciliteit.

2.2 De faciliteit kan te allen tijde (gedeeltelijk) door de Kredietnemer of de Bank worden opgezegd. Door de opzegging eindigt terstond de mogelijkheid om aan de Marginverplichtingen te voldoen door de blokkade daarvan onder deze faciliteit.

Bij opzegging is de Kredietnemer gehouden onmiddellijk ten genoegen van de Bank zekerheid te stellen ter securering van de (betalings)verplichtingen verband houdende met de OTC-derivaten transacties zoals bedoeld in deze overeenkomst."

2.7 ING REF heeft een aantal offertes aan Cliënt uitgebracht voor een nieuwe lening van € 5.250.000, steeds tegen het 3-maands Euribor-tarief. Alle offertes bevatten voorts onder andere de volgende tekst:

"Het renterisico op onderhavige geldlening en de bestaande geldleningen bij ING Real Estate Finance N.V. ten name van de geldnemer zal voor een leningbedrag ad minimaal € 6.750.000 ingedekt dienen te worden, bijvoorbeeld door middel van een derivatenovereenkomst bij ING Bank N.V."

2.8 De door ING overgelegde offerte van 18 april 2008 is door Cliënt ondertekend en wordt door partijen gezien als de leningovereenkomst. De rente is het 3-maands Euribor-tarief verhoogd met een opslag van 0,83%. Het totaalbedrag aan leningen van ING aan Cliënt bedroeg daarmee € 13.534 miljoen (€ 8.284 miljoen bestaand en € 5.25 miljoen nieuw).

2.9 Op 22 april 2008 is tussen Cliënt en ING een renteswapovereenkomst gesloten voor een bedrag van € 10 miljoen en een vaste rente van 4,45%. De einddatum van de renteswap is 1 mei 2015. Met de renteswap overeenkomst ruilt (swapt) Cliënt de variabele 3-maands Euribor-rente op een deel, € 10 miljoen, van de van ING REF geleende hoofdsom tegen een vaste rente van 4,45%.

2.10 ING heeft Cliënt in kennis gesteld van zijn MiFiD kwalificatie, te weten dat ING hem heeft ingedeeld in de categorie niet-professionele cliënten. ING heeft geen uitgebreid cliëntprofiel van Cliënt opgesteld en ook geen geschiktheidstoets uitgevoerd.

2.11 Na afloop van genoemde leningovereenkomst hebben ING REF en Cliënt in april 2009 een nieuwe leningovereenkomst met een looptijd van één jaar gesloten tegen een 3-maands Euribor-tarief en een debetrenteopslag van 1,60%, in april 2010 met een opslag van 1,95% en in april 2011 van 1,85%.

2.12 ING REF is in 2010 als verdwijnende vennootschap gefuseerd met ING.

2.13 Op 23 februari 2011 hebben ING en Cliënt een nieuwe overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' gesloten. De allowancefaciliteit die ING ter beschikking stelt, bedraagt maximaal € 1.700.000. Bij brief van 17 september 2012 heeft ING de allowancefaciliteit verlaagd naar € 1.350.000.

2.14 Op 16 februari 2012 heeft ING Cliënt geïnformeerd over de beoogde opslagverhoging van de door ING verstrekte geldlening naar 3,04%. Kort daarna is Cliënt, stellend dat hij zich door ING misleid voelde vanwege de verhoging van de rente-opslag, op zoek gegaan naar een andere bank. Op 23 april 2012 heeft Cliënt aan ING meegedeeld dat hij alle lopende geldleningen met ingang van 1 juli 2012 wenst af te lossen en op dat moment in gesprek is met een andere bank over de herfinanciering.

ring van deze leningen. Vanaf begin mei 2012 zijn concrete opties voor de aflossing van de bestaande leningen met ING besproken. Op 25 juni 2012 heeft ING meegedeeld dat Cliënt de lopende geldleningen pas kan beëindigen als hij voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de swap aanvullende zekerheden stelt voor een bedrag van € 1,35 miljoen.

2.15 Bij brief van 27 juni 2012 heeft Cliënt ING geïnformeerd over zijn ongenoegen over de gang van zaken en heeft hij de renteswap buitengerechtelijk vernietigd.

3 Procesverloop

3.1 Cliënt heeft ING bij exploit van 14 december 2012 gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en, samengevat, (primair) een verklaring voor recht gevorderd dat de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd en veroordeling van ING tot (terug)betaling van diverse bedragen. Daaraan heeft hij onder meer een beroep op dwaling ten grondslag gelegd. ING heeft verweer gevoerd.

3.2 Bij eindvonnis van 27 november 2013 heeft de rechtbank Amsterdam de vorderingen afgewezen. De rechtbank overweegt, samengevat, dat uit het door ING aan Cliënt verstrekte materiaal onvoldoende blijkt dat een deel van de rente (de Debetrenteopslag) niet gefixeerd wordt door de swap (rov. 4.3), maar dat niet is gebleken dat Cliënt hierover in een verschoonbaar onjuiste veronderstelling verkeerde omdat hij met ING steeds onderhandelde over de rente (rov. 4.4). Uit het verstrekte materiaal blijken eveneens onvoldoende de exitkosten (potentiële kosten verbonden aan een voortijdig einde van de renteswap) en de (on)mogelijkheden ten aanzien van herfinanciering (rov. 4.5). Maar nu duidelijk was aangegeven dat de renteswap een negatieve waarde kon krijgen en dat de noodzaak kon bestaan tot het aanhouden van zekerheden in dat verband, had op de weg van Cliënt als ervaren ondernemer en vastgoedbelegger gelegen om zich dienaangaande nader te laten informeren indien hij – zoals hij stelt – niet op de hoogte was van de daaraan verbonden kosten en (on)mogelijkheden in geval van herfinanciering. Bovendien is de rechtbank van oordeel dat niet aanmerkelijk is geworden dat Cliënt, indien hij wel volledig was geïnformeerd over de exitkosten en eventuele complicaties bij herfinanciering, de renteswap niet zou hebben gesloten (rov. 4.6). De rechtbank heeft ook de subsidiaire vordering tot schadevergoeding afgewezen (rov. 4.8).

3.3 Cliënt is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam. Na wijziging van eis bij memorie van grieven, vordert Cliënt in hoger beroep, kort samengevat, primair, (i) een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd en voorts veroordeling van ING tot betaling van (ii) alle onder de renteswap betaalde bedragen, (iii) de wettelijke rente over het bedrag dat onverschuldigd als margin is gestort, (iv) een bedrag van € 88.123 ter zake van door ING veroorzaakte vertraging in de aflossing van de

geldleningen van Cliënt, (v) een bedrag van € 766 voor notariskosten ter verstrekking van zekerheid voor de renteswap en (vi) een bedrag van € 10.936 ter zake van door Cliënt gemaakte redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid. ING heeft verweer gevoerd.

3.4 In zijn eerste tussenarrest van 25 november 2014 heeft het hof overwogen de incidentele vordering op de voet van art. 843a Rv van Cliënt en de hoofdzaak gezamenlijk te behandelen.¹¹ In zijn tweede tussenarrest van 15 september 2015 (hierna: TA2)¹² oordeelt het hof dat Cliënt de swapovereenkomst terecht buitengerechtelijk heeft vernietigd en wordt de zaak naar de rol verwezen voor verder debat over de afwikkeling van de vordering uit onverschuldigde betaling. In zijn derde tussenarrest van 15 november 2016 (hierna: TA3)¹³ begroot het hof het bedrag van de vordering uit onverschuldigde betaling en wordt de zaak naar de rol verwezen voor uitlegging van partijen daarover. Voorts bepaalde het hof in deze tussenarresten welke overige vorderingen voor toewijzing in aanmerking komen.

Bij eindarrest van 19 december 2017 (hierna: EA)¹⁴ vernietigt het hof het eindvonnis van de rechtbank, verklaart het hof voor recht dat de renteswapovereenkomst op grond van dwaling buitengerechtelijk is vernietigd en veroordeelt het hof ING om aan Cliënt te betalen € 919.927 uit hoofde van onverschuldigde betaling, € 88.123 en € 766 uit hoofde van schadevergoeding en € 7.846,45 uit hoofde van verschuldigde expertisekosten, met rente en proceskosten. Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

3.5 ING heeft bij procesinleiding, ingediend op 16 maart 2018, cassatie ingesteld tegen de twee tussenarresten TA2 en TA3 en het eindarrest. Cliënt heeft bij verweerschrift geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en tevens (gedeeltelijk voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen de twee tussenarresten TA2 en TA3 en het eindarrest.¹⁵ ING heeft daarop geconcludeerd tot verwerping van het (gedeeltelijk voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht¹⁶ en vervolgens gereageerd op elkaars toelichting.¹⁷

11 Gerechtshof Amsterdam 25 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4903.

12 Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, JOR 2015/334 m.nt. J.M. Atema en P.F. Hopman, *Ondernemingsrecht* 2016/37 m.nt. T.M.C. Arons, *FR* 2015/11 m.nt. S.J. Hoes-Weishut, H. de Rooij en A.E.E. Verspyck Mijnsen.

13 Gerechtshof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4631.

14 Gerechtshof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5275.

15 In het B-dossier ontbreken de p. 83-84 van de memorie van antwoord.

16 Hierna s.t. ING en s.t. Cliënt.

17 Hierna: Replik (van ING) en Dupliek (van Cliënt).

4 Overzicht van de arresten van het hof en van de te behandelen vragen

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

Dwaling (mededelingsplicht)

(i) Cliënt betoogt dat ING hem onvoldoende heeft voorgelicht over de marginverplichtingen en de allowancefaciliteit. (TA2 rov. 3.3)

(ii) In verband met art. 6:228 BW geldt dat ING een mededelingsplicht heeft, mede gelet op de aard van de rechtsverhouding van ING met Cliënt, en Cliënt een onderzoeksplicht. (TA2 rov. 3.5 en 3.7)

(iii) In de samenvatting van de presentatie over renterisicomanagement wordt vermeld dat ING bij de verkoop van rentederivaten een zorg- en informatieplicht heeft en dat de AFM hier nadrukkelijk toezicht op houdt. (TA2 rov. 3.8)

(iv) Onder meer de presentatie over risicomanagement, de productkaart, de raamovereenkomst en de overeenkomst Allowance faciliteit OTC-derivatentransacties geven geen enkele informatie over de potentiële omvang van de marginverplichtingen en de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribor-tarief en de stijging van de marginverplichtingen. (TA2 rov. 3.10)

(v) Daaruit blijkt evenmin dat de allowancefaciliteit ertoe strekt Cliënt een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van Cliënt boekt. Aangenomen moet worden dat de allowancefaciliteit geen onderdeel is geweest van de voorlichting van Cliënt. (TA2 rov. 3.10)

(vi) Tegenover de verplichtingen op grond van de renteswap zijn 'saldi' als bedoeld in art. 86 lid 1 Bgfo¹⁸ aanwezig op grond van een kredietfaciliteit (de allowancefaciliteit). Die kredietfaciliteit is afgedekt met de zekerheden, die niet voor de marginverplichtingen kunnen worden uitgewonnen indien die verplichtingen niet leiden tot een vordering van ING op Cliënt. (TA2 rov. 3.10)

(vii) ING is tekortgeschoten in haar (ook wettelijk in art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo verankerde) informatieplicht. (TA2 rov. 3.11)

(viii) De documentatie schiet qua voorlichting tekort nu enkel in algemene termen over zekerheden en margin wordt gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult. (TA2 rov. 3.11)

(ix) ING had Cliënt moeten informeren dat de allowancefaciliteit die ING in het leven heeft geroepen om te voldoen aan de marginverplichtingen, een kredietfaciliteit is waarvoor ook de gestelde hypothecaire zekerheden kunnen worden uitgewonnen, en geen 'kosteloos extraatje'. Zij had niet mogen volstaan met de summiere schriftelijke informatie en had het belang en de functie van de allowancefaciliteit niet mogen bagatelliseren door die faciliteit als een formaliteit weg te zetten. (TA2 rov. 3.11)

(x) ING had Cliënt erop moeten wijzen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van Cliënt is verslechterd en heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag. (TA2 rov. 3.11)

(xi) De overgang naar de nieuwe financier is bemoeilijkt doordat de allowancefaciliteit vanwege de marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en De Cliënt tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen. ING had Cliënt bij het aangaan van de renteswap op die complicaties als gevolg van de daling van het 3-maands Euribor-tarief dienen te wijzen, hetgeen zij heeft nagelaten, te meer omdat ING in het verstrekte informatiemateriaal de nadruk op het flexibele karakter van de renteswap heeft gelegd en zij wist dat Cliënt veel waarde hechtte aan een in alle opzichten flexibele wijze van financieren. (TA2 rov. 3.12)

(xii) De renteswapovereenkomst is onder invloed van dwaling tot stand gekomen. ING heeft niet tijdig de wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst meegedeeld. Dat Cliënt een swap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor € 6,75 miljoen eiste, wijst er ook op dat hij van die kenmerken onwetend was. (TA2 rov. 3.13)

Causaal verband

(xiii) Aannemelijk is dat Cliënt, indien hij wel volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het overstappen naar een andere financier, de renteswap niet zou hebben gesloten. (TA2 rov. 3.17)

(xiv) Het hof neemt daarbij in aanmerking dat het uitsluitend doel van de renteswapovereenkomst de afdekking van het renterisico is¹⁹ en die afdekking met de renteswap maar gedeeltelijk wordt bereikt doordat de rentefixatie niet geldt voor de debetrenteopslag. (TA2 rov. 3.17)

Vordering uit onverschuldigde betaling

(xv) Cliënt heeft de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk vernietigd. (TA2 rov. 3.18)

(xvi) Partijen hebben wederzijds vorderingen uit onverschuldigde betaling verkregen (art. 6:203 BW). Zij zijn het erover eens dat Cliënt uit hoofde van de renteswap netto € 1.352.254 (het renteswappercentage van 4,45% verminderd met het 3-maands Euribor-tarief) aan ING heeft betaald (hierna: het Nettobedrag). (TA2 rov. 3.19)

¹⁸ Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

¹⁹ Zie ook TA2 rov. 3.6.

(xvii) Het beroep van ING op art. 3:53 lid 2 BW en art. 6:278 lid 2 BW wordt verworpen. (TA2 rov. 3.22) (xviii) De prestatie van ING, het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente, is naar haar aard niet vatbaar voor restitutie (art. 6:210 lid 2 BW). (TA2 rov. 3.21)

(ix) Het hof acht het redelijk het (rente)bedrag dat Cliënt aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdeckingsvariant (rente-vastlening of rentecap) die het beste bij zijn positie paste als de aan ING te vergoeden waarde in aanmerking te nemen. Dat bedrag komt dan in mindering op het bedrag dat Cliënt in totaal aan swaprente heeft betaald, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele verhogingen of verlagingen op grond van verschuldigde (rente)opslagen. (TA2 rov. 3.21)

(xx) Een rentevaste lening met een looptijd van zeven jaren zou het beste bij Cliënt hebben gepast. Cliënt zou gefaseerd rentevastleningen tot € 6,75 miljoen hebben afgesloten. (TA3 rov. 2.5-2.7)

(xxi) Indien de kosten van een rentevastlening worden vergeleken met de kosten van een renteswap moet het totaal betaalde bedrag aan swaprente worden verhoogd met alle door Cliënt op zijn Euribor-leningen bij ING en Svenska Handelsbanken betaalde (debetrente)opslagen. Die bijtelling is nodig omdat bij een rentevastlening alle (debetrente)opslagen in het vaste rentetarief zijn verwerkt. Met het totaalbedrag aan Euribor-rente dat Cliënt van ING heeft ontvangen behoeft geen rekening te worden gehouden, omdat dat wegvalt tegen het totaal bedrag aan Euribor-rente dat Cliënt op de leningen bij ING en Svenska Handelsbanken heeft betaald. (TA3 rov. 2.8)

(xxii) Cliënt heeft € 3.161.972 aan swaprente betaald en € 1.161.307 aan opslagen, in totaal € 4.323.279. Zonder swapovereenkomst zou Cliënt een rentevastlening van (afgerond) € 6,3 miljoen zijn aangegaan tegen een rentevasttarief van 5,95 %, ²⁰ € 3,7 miljoen variabel hebben gefinancierd tegen Euribor-rente met een opslag en daarvoor aan ING hebben betaald € 2.663.518 aan vaste rente, € 310.150 aan Euribor-rente en € 429.684 aan opslag, in totaal € 3.403.352. Daaruit volgt dat Cliënt uit onverschuldigde betaling een vordering van € 4.323.279 - € 3.403.352 = € 919.927 op ING heeft. (TA3 rov. 2.9, 2.10-2.12; EA 2.6, 2.7 en 2.11)

Overige vorderingen

(xxiii) Voor vergoeding komen in aanmerking de gevorderde schade van € 88.123 wegens door ING veroorzaakte vertraagde aflossing van de leningen, de notariskosten van € 766 voor het vestigen van de tweede hypotheek en de kosten van € 7.846,85

voor de door Cliënt ingeschakelde deskundige. (TA2 rov. 3.25 en TA3 rov. 2.18).

(xxiv) De incidentele vordering van Cliënt wordt bij gebrek aan belang afgewezen. (EA rov. 2.11)

4.2 Het principale cassatiemiddel van ING bevat negen onderdelen, met verschillende subonderdelen. De *onderdelen 1 en 2* klagen over het oordeel in TA2 rov. 3.10-3.13 dat ING haar mededelingsplicht heeft geschonden. *Onderdeel 3* klaagt over het oordeel in TA2 rov. 3.17 dat er causaal verband is. De *onderdelen 4, 5 en 9* klagen over de wijze waarop het hof in TA2 rov. 3.21, TA3 rov. 2.7 en 2.10, en in EA rov. 2.7, de uitgangspunten voor en het bedrag van de vordering uit onverschuldigde betaling heeft vastgesteld. De *onderdelen 6 en 7* klagen over de verwerping van het beroep op art. 3:53 lid 2 BW en 6:278 lid 2 BW in TA2 rov. 3.22. *Onderdeel 8* klaagt over de toewijzing in TA2 rov. 3.25 van de schadeposten wegens vertraagde aflossing van de leningen en de notariskosten voor het vestigen van de tweede hypotheek.

4.3 Het incidentele cassatiemiddel van Cliënt bevat zes onderdelen, met verschillende subonderdelen. De *onderdelen 1 t/m 5* klagen, onvoorwaardelijk, over de wijze waarop het hof in TA2 rov. 3.21 e.v., TA3 rov. 2.2, 2.5 en 2.6, en in EA rov. 2.4 en 2.7, de uitgangspunten voor en het bedrag van de vordering uit onverschuldigde betaling heeft vastgesteld. *Onderdeel 6* klaagt, voorwaardelijk, over de afwijzing van de incidentele vordering in EA rov. 2.11.

4.4 De onderdelen van het principale middel van ING die mededelingsplicht bij dwaling aan de orde stellen, hebben deels een principieel karakter. Deze problematiek is ook aan de orde in de prejudiciële vragen die de rechtbank Amsterdam heeft gesteld (zaaknr. 18/02941 en 18/03942) en in de zaak *ABN AMRO/[A]* (zaaknr. 18/09875), waarin ik heden eveneens concludeer.

4.5 De wijze waarop het hof de vordering uit onverschuldigde betaling heeft vastgesteld, heeft mijns inziens eveneens zaakoverstijgend belang.

4.6 De overige klachten van het principale middel van ING en van het incidentele middel van Cliënt betreffen vragen die alleen zien op de behandeling van deze zaak.

4.7 Onder 5 van deze conclusie volgt een inleiding over rentederivaten en onder 6-8 een bespreking van de mededelingsplicht bij dwaling in verband met renteswaps. Onder 9 volgt een bespreking van de onderdelen 1-3 en 6-9 van het principale cassatiemiddel van ING. De onderdelen 4-5 van het principale cassatiemiddel en de onvoorwaardelijke klachten van het incidentele cassatiemiddel van de Cliënt betreffen de vaststelling van de vordering uit onverschuldigde betaling; zij worden onder 10 besproken evenals de voorwaardelijke klacht van het incidentele cassatiemiddel.

5 Rentederivaten

Renteswaps en andere rentederivaten

5.1 Vanaf circa 2005 zijn banken rentederivaten, vooral renteswaps, gaan aanbieden aan hun

²⁰ Het in TA3 rov. 2.1 en 2.15 gehanteerde vastrentepercentage van 5,53% (dat resulteerde in een bedrag van € 2.475.505) is door het hof in het eindarrest bijgesteld naar 5,95% (resulteerde in een bedrag van € 2.663.518).

klanten in het MKB.²¹ 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.²²

Ruim 21.000 MKB-klanten hebben in deze periode rentederivatencontracten met een looptijd van 10 jaar²³ 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.²⁴

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:²⁵

“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,²⁶ 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 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.²⁷

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.

21 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.

22 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.

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

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

25 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 vastrentelening 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 Ondernemingsrechtpraktijk (TOP)* 2012/8, p. 312; L.A. van Amsterdam, Van ruilen komt huilen? Renteswaps in de rechtspraak, *Onderneming en Financiering*, 2013/4, p. 17.

26 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).

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

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 rentebetalen van de waarde van de verwachte toekomstige variabele rentebetalen gaat overschrijden. Bij een stijging van de variabele rente pakt de renteruil voordelig uit voor de klant.²⁸ 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 Rentewapcontracten 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 rentewapcontracten 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 rentewap 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*.²⁹ *Overhedge* en andere gevallen waarin de modaliteiten van de swap afwijken van die van de onderliggende lening,³⁰ worden in het UHK *mismatch* genoemd.

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

risico van een margin call, loopt de cliënt een liquideitsrisico.³¹

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.³² Volgens ABN AMRO is dat niet het geval.³³ 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.³⁴ ING heeft zich hierover, als ik het goed zie, in de prejudiciële procedures niet uitgelaten.

5.6.4 Een renteswapovereenkomst heeft een marktwaarde die aan het begin en aan het einde van haar looptijd nul is. Tijdens de looptijd van de swap varieert de marktwaarde ervan. Deze waarde kan negatief zijn of positief. Het UHK omschrijft de marktwaarde als:³⁵

"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 marktwaarde te worden betaald (een *negatieve waarde* door de klant aan de bank, een *positieve waarde* door de bank aan de klant).

31 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 boeekt. 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.

32 J.M. Atema en P.F. Hopman, *JOR*/2015334 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."

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

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

35 UHK nr. 2.1.1, p.10.

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

29 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.

30 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.

5.6.5 Het vaste rentetarief dat de klant onder de swap aan de bank betaalt, bestaat uit een (vaste) rentecomponent en een opslag (marge) voor de bank, waaruit zij haar kosten voldoet, waaronder de kosten van het aantrekken van kapitaal (liquiditeitsopslag) en de voorziening in het debiteurenrisico (debiteurenopslag of kredietopslag), en haar winst behaalt.³⁶ 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.³⁷

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.³⁸ Bij gedeeltelijke aflossing van de lening, kan een *overhedge* ontstaan indien de swap niet goed is afgestemd op de aflossingen. Ook wijziging door de bank van de opslag die deel uitmaakt van het vasterentetarief dat de klant onder swap betaalt, heeft in de praktijk tot geschillen geleid.

Het Uniform Herstelkader

5.8 Uit een verkennend onderzoek uit 2013 van de AFM blijkt dat de dienstverlening van sommige banken aan het professionele MKB bij het afsluiten van rentederivaten voor verbetering vatbaar is.³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹ Voorts constateerde de AFM eind 2015 bij diverse banken onjuistheden en onvolledigheden.⁴² Naar aanleiding van deze onjuistheden en onvolledigheden en ter voorkoming dat klanten onvoldoende zouden worden gecompenseerd, heeft de Minister van Financiën een commissie van deskundigen ingesteld die onderzoek zou moeten doen en overleg met alle belanghebbenden zou moeten voeren teneinde de herbeoordeling en compensatie op een correcte wijze te laten verlopen. Deze zogenaamde Derivatencommissie, bestaande uit de heren [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3], presenteerde begin 2016 een aanpak voor het herstel door banken voor klanten met rentederivatenproducten. Dit Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB (UHK) is op 19 december 2016 door de Derivatencommissie vastgesteld. De betrokken banken (ABN AMRO BANK, Deutsche Bank, ING Bank, Rabobank, SNS Bank en Van Lanschot) hebben hiermee ingestemd.

5.10 Het UHK is slechts onder bepaalde voorwaarden van toepassing. Het geldt alleen indien een klant met een bank een rentederivaat is aangegaan dat binnen het in het UHK gedefinieerde temporele bereik valt en wanneer de klant als niet-professioneel en niet-deskundig is te kwalificeren.⁴³ 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.⁴⁴

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

³⁶ Rutten, *TOP* 2012/8, p. 313; Wijers, *TOP* 2014/6.

³⁷ Bij de Hoge Raad is onder nr. 18/01151 een zaak aanhangig waarin het gaat om de toets aan de Richtlijn oneerlijke bedingen van een wijzigingsbeding bij hypothecaire leningen met een variabele rente, zoals beoordeeld door Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5248, *JOR* 2018/152 m.nt. J.M. van Poelgeest (ABN AMRO/Stichting SDB en ABN AMRO/Stichting Euribar).

³⁸ 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.

³⁹ AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semi-publieke instellingen en het professioneel MKB, September 2013, p. 3.

⁴⁰ Zie voor de toelichting op deze aanbevelingen en de aanbevelingen zelf: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2014/feb/aanbevelingen-rentederivaten>.

⁴¹ 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>).

⁴² 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>).

⁴³ Zie hoofdstuk 3 van het UHK van 19 december 2016.

⁴⁴ Zie de Vierde voortgangsrapportage van de AFM van 31 januari 2019, p. 4, te vinden op: <https://www.afm.nl/-/profmedia/files/onderwerpen/derivaten/voortgangsrapportage-4.pdf?la=nl-nl>.

noodzakelijk substituu).⁴⁵ In de tweede stap worden alle technische onvolkomenheden van een rentederivaat hersteld (deze stap heeft betrekking op mismatches, margin calls en vervroegd aflossen en bedrijfsbeëindigingen). Dit dient ertoe het rentederivaat in overeenstemming te brengen met de onderliggende financiering. In stap drie ontvangt de klant met een renteswap en/of rentecollar een coulancevergoeding van de bank (voor een rentecap wordt deze stap niet doorlopen). In de vierde en laatste stap wordt de klant door de bank vergoed voor eventuele toegepaste verhogingen van de renteopslag op een variabelrentende lening in combinatie met een rentederivaat.

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

Geschillen

5.13 De rentederivatenproblematiek heeft tot nu toe tot circa 185 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken geleid.⁴⁶ Ik vermeld verder alleen uitspraken waarin is geoordeeld over een beroep op dwaling⁴⁷ of over een beroep op dwaling en schending van de zorgplicht.⁴⁸

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

art. 6:230 BW⁴⁹ of omdat naar het oordeel van de rechter kennelijk belang ontbrak.⁵⁰

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.⁵¹ Indien tevens een beroep was gedaan op zorgplichtschending, werd soms ook

⁴⁵ Para. 3.2 UHK.

⁴⁶ 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" voorkomt. Onder de zaken zijn ook enige conclusies van het parket bij de Hoge Raad begrepen.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ Daarnaast wordt bijvoorbeeld ook een beroep gedaan op ontbinding, misbruik van omstandigheden of ongerechtvaardigde verrijking. Dit blijft thans buiten beschouwing.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ 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).

⁵¹ 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.

dat beroep om deze reden afgewezen.⁵² 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.⁵³

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.⁵⁴ 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,⁵⁵ gaan de commissies expliciet in op de wijze van informatievervalsing⁵⁶ en de

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

53 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 (bewijislevering 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).

54 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 (bewijislevering nodig of cliënt voldoende is geïnformeerd).

55 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.

56 Geschillencommissie 7 juli 2017, 2017-430.

vraag of het product naar behoren functioneert doordat het bijvoorbeeld voldoende samenhang heeft met de onderliggende financiering.⁵⁷ De commissies gaan in enkele zaken ook expliciet in op de toepasselijke zorgplicht en de daaruit volgende vereisten, alsmede het beroep op dwaling.⁵⁸

6 *Dwaling wegens schending van een mededelingsplicht*

Vereisten voor dwaling en voor het bestaan van een mededelingsplicht

6.1 Het gaat hier in wezen⁵⁹ 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 verschoonbaarheid⁶⁰ al verdisconteerd.

Het vereiste dat de dwaling geen uitsluitend toekomstige omstandigheid mag betreffen,⁶¹ speelt thans geen rol en blijft daarom buiten beschouwing.

(1) Een onjuiste voorstelling van zaken

6.3 De onjuiste voorstelling van zaken kan zien op de aanwezigheid van een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van een bepaald gegeven of op de afwezigheid van enige voorstelling van zaken ten aanzien van een bepaald gegeven. In het laatste geval verkeert de dwalende in zuivere onwetendheid met betrekking tot bepaalde feiten of omstandigheden.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴

(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.⁶⁵

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-

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

58 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).

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

60 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.

61 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.

62 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.

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

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

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

ben gesloten.⁶⁶ Evenmin is noodzakelijk dat de dwaling een fundamenteel, wezenlijk of substantieel karakter draagt.⁶⁷ Het gaat om de subjectieve beweegredenen van de dwalende: zou deze partij deze overeenkomst hebben gesloten indien zij niet zou hebben gedwaald?⁶⁸ Dit is een feitelijke vraag.⁶⁹

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.⁷⁰

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.⁷¹ 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.⁷² 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.⁷³ 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.⁷⁴

Afhankelijk van het geval, kunnen verzwaarde eisen worden gesteld aan de motivering van de betwisting van het causale verband door de wederpartij.⁷⁵

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.⁷⁶

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.⁷⁷ 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.⁷⁸ Deze mededelingsplicht strekt ertoe te voorkomen

66 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 (*Hertrouwkwansen*).

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

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

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

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

71 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.

72 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.

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

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

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

76 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*De T/Dexia*), rov. 4.4.5 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.

77 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.

78 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.⁷⁹

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.⁸⁰ 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.⁸¹ Er mag echter niet automatisch worden aangenomen dat deskundigheid van een partij leidt tot een 'geacht worden te weten'.⁸²

(3.2) Voor de wederpartij is het causale verband kenbaar

6.10 Deze eis ziet niet op de kenbaarheid van de dwaling (dat wil zeggen de onjuiste voorstelling van zaken bij de dwalende) zelf, maar op de kenbaarheid van het causaal verband. Vereist is dat de wederpartij heeft geweten of moest begrijpen dat de omstandigheid terzake waarvan wordt gedwaald voor de dwalende essentieel was.⁸³ Indien de wederpartij mocht aannemen dat de overeenkomst ook bij een juiste voorstelling van zaken zou zijn gesloten, rust op hem geen mededelingsplicht.⁸⁴

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.⁸⁵

(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.⁸⁶ 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.⁸⁷

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.⁸⁸ Voor algemeen bekende risico's behoeft evenmin gewaarschuwd te worden.⁸⁹

(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.⁹⁰

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

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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.

⁸² 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, *Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten*, NTBR 2016/31, p. 207.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Asser/Sieburgh 6-III 2018/227.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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."

⁸⁸ 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).

⁸⁹ Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 154.

⁹⁰ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 909.

moeilijk om daarvoor algemene regels te geven en gaat de rechtspraak 'tastend haar weg'.⁹¹ Door vele auteurs is niettemin geprobeerd om de relevante gezichtspunten in kaart te brengen.⁹² 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.⁹³

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.⁹⁴ 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.⁹⁵

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*.⁹⁶ 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.⁹⁷ 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.⁹⁸

6.15.4 In HR 10 april 1998, rov. 3.6, is gewezen op het verschil tussen iets mededelen en ergens op wijzen:⁹⁹

"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."

91 Asser/Sieburgh 6-III 2018/232.

92 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.

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

94 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.

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

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

97 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.

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

99 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.¹⁰⁰

"Aan 's hofs beslissing (...) ligt kennelijk de — juiste — gedachte ten grondslag dat onder omstandigheden als waarop in het onderdeel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een 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.¹⁰¹ Hijma wijst erop dat de wederpartij ervoor moet zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent.¹⁰² 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).¹⁰³

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.¹⁰⁴

Voor een deel zijn bij deze vraag dus ook de hier-voor 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,¹⁰⁵ 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 effectenlesezaken *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.¹⁰⁶

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

¹⁰⁰ HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1991:AB7632, *NJ* 1991/759 m.nt. C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/B.*), rov. 3.4.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² Zie nr. 7 van de noot in *NJ* 2010/258.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Vgl. Jac. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.4.

¹⁰⁶ Zie Jac. Hijma in zijn noot in *NJ* 2010/258; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 164-165.

een mededeling voldoende duidelijk is.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰

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.¹¹¹

Daarbij dient te worden bedacht dat de mededelingsplicht ook strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling.¹¹²

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 afwijking van een beroep op dwaling aanvoert dat de dwalende het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.¹¹³ 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).¹¹⁴

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.¹¹⁵ 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-

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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*).

¹⁰⁹ Zie bijv. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

¹¹⁰ Zie HR 21 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*), rov. 3.2.

¹¹¹ Zie HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666 m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck*), rov. 3.3.5.

¹¹² 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.

¹¹³ 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.*).

¹¹⁴ Zie o.m. A.G. Castermans, *Mededelingsplicht, verzwijging en Vergoeding*, MvV 2015/7-8, p. 221-222.

¹¹⁵ 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 opwijzen, 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 waarschuwingsplicht en verwijs verder naar de samenvatting van de paragrafen 6 en 7 in paragraaf 8 van deze conclusie.

7 De verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht

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

lingsplicht. Er kan dus voldaan zijn aan de mededelingsplicht (zodat er geen beroep op dwaling is), terwijl niet is voldaan aan de waarschuwingsplicht (zodat er recht op vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade is). In de literatuur bestaat debat over deze rechtspraak. In de feitenrechtspraak wordt verschillend geoordeeld over de verhouding tussen de mededelingsplicht en de waarschuwingsplicht (zie hierboven in 5.15-5.16). Er is dus reden om deze verhouding nader te bespreken.

De uit de (bijzondere) zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht

7.2 De maatschappelijke functie van banken brengt een bijzondere zorgplicht mee. Die zorgplicht geldt zowel jegens cliënten van banken uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als jegens derden met de belangen van wie de banken rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Zie hiervoor HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, rov. 3.4.2, voortbouwend op vaste rechtspraak. Deze zorgplicht geldt ook jegens aanstaande cliënten.¹¹⁶

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),¹¹⁷ en ook niet aan de vraag in hoeverre de 'bijzondere' zorgplicht zich uitstrekt tot niet-particuliere cliënten.¹¹⁸ 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.¹¹⁹

7.5 De zorgplicht van de bank kan inhouden dat zij onderzoek dient te doen naar punten als de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt. De zorgplicht van de bank kan een waarschuwingsplicht inhouden.¹²⁰

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

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Vgl. ook art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden.

¹¹⁸ 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).

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, NJ 2014/176 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Van U/NBG Finance) rov. 3.4.2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/68.

de aard van de overeenkomst.¹²¹ 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,¹²² 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 verstrek-

ken informatie precies worden afgestemd op de individuele kenmerken van de consument of cliënt.¹²³

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.¹²⁴ In hoeverre dit anders is onder Mifid/Mifid II kan thans blijven rusten.¹²⁵

De waarschuwingsplicht strekt volgens de effectenleasearresten verder dan de mededelingsplicht

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

“Dat laat onverlet dat (...) op Dexia uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten rusten dan de plicht de

¹²³ 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 informatieverstrekking 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, ‘Informatieverstrekking’, 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(lijk) 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.

¹²⁴ 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 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 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*).

¹²² 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*).

¹²⁵ 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).

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. 3.3.4.¹²⁶

“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.¹²⁷ Schending van de waarschuwingplicht impliceert daarom niet dat de mededelingsplicht is geschonden. Denkbaar is dat de mede-

delingsplicht niet is geschonden en de waarschuwingplicht wel.

7.10 In de literatuur bestaat discussie over dit onderscheid. Een aantal auteurs onderschrijft het onderscheid,¹²⁸ anderen hebben kritiek.

7.11.1 In wordt het gemaakte onderscheid niet overtuigend (logisch) geacht;¹²⁹ mede omdat mededelingsplicht en waarschuwingplicht beide strekken tot bescherming van een onvoorzichtige partij.¹³⁰

7.11.2 Op dit punt dient naar mijn mening echter te worden onderscheiden.¹³¹ 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

¹²⁸ 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 gerechtvaardigdheidsgedachten 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 wisselen 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.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ 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 verbintenisrecht 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.

¹³¹ 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.

¹²⁶ HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *JOR* 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse.

¹²⁷ 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.¹³² Sieburgh noemt het onderscheid zuiver en goed verdedigbaar.¹³³

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.¹³⁴

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.¹³⁵ Daarbij doelt hij, naar ik aanneem, op de overweging van de Hoge Raad over de strekking van de waarschuwingsplicht.

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

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

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

De in een gegeven geval vereiste 'intensiteit van de mededeling' is afhankelijk van de vraag of 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.¹³⁶ 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,¹³⁷ wordt ook gewezen op mogelijke alternatieven om de gevolgen van (vernietiging wegens) dwaling te nuanceren.¹³⁸

¹³⁶ Pijs, *MvV* 2009, 10, p. 256-257; Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW B3), 2015/19.

¹³⁷ Zie onder meer Lieveer, *JOR* 1999/199 nr. 10; Pijs, *MvV* 2009/10, p. 257; Van Boom, *JA* 2009/118 nr. 2. A.C.W. Pijs '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.

¹³⁸ 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; Pijs, *MvV* 2009/10, p. 257; Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519-520; Wallinga, *WPNR* 2016/7116, par. 3.3.

¹³² C.E. du Perron, *Effectenlease. The saga continues*, *TOP* 2010/2, p. 63.

¹³³ Asser/Sieburgh 6-III 2018/231.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Hartkamp, *WPNR* (2010) 6843, p. 386.

7.15.2 In hoeverre de zojuist bedoelde veronderstelling juist is, kan in het middel blijven.¹³⁹ 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.¹⁴⁰

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.¹⁴¹

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.¹⁴²

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.¹⁴³

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

139 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.

140 J.B.M. Vranken NJ 2012/184 nr. 14.

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

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

143 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.¹⁴⁴ Daartoe wordt, kort gezegd, beargumenteerd dat dezelfde omstandigheden het bestaan van de zorgplicht en het bestaan van een mededelingsplicht bepalen en dat zij een overeenkomstige beschermingsstrekking hebben. Deze invloed zou bijvoorbeeld kunnen betekenen dat, voor zover de zorgplicht mede wordt ingevuld aan de hand van de Wft en het Bgfo, het door de bank op grond van de Wft en het Bgfo te verrichten cliëntonderzoek mede bepaalt wat de bank weet of behoort te weten over de informatiebehoefte van de cliënt, wat de bank in het licht van die behoefte aan de cliënt moet mededelen en op welke wijze dat dient te gebeuren. Voor zover de zorgplicht een waarschuwingplicht inhoudt, zou dit bijvoorbeeld ook van invloed kunnen zijn op de inhoud van de mededelingsplicht.

7.19.2 Castermans & Den Hollander zien verschillen tussen de mededelingsplicht en de Wft-verplichtingen: bij dwaling is het onderzoek gericht op de kennis van de dwalende en op wat de dwalende partij subjectief beweegt, terwijl het 'ken uw cliënt'-beginsel meer is gericht op de vraag of de transactie voor de cliënt in meer objectieve zin verantwoord is.¹⁴⁵ Maar zij betogen onder verwijzing naar onder meer HR 1 juni 1990 (genoemd in 6.15.5), dat de mededelingsplicht meer kan inhouden dan het enkel informeren van een partij in verband met de bescherming van die partij tegen eigen onvoorzichtigheid, en dat de dwalingsregeling via de verkeersopvattingen ruimte biedt om rekening te houden met publiekrechtelijke regelgeving bij het bestaan van een mededelingsplicht en de verdeling van het dwalingsrisico.¹⁴⁶ Deze auteurs:¹⁴⁷

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

en met een waarschuwing – zou deze functies van de dwaling dienen en moeten dienen gelet op de maatschappelijke positie en verhouding van de financiële onderneming tot haar cliënt.
(...)

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

7.19.3 Wallinga sluit zich aan bij het betoog van Castermans & Den Hollander en concludeert:¹⁴⁸

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

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

7.21 Wel kan worden gezegd dat de invulling die in de effectenleasearresten arresten is gegeven

144 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.

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

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

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

148 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.¹⁴⁹

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 dáár op 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 waarschuwplicht, kan gezegd worden dat beide plichten zich op een glijdende schaal bevinden, waarbij eerder is voldaan aan de mededelingsplicht dan aan de verder strekkende waarschuwplicht. 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 waarschuwplicht (7.13.1-7.13.2). De mededelingsplicht omvat echter niet ook een waarschuwplicht (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 waarschuwplicht 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 waarschuwplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij, hoewel geïnformeerd, lichtvaardig omgaat met de risico's die aan het contract zijn verbonden (7.9 en 7.11.2).

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

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

¹⁴⁹ Ik verwijs naar mijn conclusie sub 3.38.2 voor HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Vgl. hierover K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, 2012, p. 519.

de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is. Wat daartoe precies is vereist, hangt af van de omstandigheden van het geval.

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

1. Een renteswap die wordt afgesloten ter afdekking van het renterisico van een variabelrentende lening is een ingewikkeld product. De bank heeft daarover meer kennis in huis dan de gemiddelde ondernemer in het MKB.¹⁵⁰ De verwezenlijking van aan een dergelijke renteswap verbonden risico's kan voor de klant aanzienlijke (financiële) gevolgen meebrengen.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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.¹⁵³

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).¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ 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 onderdelen 1-3 en 6-9*

Onderdeel 1

9.1 Dit onderdeel, dat bestaat uit de subonderdelen 1a t/m 1m, richt zich hoofdzakelijk tegen de in onderdeel 1 onder (i) t/m (v) weergegeven oordelen van het hof in rov. 3.10-3.13 TA2. Hierin komt het hof, kort gezegd, tot de conclusie dat de renteswapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en ING niet tijdig de wezenlijke kenmerken van deze overeenkomst heeft medegedeeld. Ik geef de overwegingen van het hof weer en bespreek achtereenvolgens de klachten over de allouancefaciliteit, de mededelings- en onderzoekplicht, de relatie tussen het Euribortarief en de

¹⁵⁰ 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).

¹⁵¹ Vgl. de gezichtspunten en importantie van de informatie en de aard van de betrokken belangen (6.13).

¹⁵² Vgl. het gezichtspunt vorm, inhoud en presentatie van de mededeling (6.18.1).

¹⁵³ 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).

¹⁵⁴ 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).

¹⁵⁵ Vgl. het gezichtspunt de aard van rechtsverhouding (6.13, 6.25).

marktwaaarde van de swap en de overige klachten van onderdeel 1.

9.2.1 In rov.3.9 TA2 heeft het hof, in cassatie onbestreden, overwogen:

“3.9 De presentatie over renterisicomanagement bevat geen informatie over de met een renteswap gepaard gaande marginverplichtingen en allowancefaciliteit. De Productkaart vermeldt onder het kopje ‘Zekerheden’ dat ING erop dient toe te zien dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voorkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan hun actuele verplichtingen te kunnen blijven voldoen, dat de cliënt en ING hierover samen zogenaamde ‘margin’ afspraken maken, dat indien er door marktomstandigheden een margintekort dreigt te ontstaan, ING de cliënt onverwijld hierover schriftelijk zal informeren en dat, indien zich daadwerkelijk een tekort voordoet, de cliënt maatregelen dient te nemen om dit tekort ongedaan te maken, bijvoorbeeld door het stellen van additionele zekerheden. De allowancefaciliteit wordt in dat verband, en ook niet overigens, niet genoemd. In de raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet-professionelen) gaat artikel 6 over ‘Margin’. Daarin wordt alleen geregeld dat ING van tijd tot tijd geheel of gedeeltelijk de door de cliënt bij haar aangehouden rekening(en) kan blokkeren tot het bedrag van de actuele waarde van de verplichtingen van de cliënt uit hoofde van de raamovereenkomst. De blokkade houdt in dat de cliënt niet bevoegd is gelden of effecten te onttrekken aan deze rekening(en). ING kan ook verlangen dat de cliënt een bedrag ter grootte van de actuele waarde doet bij schrijven op een aparte bij ING aan te houden margin-rekening. De allowancefaciliteit wordt in dat verband niet genoemd. De bevestiging van de swaptransactie van 22 april 2008 bevat geen enkele informatie over eventuele marginverplichtingen en de allowancefaciliteit. Het online systeem ING OTCR dat gebruikt wordt in de professionele OTC handel en waar [Cliënt] toegang toe had, verstrekt overzichten ‘Mark to Market Value (MtM) OTC Derivaties’. Die overzichten bevatten geen enkele informatie over de allowancefaciliteit. In de overzichten wordt niet gesproken over marginverplichtingen maar over ‘MtM Total Net’ (zie productie 31 bij akte inhoudende overlegging producties). Op 16 april 2008 heeft [Cliënt] een overeenkomst Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties getekend. In lid 1 van artikel 2 is bepaald dat ING aan [Cliënt] een faciliteit ter beschikking zal stellen ten bedrage van maximaal € 700.000 waarover hij kan beschikken voor het voldoen aan marginverplichtingen voortvloeiende uit met ING ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegeane OTC-derivaten transacties middels de blokkade van de met de marginverplichtingen samenhangende bedragen onder deze

faciliteit. Artikel 4 bepaalt dat ING iedere werkdag de marginverplichtingen zal berekenen en indien blijkt dat de marginverplichtingen de faciliteit overschrijden, [Cliënt] onverwijld zorg dient te dragen voor het stellen van aanvullende zekerheden ter grootte van het bedrag van de overschrijding.”

9.2.2 Het hof overwoog vervolgens:

“3.10 De genoemde stukken geven geen enkele informatie over de potentiële omvang van de marginverplichtingen en de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribor-tarief en de stijging van de marginverplichtingen. Uit de genoemde stukken blijkt evenmin dat de allowancefaciliteit ertoe strekt [Cliënt] een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van [Cliënt] boekt. Voorts is onvoldoende gesteld of gebleken dat ING die essentiële informatie aan [Cliënt] heeft verteld dan wel anderszins een inhoudelijke toelichting op die faciliteit heeft gegeven. Aangenomen moet derhalve worden dat de allowancefaciliteit geen onderdeel is geweest van de voorlichting van [Cliënt].

Zelfs in onderhavige procedures schept ING nog geen duidelijkheid over het karakter van de allowancefaciliteit. Zij noemt de allowancefaciliteit een ‘kosteloos extraatje’: de faciliteit is er als de cliënt er gebruik van wil maken. Dat is echter feitelijk niet juist. Gesteld noch gebleken is immers dat [Cliënt] op enig moment van deze faciliteit gebruik heeft *willen* maken. ING heeft daarentegen steeds eigenhandig de bedragen van de marginverplichtingen ten laste van de allowancefaciliteit geboekt zonder [Cliënt] daarover te informeren. Eerst sinds januari 2013 verstuurt ING maandelijks positieoverzichten van de renteswap aan [Cliënt]. Onder 322 van de memorie van antwoord ontkent ING nog steeds dat de allowancefaciliteit een krediettoezegging is. [Cliënt] diende zekerheden te stellen om aan zijn marginverplichtingen te voldoen. De allowancefaciliteit strekt ertoe deze gestelde zekerheden liquide te maken, aldus ING.

Het hof is van oordeel dat aldus wel degelijk sprake is van een krediettoezegging van ING. Zou dat anders zijn dan zou niet zijn voldaan aan het vereiste van artikel 86 lid 1 Bgfo. Deze bepaling brengt in dit geval mee dat [Cliënt] over voldoende saldi moet beschikken om de actuele verplichtingen die uit de renteswap voortvloeien te kunnen voldoen. Onder het begrip ‘saldi’ vallen aanwezig creditsaldi en beschikbare kredietruimte, maar geen zekerheden zoals panden hypotheekrecht. ING verhuult de gekozen constructie door te spreken over het ‘liquide maken van zekerheden’. In dit geval zijn tegenover de verplichtingen op grond van de renteswap ‘saldi’ aanwezig op grond van een kredietfaciliteit. Dit krediet is afgedekt met de zekerheden. Daarbij moet worden bedacht dat de zekerheden niet voor de marginverplichtingen kunnen

worden uitgewonnen, indien die verplichtingen niet leiden tot een vordering van ING op [Cliënt]. 3.11 (...) De documentatie schiet qua voorlichting te kort nu enkel in algemene termen over zekerheden en margin wordt gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult. De allowancefaciliteit die ING in het leven heeft geroepen om te voldoen aan de marginverplichtingen is een kredietfaciliteit, waarvoor ook de gestelde hypothecaire zekerheden kunnen worden uitgewonnen. Het is daarmee geen 'kosteloos extraatje' en ING had [Cliënt] daarover moeten informeren. Voorts is van belang dat de marginverplichtingen ook zijn bedoeld om cliënten bewust te maken van de meer verborgen en niet acuut voordoende financiële risico's van dit soort producten. ING had niet mogen volstaan met de summiere schriftelijke informatie en had het belang en de functie van de allowancefaciliteit niet mogen bagatelliseren door die faciliteit als een formaliteit weg te zetten. Bovendien moet worden aangenomen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van [Cliënt] is verslechterd en heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag. Ook daarop had ING [Cliënt] moeten wijzen.

3.12 (...) De overgang naar de nieuwe financier is bemoeilijkt doordat de allowancefaciliteit vanwege de marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en [Cliënt] tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen. Eerst dan zou ING de bestaande zekerheden vrijgeven. (...)"

Allowancefaciliteit (subonderdelen 1.a, 1.f en 1.g)

9.3 Deze door ING gezamenlijk toegelichte subonderdelen klagen over de oordelen over de allowancefaciliteit.

9.4.1 *Subonderdeel 1a* klaagt dat de overwegingen van het hof dat ING niet de essentiële kenmerken van de allowancefaciliteit heeft medegedeeld en niet had mogen volstaan met de summiere schriftelijke informatie, rechtens onjuist zijn dan wel ontoereikend zijn gemotiveerd. Volgens het subonderdeel is dit oordeel onbegrijpelijk, omdat uit de door Cliënt op 16 april 2008 ondertekende Allowancefaciliteit ITC-derivaten transacties, in het bijzonder de art. 2 en 4 daarvan waarop ING in feitelijke instanties heeft gewezen, duidelijk blijkt dat de toezegging van de ING behelst dat Cliënt over kredietruimte kan beschikken indien uit de voortijdige

beëindiging van de renteswap een betalingsverplichting zou voortvloeien.

9.4.2 Het hof is in rov. 3.9 TA2 ingegaan op onder meer de inhoud van de art. 2 en 4 van de overeenkomst Allowancefaciliteit ITC-derivaten transacties. Zijn oordeel dat uit de in rov. 3.9 TA2 genoemde stukken niet blijkt dat de allowancefaciliteit ertoe strekt Cliënt een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van Cliënt boekt, is als feitelijk van aard aan het hof voorbehouden en komt niet onbegrijpelijk voor in het licht van wat de eerste klacht van *subonderdeel 1a* tegen dat oordeel aanvoert.

Dit geldt ook voor zover *subonderdeel 1a* tevens een beroep doet op de passage in de offerte van 18 april 2008 dat de zekerheden dienen voor al hetgeen ING te vorderen heeft of zal krijgen. Het subonderdeel veronderstelt dat Cliënt bij de bestudering van de stukken uit deze opmerking, die ook voorkomt in de overeenkomst Allowancefaciliteit ITC-derivaten transacties, had kunnen concluderen dat, of op basis daarvan had kunnen navragen of, de allowancefaciliteit mede krediet inhield. Het heeft kennelijk, en niet onbegrijpelijk, op dit punt anders geoordeeld, mede in het licht van zijn overweging dat allowancefaciliteit geen onderdeel is geweest van de in rov. 3.9 TA2 bedoelde voorlichting van Cliënt.

9.5.1 De *subonderdelen 1.a, 1.f en 1.g* klagen verder over de begrijpelijkheid van de oordelen (i) dat ING zou ontkennen dat de allowancefaciliteit een krediettoezegging is, (ii) dat zij dit zou verhullen, (iii) dat ING Cliënt had moeten informeren dat de faciliteit geen 'kosteloos extraatje' is en (iv) dat ING het belang van de faciliteit zou hebben gebagatelliseerd.

9.5.2 Deze klachten falen. Het hof reageert hiermee op (onder meer) de stelling van ING, dat de allowancefaciliteit een kosteloos extraatje is, die er is als de cliënt er gebruik van wil maken, dat dit geen krediet is maar een contractuele toezegging dat de cliënt over een krediet kan beschikken en dat dit in wezen liquide gemaakte zekerheid betreft (memorie van antwoord nrs. 73 en 322).

De kwalificaties die het hof hieraan verbindt, en waartegen de klachten zich richten, zijn naar mijn mening door het hof (anders dan *subonderdeel 1f* veronderstelt) ten overvloede gegeven. Zij betreffen immers het gebrek aan duidelijkheid dat ING, volgens het hof, in de procedure schept over de aard van de allowancefaciliteit. Het oordeel van het hof over de dwaling betreft echter het moment van het sluiten van de overeenkomst.

Dat het niet om een 'kosteloos extraatje' gaat, betreft het hof niet op de stelling dat de allowancefaciliteit geen beslag legt op de liquiditeiten van de cliënt (zoals *subonderdeel 1f* veronderstelt; s.t. ING nrs. 43-44), maar op de gevolgen die de faciliteit heeft voor de marginverplichting en de gestelde zekerheden (rov. 3.11 TA2).

Het bagatelliseren van de faciliteit heeft Cliënt betrokken op de fase van de totstandkoming van de

overeenkomst (zie rov. 3.3 TA2, waarop s.t. ING nr.48 terecht wijst) en niet (zoals *subonderdeel 1g* veronderstelt) op de uitvoering van de faciliteit doordat ING ten laste daarvan bedragen heeft 'geboekt'. Anders dan het *subonderdeel* veronderstelt, heeft het hof in rov. 3.11 TA2 niet geoordeeld dat ING uitlatingen zou hebben gedaan die maakten dat met de marginverplichting cliënten bewust werden gemaakt van bepaald risico's.

9.6.1 Volgens *subonderdeel 1f* is ook onbegrijpelijk de overweging ING steeds eigenhandig de bedragen van de marginverplichtingen ten laste van de allowancefaciliteit heeft geboekt zonder Cliënt daarover te informeren, omdat van een daadwerkelijk 'boeken' ten laste van de allowancefaciliteit pas sprake is wanneer Cliënt de renteswap tussentijds zou hebben beëindigd en daaruit een daadwerkelijke betalingsverplichting zou zijn voortgevloeid en daarvan geen sprake is geweest.

9.6.2 Deze klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof overwoog dat gesteld noch gebleken is dat Cliënt op enig moment van de faciliteit gebruik heeft *willen* maken (rov. 3.10 TA2). Met de daarop volgende overweging dat ING steeds eigenhandig bedragen van de marginverplichtingen ten laste van de faciliteit heeft geboekt, verwijst naar het gebruik van de faciliteit door ING (zie rov. 3.12 TA2),¹⁵⁶ niet naar de betekenis van 'boeken' die de klacht daaraan toekent.

In dit licht moet ook begrepen worden de overweging in rov. 3.10 TA2, dat ING eerst sinds januari 2013 maandelijks positieoverzichten van de renteswap stuurt aan Cliënt. Deze is niet onbegrijpelijk in het licht van de in *subonderdeel 1g* genoemde omstandigheid dat Cliënt een gebruikersovereenkomst heeft gesloten met ING op grond waarvan hij via de website van ING 24 uur per dag de contante waarde van zijn renteswap kon bekijken.

9.7.1 Ten slotte klaagt *subonderdeel 1a* dat het hof de in onderdeel 1 aangevochten eindbeslissingen heeft genomen zonder kenbaar acht te slaan op het bewijsaanbod van ING van haar stelling dat Cliënt voorafgaand aan de totstandkoming van de renteswap op correcte, duidelijke en niet misleidende wijze is geïnformeerd over de werking, de mogelijke nadelen en de risico's van de renteswap.¹⁵⁷ Daarom heeft het hof art. 166 Rv geschonden dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

Het *subonderdeel* klaagt voorts dat het hof in rov. 2.11 EA een te strenge maatstaf aanlegt bij de beoordeling van de bewijsaanbiedingen van ING dan wel zijn oordeel dat deze aanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, onvoldoende motiveert.

9.7.2 *Subonderdeel 1a* veronderstelt dat de bewijsaanbiedingen van ING mede zagen op de essentiële kenmerken van de allowancefaciliteit (s.t. ING

nrs. 54 en 60; Replik nr. ING 6). Volgens de Cliënt (s.t. nrs. 87, 91, 111 en 136) zag het bewijsaanbod van ING niet op wat het hof omschrijft als het gebrek in de informatievervalsing, namelijk de potentiële omvang van de marginverplichting uit de renteswap, de impact die een dalende Euriborrente zou hebben op de marginverplichting en de rol daarbij van de allowancefaciliteit.

9.7.3 De klachten slagen naar mijn mening niet. Ik merk op dat het hof in rov. 3.9 TA2 inventariseert welke informatie op welke wijze door ING is verschaft. In rov. 3.10 TA2 concludeert het hof:

"3.10 De genoemde stukken geven geen enkele informatie over de potentiële omvang van de marginverplichtingen en de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribor-tarief en de stijging van de marginverplichtingen. Uit de genoemde stukken blijkt evenmin dat de allowancefaciliteit ertoe strekt [Cliënt] een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van [Cliënt] boekt. Voorts is onvoldoende gesteld of gebleken dat ING die essentiële informatie aan [Cliënt] heeft verteld dan wel anderszins een inhoudelijke toelichting op die faciliteit heeft gegeven. Aangenomen moet derhalve worden dat de allowancefaciliteit geen onderdeel is geweest van de voorlichting van [Cliënt]. (...)"

In rov. 3.11 TA2 oordeelt het hof dat de documentatie qua voorlichting tekort schiet nu enkel in algemene termen over zekerheden en margin wordt gesproken maar niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt, indien het Euribor-tarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult.

In rov. 2.11 EA zijn de bewijsaanbiedingen van ING gepasseerd omdat geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden.

9.7.4 De afwijzing door het hof van het op dit punt aangeboden getuigenbewijs berust naar mijn mening op zijn overweging, dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat ING "die essentiële informatie" aan Cliënt heeft verteld dan wel anderszins een inhoudelijke toelichting op die faciliteit heeft gegeven. Het hof doelt daarmee (in ieder geval) op de informatie dat de allowancefaciliteit ertoe strekt Cliënt een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van Cliënt boekt. Daarmee wordt dus ook bedoeld het verband tussen de marginverplichting en de allowancefaciliteit. Ik meen dat het hof ook doelt op de in de eerste volzin van rov. 3.10 TA2 bedoelde informatie. Het middel stelt niet dat ING Cliënt heeft ingelicht over de potentiële omvang van de marginverplichtingen (ik lees dit ook niet in de stellingen van ING over haar informatievervalsing).¹⁵⁸ Daarom kan in het midden kan blijven of de bewijsaanbiedingen van ING 'beperkt'

¹⁵⁶ Zie ook s.t. Cliënt nrs. 93-95.

¹⁵⁷ Zie conclusie van antwoord nr. 316 onder (vi), pleitnotities ING in eerste aanleg nr. 11 onder (vi), (de procesinleiding vermeldt abusievelijk: (v)), en memorie van antwoord nr. 356 onder (vi).

¹⁵⁸ Vgl. de conclusie van antwoord nrs. 36-37, memorie van antwoord nrs. 64, 85-110, 138-146, 179-180, 194.

of 'ruim' dienen te worden gelezen. Rov. 3.10 TA2 geeft geen blijk van schending van art. 166 Rv en niet kan worden gezegd dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd. In het verlengde hiervan falen ook de tegen rov. 2.11 EA gerichte klachten.

9.7.5 Ik besprak nog niet de overweging van het hof in rov. 2.11 TA2 dat de documentatie geen informatie bevat over de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribortarief en de stijging van de marginverplichtingen. Subonderdeel 1.h klaagt namelijk terecht over het leggen van dit verband (zie hierna in 9.13.1 e.v.).

De mededelings- en onderzoeksplicht (subonderdelen 1.b t/m 1.e)

9.8.1 *Subonderdeel 1.b* klaagt dat het oordeel van het hof rechtens onjuist is, voor zover het hof heeft geoordeeld dat ING haar mededelingsplicht heeft geschonden omdat het verstrekken van de documentatie onvoldoende was en ING Cliënt uitdrukkelijk daarvoor had moeten waarschuwen. Gesteld wordt dat het hof heeft miskend dat op ING geen waarschuwingsplicht rustte met betrekking tot de kenmerken van de allowancefaciliteit en dat schending van een eventuele waarschuwingsplicht met betrekking tot de kenmerken van de allowancefaciliteit geen grond oplevert om de renteswap op basis van dwaling te vernietigen, nu een waarschuwingsplicht immers verder strekt dan een mededelingsplicht.

9.8.2 Het subonderdeel berust op de mijns inziens juiste rechtsopvatting dat de mededelingsplicht van de bank als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW geen (aan de zorgplicht van de bank ontleende) waarschuwingsplicht inhoudt.

Het subonderdeel faalt echter, omdat het berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft de mededelingsplicht van ING in dit geval niet ingevuld aan de hand van de waarschuwingsplicht.

9.9 De subonderdelen 1.c, 1.d en 1.e hangen met elkaar samen.

9.10.1 Volgens *subonderdeel 1.c* heeft het hof miskend dat de vraag of ING haar mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 BW heeft geschonden mede wordt bepaald door de eigen verantwoordelijkheid van Cliënt om kennis te nemen van de eigenschappen van de renteswap en de wetenschappen aanzien van die eigenschappen die ING bij Cliënt mocht veronderstellen. Het subonderdeel klaagt dat het hof ten onrechte niet heeft beoordeeld of de wezenlijke eigenschappen van de renteswapovereenkomst voor Cliënt kenbaar waren bij zorgvuldige bestudering van de verstrekte documentatie, zo nodig mede door het stellen van vragen. Het hof heeft ten onrechte niet beoordeeld of de onderzoeksplicht van Cliënt niet voorging boven de mededelingsplicht van ING, aldus het subonderdeel.

9.10.2 Het hof heeft terecht voorop gesteld dat op ING een mededelingsplicht rustte en voorts op Cliënt een onderzoeksplicht, die in rov. 3.7 TA2 aldus is omschreven dat van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende klant

in een geval als dit mag worden verwacht dat hij de door hem ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, aan de bank om opheldering vraagt. De klant heeft namelijk ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat hij – binnen redelijke grenzen – pogingen moet doen om zo daar behoefte aan is duidelijkheid te krijgen.

9.10.3 In verband met de mededelingsplicht 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 (zie hiervoor in 6.17). Daartoe is een in de omstandigheden van het geval voldoende duidelijke mededeling vereist (zie hiervoor in 6.15.1), waarvan de intensiteit – enkel mededelen, ergens op wijzen, voorlichten over risico's (zie hiervoor in 6.15.6) – kan variëren.

Indien de bank mededelingen doet in de vorm van documenten, mag van de klant een redelijke inspanning worden verwacht om van de aan hem verstrekte contractsdocumentatie kennis te nemen (zie hiervoor 6.18.1, 6.23 en 8.6 onder 2). 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 (zie hiervoor in 8.6 onder 3).

9.10.4 Anders dan *subonderdeel 1.c* tot uitgangspunt neemt, kon het hof oordelen dat ING om de in rov. 3.10-3.13 TA2 gegeven redenen niet aan haar mededelingsplicht had voldaan, zonder daarbij (uitdrukkelijk) afzonderlijk in te gaan op de vraag of de wezenlijke eigenschappen van de swap voor Cliënt kenbaar waren bij zorgvuldige bestudering van de verstrekte documentatie, zo nodig mede door het stellen van vragen.¹⁵⁹ In de rov. 3.7 en 3.9-3.12 TA2 ligt het oordeel van het hof besloten dat de contractsdokumentatie in de door het hof beoordeelde opzichten niet de informatie bood die de Cliënt het inzicht verschafte dat door het hof noodzakelijk is geacht. Hierin ligt een afweging besloten van de verantwoordelijkheid van ING en de verantwoordelijkheid van de Cliënt.

Op zichzelf beschouwd, geeft dit oordeel naar mijn mening geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering. Voor het overige leent het oordeel zich, als verweven met een aan het hof voorbehouden waardering van de feiten en omstandigheden van het geval, zich niet voor toetsing in cassatie. Indien het hof, zoals subonderdeel 1.e aanvoert, ten onrechte een bewijsaanbod van ING op dit punt zou hebben gepasseerd,

¹⁵⁹ S.t. ING nr. 72 vermeldt kritiek die in dit verband in de literatuur is geuit op het bestreden arrest.

dan zou in het verlengde daarvan de motiveringsklacht van subonderdeel 1.c wel slagen.

9.11.1 *Subonderdeel 1.d* klaagt dat het hof heeft miskend dat de beoordeling van de vraag of ING haar mededelingsplicht heeft geschonden mede afhankelijk is van de deskundigheid van Cliënt en van de adviseurs die Cliënt hebben bijgestaan ten tijde van het sluiten van de renteswap en dat de mededelingsplicht van ING relatief beperkter is naarmate zij met een deskundiger cliënt contracteert. Voor zover het hof dit niet heeft miskend is het oordeel onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof zonder enige motivering voorbij is gegaan aan de door ING in feitelijke instanties aangevoerde essentiële stellingen dat (i) Cliënt voldoende kennis had van rentederivaten om de risico's verbonden aan deze financiële instrumenten te begrijpen, (ii) Cliënt deze risico's ook daadwerkelijk begreep en (iii) Cliënt zich continu heeft laten bijstaan en vooraf heeft laten adviseren door zijn eigen adviseurs en dat de kennis en ervaring van die adviseurs aan Cliënt moeten worden toegerekend.

9.11.2 Dit subonderdeel is een uitwerking van subonderdeel 1.c. Subonderdeel 1.d berust op de juiste rechtsopvatting dat voor de mededelingsplicht van de bank, respectievelijk de vraag of de bank daaraan heeft voldaan, relevant kan zijn de kennis, deskundigheid of ervaring die de desbetreffende klant geacht kan worden te hebben alsmede of de klant met betrekking tot de renteswap is bijgestaan door een ter zake voldoende competent te achten financieel adviseur (niet zijnde de bank (zie hiervoor in 6.13 en 6.25). Uit de rov. 2.10-2.13 EA volgt als zodanig echter niet dat het hof dit zou hebben miskend¹⁶⁰ of dat zijn oordeel in dit opzicht onvoldoende zou zijn gemotiveerd. Indien het hof, zoals subonderdeel 1.e aanvoert, ten onrechte een bewijsaanbod van ING op dit punt zou hebben gepasseerd, dan zou in het verlengde daarvan de motiveringsklacht van subonderdeel 1.d wel slagen.

9.12.1 *Subonderdeel 1.e* verbindt aan de subonderdelen 1.c en 1.d de klacht dat het hof de in onderdeel 1 aangevochten eindbeslissingen heeft genomen zonder kenbaar acht te slaan op het bewijsaanbod van ING van haar stelling dat Cliënt ten tijde van het aangaan van de renteswap uitermate deskundig was ten aanzien van financiële producten waaronder renteswaps en zich steeds heeft laten informeren en adviseren door zijn eigen deskundigen/adviseurs die over deskundigheid beschikten over banken, bancaire producten en renteswaps.¹⁶¹ Daarom heeft het hof art. 166 Rv geschonden dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

Het subonderdeel klaagt voorts dat het hof in rov. 2.11 EA een te strenge maatstaf aanlegt bij de beoordeling van de bewijsaanbiedingen van ING

dan wel zijn oordeel dat deze aanbiedingen onvoldoende specifiek zijn, onvoldoende motiveert.

9.12.2 Partijen verschillen ook ten aanzien van dit bewijsaanbod van mening over de reikwijdte van het bewijsaanbod (zie bij 9.7.2).

9.12.3 Hoewel denkbaar is dat deskundigheid van de klant respectievelijk van diens adviseurs van invloed is op de mededelingsplicht van de bank, komt het hof slechts toe aan een bewijsaanbod dat daarop betrekking heeft indien de bank daartoe voldoende specifieke en relevante stellingen aanvoert. Het hof heeft in rov. 2.11 EA geoordeeld dat de bewijsaanbiedingen van ING in dit opzicht ziet op stellingen die onvoldoende specifiek zijn om toe te zien op, onder meer, de hiervoor in 9.7.4 besproken bedoelde informatie. Dat oordeel komt mij nog aanvaardbaar voor in het licht van de stellingen van ING op deze punten.¹⁶² *Onderdeel 1.e en de onderdelen 1.c en 1.d* slagen naar mijn mening niet.

Relatie Euribor en marktwaarde van de swap (subonderdeel 1.h)

9.13.1 Subonderdeel 1.h keert zich met motiveringsklachten tegen de overweging dat de door ING aan Cliënt verstrekte stukken geen enkele informatie bevatten over de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribortarief en de stijging van de marginverplichtingen (rov. 3.10 TA2) en de overweging dat ING Cliënt had moeten inlichten hoe de renteswap uitwerkt indien het Euribortarief (sterk) daalt en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult (rov. 3.11 TA2). Volgens het subonderdeel zijn deze overwegingen onbegrijpelijk, gelet op de stellingen van ING in feitelijke instanties dat de marktwaarde (of contante waarde) van de renteswap niet wordt beïnvloed door een daling van het Euribortarief, maar afhankelijk is van de lange rente.

9.13.2 Het hof legt in rov. 3.10 en 3.11 TA2 een verband tussen de ontwikkeling van het Euribortarief, de stijging van de marginverplichting en de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult.

9.13.3 ING heeft in haar conclusie van antwoord (nrs. 30 en 127) over de marktwaarde van de swap onder meer aangevoerd:

“De marktwaarde van een renteswap is afhankelijk van de lange rente op het moment van beëindiging en wordt berekend over de hoogte van de beëindigde hoofdsom.”

“De aanhoudende daling van de lange rente leidde eveneens tot een daling van de contante waarde van de renteswap. De contante waarde van de renteswap werd negatiever. Als gevolg hiervan diende De Cliënt extra margin aan te houden.”

9.13.4 Subonderdeel 1.h veronderstelt m.i. terecht dat het hof met de aangevallen overwegingen het oog heeft op de negatieve marktwaarde van de swap en de in verband daarmee geldende margin-

160 S.T. ING nr. 80 vermeldt kritiek die in dit verband in de literatuur is geuit op het bestreden arrest.

161 Zie conclusie van antwoord nr. 316, pleitnotities ING in eerste aanleg nr. 11 en memorie van antwoord nr. 356, steeds onder (i) en (ii).

162 Zie conclusie van antwoord nr. 3 en memorie van antwoord nrs. 14-38.

verplichtingen (alsmede de daarmee samenhangende functie van de allowancefaciliteit).

9.13.5 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 gesproken van een negatieve waarde voor de klant.¹⁶³ Hieraan refereert de s.t. Cliënt nr. 100. 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.¹⁶⁴

Dat is iets anders dan de hier door ING bedoelde marktwaarde van de swap, die door haar niet aan het Euribortarief, maar aan de 'lange rente' wordt gekoppeld.

Naar mijn mening volgt uit de in s.t. Cliënt (nr. 101) geciteerde stellingen van ING niet dat volgens ING Euribor en de lange rente sterk met elkaar samenhangen noch dat subonderdeel 1.h dit "verhult".

In het licht van de geciteerde stellingen van ING valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, naar mijn mening niet in te zien waarop het door het hof gelegde verband tussen de ontwikkeling van het Euribortarief en de stijging van de marginverplichting (alsmede de functie de allowancefaciliteit daartop vervult), berust.

9.13.6 Ik meen dat niet kan worden gezegd, dat de klacht belang mist omdat het gaat om de daling van de rentevoet waarvan de marktwaarde van de swap afhankelijk is, ook al zou dat niet Euribor zijn (s.t. Cliënt nr. 100). Het hof formuleert immers specifiek in welk opzicht de door de ING verstrekte documentatie tekort schiet. Dan ligt voor de hand aan te nemen, dat niet willekeurig is om welke rentevoet het hier precies gaat. *Subonderdeel 1.h* slaagt naar mijn mening.

Overige klachten van onderdeel 1

9.14.1 *Subonderdeel 1.i* klaagt dat het hof in strijd met art. 149 Rv de feiten heeft aangevuld, nu partijen niet hebben gesteld dat de allowancefaciliteit heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrentetoeslag.

9.14.2 Deze klacht faalt, omdat het hof deze gevolgtrekking kon verbinden aan de in de s.t. Cliënt (nr. 104) bedoelde stellingen van Cliënt, dat de allowancefaciliteit van negatieve invloed was op zijn financiële positie en dat als gevolg daarvan de opslagen zijn verhoogd. Het betreft een uitwerking (pleitnota zijdens Cliënt in hoger beroep nrs. 32-34) van de in eerste aanleg ingenomen stelling dat de al-

lowancefaciliteit geen kosteloos extraatje is (pleitnota zijdens Cliënt in eerste aanleg nr. 77 e.v.).¹⁶⁵

9.15.1 Volgens *subonderdeel 1.j* is onbegrijpelijk de overweging (in rov. 3.12 TA2) dat de overgang van Cliënt naar een nieuwe financier (Svenska Handelsbanken) is bemoeilijkt doordat de allowancefaciliteit vanwege marginverplichtingen tot een bedrag van € 1.350.000 moest blijven doorlopen en Cliënt tot zekerheid van dat kredietbedrag een bedrag van € 675.000 op een bankrekening moest storten die aan ING moest worden verpand en een tweede hypotheekrecht met een inschrijving voor een bedrag van € 675.000 op diverse onderpanden moest vestigen. Volgens het subonderdeel valt niet in te zien dat sprake is geweest van rechte relevante moeilijkheden bij de overstap naar Svenska Handelsbanken omdat uit de stellingen van Cliënt zelf volgt dat hij in staat was om het bedrag van € 675.000 op een bankrekening te storten. Weliswaar heeft Cliënt ook gesteld dat hij het bedrag daardoor niet kon aanwenden voor investeringen, maar hij heeft niet toegelicht welke investeringen hij daardoor niet heeft kunnen doen.

9.15.2 Deze klacht faalt. Het hof kon aan de door hem genoemde omstandigheden de gevolgtrekking verbinden dat de overstap werd bemoeilijkt. Daartoe was niet vereist dat Cliënt zou toelichten welke investeringen hij daardoor niet heeft kunnen doen.

9.16.1 *Subonderdeel 1.k* betreft de overweging in door in rov. 3.13 TA2, dat de omstandigheid dat Cliënt een renteswap is aangegaan voor € 10 miljoen, terwijl ING slechts afdekking van het renterisico voor een bedrag van € 6,75 miljoen eiste, ook in de richting wijst dat Cliënt onwetend was van deze wezenlijke kenmerken van de renteswap, waarmee hij pas na het aangaan van de renteswap is geconfronteerd.

Het onderdeel klaagt dat het hof hiermee in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van de eis van Cliënt heeft aangevuld, dat de overweging onbegrijpelijk is en dat het hof de bewijsaanbiedingen van ING ten onrechte heeft gepasseerd.

9.16.2 De klachten keren zich tegen een overweging die door het hof ten onvloede is gegeven en kunnen daarom niet tot cassatie leiden.¹⁶⁶ Zij behoeven geen verdere bespreking.

9.17.1 *Subonderdelen 1.l* betreft de verwerping van het beroep op verjaring en de klachtplicht in rov. 3.14-3.15 TA2.

9.17.2 Naar mijn mening slaagt alleen subonderdeel 1.h. Daaruit volgt niet dat opnieuw geoordeeld moet worden over de subjectieve kennis van de Cliënt die is vereist voor de aanvang van de verjaringstermijn van at. 3:52 BW.

¹⁶³ Vgl. D. Busch, De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB, *Ondernemingsrecht* 2013/33 nr. 2.

¹⁶⁴ 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).

¹⁶⁵ De Replik nr. 4 merkt overigens terecht op dat dit niet blijkt uit (alleen) de pleitnota zijdens Cliënt in eerste aanleg nr. 88, waarnaar de s.t. Cliënt nr. 104 verwijst. De Replik nr. 3 wijst nog op stellingen die ING in dit verband heeft ingenomen na TA2, in haar Antwoordakte d.d. 5 januari 2016 nrs. 69-74. Zie ook Replik nr. 8.

¹⁶⁶ Zo, terecht, ook de s.t. Cliënt nr. 110.

9.17.3 Anders dan subonderdeel 1.1 nog aanvoert, behoefde het hof uit de stelling van de Cliënt, dat hij in 2009 bij de verlenging van de vastgoedleningen werd geconfronteerd met de negatieve waarde van de renteswap (memorie van grieven nr. 88), niet af te leiden dat de Cliënt op dat moment de subjectieve kennis had over de omstandigheden die hij aan zijn dwalingsberoep ten grondslag heeft gelegd.

9.17.4 Het voorgaande heeft geen gevolgen voor de beoordeling van het beroep op de klachtplicht in rov. 3.15 TA2. De juistheid van de verwerping door het hof van het beroep op de klachtplicht van art. 6:89 BW en 7:23 BW volgt reeds uit het gegeven dat een schending van een mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW, niet kan worden aangemerkt als een gebrek in de prestatie c.q. als het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst. De mededelingsplicht betreft immers geen verbintenis, waarop de art. 6:89 BW en 7:23 BW betrekking hebben.¹⁶⁷

Dit is mogelijk anders ten aanzien van de in rov. 3.15 TA2 genoemde algemene voorwaarden van ING/ING REF, afhankelijk van wat is gesteld en geoordeeld over de reikwijdte en betekenis van de daarin opgenomen bepalingen.

9.18 *Subonderdeel 1.m* bespreek ik bij onderdeel 7. *Subonderdeel 1.n* gaat niet op. Uit het slagen van subonderdeel 1.h volgt niet dat de oordelen van het hof in rov. 2.7/2.11¹⁶⁸ TA3 en 2.7 EA over de keuzes van de Cliënt in de hypothese dat hij niet had gedwaald, niet in stand kunnen blijven (zie ook bij onderdeel 5).

9.19 Onderdeel 1 slaagt gedeeltelijk.

Onderdeel 2

9.20 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.11 TA2, waarin het hof overweegt:

“Uit het vorenstaande volgt dat ING in haar, ook wettelijk verankerde, informatieplicht tekort is geschoten. Het hof wijst in dat verband nog op artikel 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo waaruit volgt dat ING voorafgaand aan het aanbieden van een renteswap aan een niet-professionele belegger zoals [Cliënt] een algemene beschrijving van de aard en risico's van renteswaps moet geven die gedetailleerd genoeg is om hem in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen. De beschrijving van de risico's omvat mede het feit dat [Cliënt] met een renteswap extra financiële en andere verplichtingen, waaronder voorwaardelijk verplichtingen zou kunnen aangaan en eventuele marge- of soortgelijke verplichtingen die van toepassing zijn op renteswaps.”

9.21 *Subonderdeel 2.a* stelt dat dit oordeel bij het slagen van een of meer klachten van onderdeel 1 niet in stand kan blijven. *Subonderdeel 2.b* klaagt dat het hof heeft miskend dat een schending door ING

van de informatieplicht van art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo niet, althans niet zonder meer, tot de conclusie leidt dat ING haar mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft geschonden. Gesteld wordt dat bij de vraag of ING haar informatieplicht als bedoeld in art. 58c lid 1 en lid 2 onder c en d Bgfo heeft geschonden – anders dan bij art. 6:228 lid 1 sub b BW – geen rol speelt hetgeen ING omtrent de dwaling wist of behoorde te weten.

9.22 De klachten behoeven in verband met de door het hof aangenomen schending van de mededelingsplicht geen bespreking nu zij zich richten tegen een door het hof ten overvloede gegeven oordeel (“ook”) en daarom niet tot cassatie kunnen leiden. Ik kom hier nog op terug bij de bespreking van onderdeel 8, dat gaat over de schadevergoeding. Onderdeel 2 slaagt niet.

Onderdeel 3

9.23 Dit onderdeel betreft de overweging in rov. 3.17 TA2, dat aannemelijk is geworden dat Cliënt, indien hij wel volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het overstappen naar een andere financier, de renteswap niet zou hebben gesloten.

9.24 Uit het slagen van subonderdeel 1.h volgt dat het daarop voortbouwende oordeel van het hof over het causale verband niet in stand kan blijven. De in rov. 3.17 TA2 genoemde hoogte van de marginverplichtingen brengt het hof in rov. 3.10 TA2 immers ook in verband met de daling van het 3-maands Euribortarief. *Subonderdeel 3.a* slaagt daarom.

9.25.1 *Subonderdeel 3.b* richt een motiveringsklacht tegen dit oordeel. Het subonderdeel wijst erop dat in cassatie veronderstellenderwijs ervan uit moet worden gegaan – omdat het hof de desbetreffende stellingen van ING niet heeft verworpen – dat (i) ten tijde van het afsluiten van de renteswap sprake was van een inverse rentestructuur (waarbij de korte rente hoger is dan de lange rente), zodat de renteswap meteen lucratief was voor Cliënt en (ii) dat Cliënt wist dat de rentefixatie die werd bereikt met de renteswap niet gold voor de debetrenteopslagen nu Cliënt jaarlijks over de debetrenteopslagen onderhandelde. In het licht van deze stellingen is de motivering van het hof ontoereikend, aldus subonderdeel 3b.

9.25.2 Naar mijn mening slaagt deze klacht niet. Ook indien de swap bij het afsluiten ervan meteen lucratief was voor Cliënt die wist dat daarmee de debetrenteopslagen (naar ik begrijp: onder de leningen met de variabele rente) niet werd gefixeerd, is denkbaar dat de Cliënt een andere beslissing over het aangaan van de renteswapovereenkomst en zou hebben genomen indien hij, zoals het hof heeft geoordeeld, volledig was geïnformeerd over de mogelijke hoogte van de marginverplichtingen, de daarmee gepaard gaande extra kredietbehoefte en de complicaties bij het overstappen naar een andere financier.

¹⁶⁷ Zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, rov. 3.6.

¹⁶⁸ Volgens s.t. ING nr. 106 voetnoot 72, doelt de klacht op rov. 2.11 en niet rov. 2.7 TA3.

Onderdelen 6 en 7

9.26 Deze onderdelen klagen over rov. 3.22 TA2: “3.22 ING beroept zich ook op art. 3:53 lid 2 BW en artikel 6:278 lid 2 BW. Artikel 3:53 lid 2 BW is niet van toepassing omdat genoemd artikellid vereist dat de gevolgen van de rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Die situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor omdat (de gevolgen van) de prestatie van ING naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden. Artikel 6:278 lid 2 BW is evenmin van toepassing. Op grond van het feitenmateriaal moet worden aangenomen dat [Cliënt] geen duidelijk beeld had van de renteswap en dat hij direct nadat hij duidelijkheid verkreeg over de daadwerkelijke kenmerken van de renteswap – de potentiële marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de gekozen constructie een beroep op vernietiging vanwege dwaling heeft gedaan (zie 3.14). Gezien het vorenstaande is, anders dan ING betoogt, niet aannemelijk dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen swaprentetarief [Cliënt] ‘de stoot tot ongedaanmaking’ heeft gegeven. Daarbij komt dat het Euribor-tarief reeds negen maanden na het aangaan van de renteswapovereenkomst in april 2008 beneden het renteswaptarief daalde en de vernietigingsbrief dateert van 27 juni 2012.”

9.27.1 *Onderdeel 6* klaagt dat het hof heeft miskend dat art. 3:53 lid 2 BW ook van toepassing is indien ongedaanmaking van de gevolgen van de rechtshandeling onmogelijk is. Het onderdeel gaat ervan uit, dat wat op basis van art. 6:210 lid 2 BW kan worden bereikt, ook zou kunnen worden bereikt op basis van art. 3:53 lid 2 BW. Het onderdeel wordt voorgedragen opdat, als de Hoge Raad op grond van het incidentele middel zou oordelen dat afwikkeling in dit geval niet via de band van art. 6:210 lid 2 BW kan plaats vinden, die afwikkeling in ieder geval ook via de band van art. 3:53 lid 2 BW kan plaatsvinden (s.t. ING nr. 140).

9.27.2 De art. 3:53 lid 2 en 6:210 lid 2 BW gaan uit van uiteenlopende juridische redeneringen: de gevolgen van vernietiging treden niet, niet volledig of in gewijzigde vorm in (art. 3:53 lid 2 BW) respectievelijk de gevolgen van vernietiging zijn een verbinde- nis tot waardevergoeding als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW. Deze bepalingen kunnen daarom niet beide in een concreet geval gelijktijdig worden toegepast.¹⁶⁹ Maar denkbaar is dat beide bepalingen in bepaalde gevallen tot vergelijkbare uitkomsten zouden kunnen leiden.¹⁷⁰

Ik meen dat onderdeel 6 van het principale middel, zoals toegelicht, geen verdere bespreking be-

hoeft omdat daarbij belang ontbreekt gezien het falen van onderdeel 1 van het incidentele middel.

9.28 *Onderdeel 7* klaagt in vier subonderdelen over de verwerping van het beroep van ING op art. 6:278 lid 2 BW. Hierin bouwt het hof voort op zijn oordeel in rov. 3.14 TA2.

9.29 *Subonderdeel 7a* bouwt voort op de onderdelen 1 t/m 3. Uit het slagen van subonderdelen 1.h en 3.a volgt niet dat opnieuw geoordeeld moet worden over de vraag of de ‘stoot tot ongedaanmaking’ in deze zaak is terug te voeren op de gewijzigde waardeverhouding van de prestaties in de zin van art. 6:278 lid 2 BW. *Subonderdeel 7a* en de daarmee overeenstemmende klacht van *subonderdeel 1.m* slagen niet.

9.30.1 *Subonderdeel 7b* klaagt dat het hof een te strenge eis heeft gesteld door te eisen dat de enkele daling van het Euribortarief beneden het overeengekomen renteswaptarief ‘de stoot tot ongedaanmaking’ heeft gegeven, althans dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Daartoe stelt het subonderdeel dat voldoende is dat de wijziging in waardeverhouding tussen de prestatie van Cliënt en die van ING alleen of tezamen met andere omstandigheden de ‘stoot tot ongedaanmaking’ heeft gegeven.

9.30.2 Deze klacht faalt omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof geeft met de aangevallen overweging geen blijk van een bepaalde (restrictieve) interpretatie van art. 6:278 lid 2 BW, maar verwijst met de daling van de Euribor naar de gewijzigde waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties die ING kennelijk aan haar beroep op deze bepaling ten grondslag heeft gelegd.¹⁷¹

9.31.1 *Subonderdeel 7c* voert aan dat het hof in strijd met art. 24 Rv heeft aangenomen dat de daling van het Euribortarief beneden het overeengekomen swaprentetarief niet de ‘stoot tot ongedaanmaking’ heeft gegeven. ING heeft aangevoerd dat aannemelijk is dat Cliënt zonder de wijziging van de waardeverhouding als gevolg van de daling van Euribor (na drie kwartalen na ingang van de renteswap) geen vernietiging zou hebben gevorderd aangezien de vernietiging hem dan niets zou hebben opgeleverd (memorie van antwoord nr. 225). Cliënt heeft dit niet weersproken, aldus de klacht.

9.31.2 Deze klacht faalt naar mijn mening. Uit rov. 3.22 TA2 blijkt dat het hof het beroep van ING op art. 6:278 lid 2 BW onvoldoende onderbouwd acht. Het hof verwijst naar zijn eerdere vaststellingen (het feitenmateriaal) voor zijn oordeel dat Cliënt direct nadat hij duidelijkheid verkreeg over de daadwerkelijke kenmerken van de renteswap een beroep op vernietiging vanwege dwaling heeft gedaan. In het licht daarvan is, anders dan ING betoogt, volgens het hof niet aannemelijk dat de enkele daling van het Euribor-tarief beneden het overeengekomen

¹⁶⁹ Vgl. s.t. Cliënt nr. 138.

¹⁷⁰ Vgl. H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 1986/5870; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, 1988, p. 205; Asser/Sieburgh 6-III 2018/628-639; P.M. Verbeek, *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:53 BW, aant. 7.

¹⁷¹ Vgl. de memorie van antwoord nr. 225. De s.t. Cliënt nr. 142 verwijst nog naar enige andere vindplaatsen in de processtukken.

swaprentetarief 'de stoot tot ongedaanmaking' heeft gegeven (waaraan het hof toevoegt dat het Euribor-tarief reeds negen maanden na het aangaan van de renteswapovereenkomst in april 2008 beneden het renteswaptarief daalde en de vernietigingsbrief dateert van 27 juni 2012).

9.32.1 *Subonderdeel 7d* stelt dat Cliënt de renteswap, als deze geen negatieve (maar een positieve) marktwaarde zou hebben gehad, zonder enig probleem had kunnen beëindigen op het moment dat hij over wilde stappen naar een andere bank en dat de potentiële marginverplichtingen en de aard van de allowancefaciliteit in dat geval niet zou hebben geleid tot het inflexibele karakter van de gekozen constructie. In het licht daarvan valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet te begrijpen dat het niet juist de daling van het Euribortarief beneden het overeengekomen swaprentetarief is geweest, die Cliënt de stoot tot ongedaanmaking heeft gegeven.

9.32.2 Ter toelichting betoogt ING (s.t. nrs. 151-153) dat zich twee verschijnselen voordeden: (a) het Euribortarief zakte onder de door de Cliënt onder de swap te betalen vaste rente (zodat Cliënt per saldo onder de swap niet bedragen ontving, maar ging betalen) en (b) de lange rente daalde, waardoor de marktwaarde van de swap negatief werd (zodat bij de overstap naar een andere bank problemen ontstonden die niet zouden zijn ontstaan als de marktwaarde op dat moment positief was geweest). Omdat de daling van de lange rente samenviel met de daling van het Euribortarief, is het wel degelijk de rentedaling geweest die de stoot tot ongedaanmaking heeft gegeven, aldus ING.

9.32.3 Deze klacht gaat niet op, omdat het middel niet verwijst naar stellingen in de processtukken waaruit blijkt dat de verschijnselen (a) en (b), waarop ING als zodanig wel heeft gewezen, in de vorm van de in 9.32.2 bedoelde redenering ten grondslag zijn gelegd aan het beroep van ING op art. 6:278 lid 2 BW, zodat niet kan worden geklaagd dat het hof niet op deze redenering is ingegaan. Voorts volgt uit deze redenering niet dat de daling van het Euribortarief aanleiding is geweest tot de stoot tot ongedaanmaking.

Onderdeel 8

9.33.1 In rov. 3.25 TA2 overweegt het hof dat vaststaat dat de aflossing van de leningen is verstraagd als gevolg van het feit dat ING de zekerheden pas wilde vrijgeven nadat Cliënt in verband met de allowancefaciliteit tot een bedrag van € 1.350.000 zekerheden had gesteld. Het hof oordeelt dat "gezien de directe samenhang van het gevorderde bedrag met de eigenschappen van de renteswap waarin [Cliënt] heeft gedwaald", de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt en dat hetzelfde geldt voor het gevorderde bedrag van € 766 aan notariskosten die gemoeid waren met de vestiging van het tweede hypotheekrecht dat nodig was voor het stellen van de bedoelde zekerheden.

9.33.2 *Onderdeel 8* klaagt dat dit oordeel rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, is omdat dwaling op zichzelf geen aanspraak geeft tot schadevergoeding en het hof niet heeft gemotiveerd op welke andere grondslag dan dwaling ING verplicht is de hier genoemde schade te vergoeden.

9.33.3 Het onderdeel wijst er op zichzelf terecht op, dat het slagen van het beroep op dwaling niet betekent dat de wederpartij van de dwalende jegens haar schadeplichtig is. Daarvoor dient een specifieke rechtsgrond aanwezig te zijn.¹⁷² Schending van een mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW kan, maar hoeft niet een dergelijke grond op te leveren. Daarvan zal sprake kunnen zijn, onder meer, wanneer het schenden van de mededelingsplicht in de omstandigheden van het geval tevens moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad.

9.33.4 Anders dan de Cliënt (s.t. nrs. 146-147) veronderstelt, kan de vraag of naar verkeersopvatting een mededelingsplicht bestaat (rov. 3.5 TA2) niet worden vereenzelvigd met de vraag of het niet-voldoen aan een mededelingsplicht onrechtmatig is, in de zin dat dit is aan te merken als een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW).

9.33.5 Mogelijk heeft het hof geoordeeld dat de schending van de mededelingsplicht door ING onrechtmatig was wegens strijd met de wet, omdat het hof in rov. 3.11 TA2 heeft overwogen dat ING in haar wettelijk verankerde informatieplicht tekort is geschoten.

Het hof verbindt de aansprakelijkheid van ING voor de in rov. 3.25 TA2 bedoelde schade aan de omstandigheid dat de schade direct samenhangt met de eigenschappen van de swap waaromtrent Cliënt heeft gedwaald. Het hof baseert die samenhang in rov. 3.25 TA2 echter niet op de redenering dat de schade is veroorzaakt doordat ING wettelijke informatieplichten schond die ertoe strekken de Cliënt te beschermen tegen de schade als door hem is geleden. Het oordeel in rov. 3.25 TA2 geeft naar mijn mening daarom onvoldoende inzicht in de door het hof gevolgde gedachtegang. Ik meen daarom dat onderdeel 8 slaagt.

Onderdeel 9

9.34.1 Dit onderdeel klaagt dat het hof in rov. 2.10 TA3 in strijd met art. 24 Rv en/of 149 lid 1 Rv heeft geoordeeld dat het in zijn berekening een rentevast-tarief van 5,53%¹⁷³ zal hanteren. Het onderdeel voert aan dat Cliënt de stelling van ING niet heeft weersproken dat Cliënt in mei 2008 voor een lening met een rentevastperiode van zeven jaar een tarief van 5,9% of 6% zou hebben moeten betalen.

¹⁷² HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3765, NJ 2013/492, JOR 2014/88 m.nt. J.J. Dammingh, JIN 2013/204 m.nt. N. de Boer, rov. 3.5.2.

¹⁷³ De klacht noemt 5,43%. Dit is een verschrijving.

9.34.2 Het onderdeel faalt bij gebrek aan belang. In rov. 2.6 EA is het hof alsnog uitgegaan van een percentage van 5,95% in plaats van 5,53%.

10 Bespreking van het principale cassatie-middel onderdelen 4-5 en van het incidentele cassatiemiddel (art. 6:210 lid 2 BW, waardevergoeding)

10.1 Het hof heeft in rov. 3.21 TA2 uitgangspunten geformuleerd voor bepaling van de vordering uit onverschuldigde betaling op de voet van art. 6:210 lid 2 BW en daarop voortgebouwd in zijn derde tussenarrest en eindarrest (zie hiervoor in 4.1 onder (xviii) t/m (xxii)). Het principale en het incidentele middel klagen hierover, in het bijzonder over de oordelen in rov. 3.21 TA2 dat:

- art. 6:210 lid 2 BW van toepassing is (incidentele middel onderdeel 1);
- het niet redelijk is dat Cliënt het Nettobedrag, indien dat de waarde van de prestatie is, dient te vergoeden (principale middel onderdeel 4);
- voor de waarde mede moet worden gekeken naar het (rente)bedrag dat Cliënt aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteaftrekkingsvariant die het beste bij zijn positie paste (incidentele middel onderdeel 2); en
- dat de waarde van de prestatie niet nihil is (incidentele middel onderdeel 3).

Verder klaagt het principale middel (onderdeel 5) over de uitwerking van de waardebepaling in rov. 2.7 TA3 en rov. 2.7 EA.

Het incidentele middel klaagt voorts over de stelplicht en bewijslast bij de toepassing van art. 6:210 lid 2 BW (onderdeel 4) en over de uitwerking van de waardebepaling in rov. 2.5-2.6 TA3 en 2.4 EA (onderdeel 5). Het bevat ook een voorwaardelijk ingestelde klacht (onderdeel 6).

Ik bespreek de klachten in deze aangegeven volgorde, na een uiteenzetting van het juridisch kader.

Juridisch kader

10.2 Sluit de aard van de prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt, dan treedt, voor zover dit redelijk is, de vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten, aldus art. 6:210 lid 2 BW.

Het gaat hierbij niet alleen om gevallen waarin restitutie onmogelijk is in strikte zin, maar ook om situaties waarin een ongedaanmaking geen zin heeft met het oog op de belangen van partijen. In de Toelichting Meijers wordt het voorbeeld gegeven dat iemand voor een ander zonder rechtsgrond een sloot heeft gegraven. Het ongedaan maken van deze prestatie dichtgooien van de sloot – is zinloos met het oog op de belangen van degene die de sloot heeft gegraven, die daardoor immers haar opoffe-

ringen niet uitgewist of vergoed ziet.¹⁷⁴ Tevens kan worden gedacht aan (andere) prestaties die bestaan uit een feitelijk doen of laten of gevallen van zuivere genotsverschaffing.¹⁷⁵

10.3 De wetgever heeft het niet wenselijk geacht om steeds wanneer de aard der prestatie ongedaanmaking uitsluit een verplichting tot waardevergoeding aan te nemen, omdat de ontvanger niet zonder reden een 'besteding' mag worden opgedrongen. Daarom is uitsluitend in drie gevallen een vergoedingsplicht aanvaard: (i) indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, (ii) indien het aan de ontvanger is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of (iii) indien de ontvanger erin had toegestemd een prestatie te verrichten.

In deze gevallen prevaleert volgens de wetgever dat prestaties in het economisch verkeer een waarde vertegenwoordigen en dat degene die een dergelijke prestatie onverschuldigd ontvangt een ongerechtvaardigd voordeel in de wacht sleept indien hij de waarde daarvan niet hoeft te vergoeden.¹⁷⁶ Een vordering tot waardevergoeding vindt dus in alle drie in art. 6:210 lid 2 BW genoemde gevallen haar rechtvaardiging (en begrenzing) in de wenselijkheid dat ongerechtvaardigde verrijking wordt tegengegaan.¹⁷⁷

10.4 De door de ontvanger te betalen waardevergoeding is in beginsel gelijk aan en in elk geval niet hoger dan de waarde die aan deze prestatie in het economisch verkeer wordt toegekend (de marktwaarde).¹⁷⁸ Deze moet worden berekend naar het tijdstip waarop de prestatie is ontvangen. De ontvanger is slechts vergoeding verschuldigd voor zover dit redelijk is. De rechter kan door toepassing van het redelijkheidscriterium de door de ontvanger te betalen vergoeding beperken. Bij de toepassing van het redelijkheidscriterium is, net als bij ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), een gezichtspunt in hoeverre de ontvanger door het opleggen van een vergoedingsplicht een bepaald consumptief bestedingspatroon zou worden opgedrongen.¹⁷⁹

10.5.1 Het hiervoor in 10.3 onder (iii) genoemde geval – dat volgens het hof in de onderhavige zaak aan de orde is – doet zich steeds voor indien de prestatie is verricht op grond van een (nietige of vernietigde) wederkerige overeenkomst.¹⁸⁰ De gedach-

¹⁷⁴ Zie T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 816.

¹⁷⁵ M.V. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, 1997, p. 196; Jac. Hijma, *T&C BW*, art. 6:210 BW, aant. 3a.

¹⁷⁶ T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 817; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/447; R. Koolhoven, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:210 BW, aant. 2.

¹⁷⁷ Zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, NJ 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Gemeente Reusel-de Wierden*), rov. 3.6.2.

¹⁷⁸ Zie T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 818-819; HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532 (*Gemeente Reusel-de Wierden*), rov. 3.6.2; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1441, *RvdW* 2016/808, rov. 3.8.2.

¹⁷⁹ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/447.

¹⁸⁰ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:210 BW, aant. 6; M.V. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, 1997, p. 199, 206.

te is dat de ontvanger geen besteding wordt opgedrongen, nu de ontvanger reeds een tegenprestatie heeft toegezegd en daarmee te kennen heeft gegeven aan een dergelijke prestatie waarde toe te kennen.¹⁸¹ Wordt de overeenkomst door de ontvanger vernietigd op grond van een wilsgebrek, dan is er niet steeds sprake van toestemming als hier bedoeld. De Toelichting Meijers vermeldt hierover:

“Bij vernietiging door de ontvanger moet men echter onderscheiden. Is hij door een wilsgebrek ertoe gekomen, voor de prestatie een te hoge prijs toe te zeggen, dan is er geen reden, waarom hij van de vergoeding van de werkelijke waarde zou moeten worden vrijgesteld. Beklaagt hij zich echter juist hierover, dat de wederpartij hem door bedreiging, bedrog of misbruik van zijn onervarenheid of lichtzinnigheid ertoe heeft gebracht, zich genoegens te kopen die hij, althans bij nader inzien, zijn geld niet waard achtte, dan vitieert de vernietigingsgrond ook dat aspect van zijn toestemming, waarop zijn verplichting tot waardevergoeding zou moeten worden gebaseerd. Iets dergelijks kan zich voordoen, wanneer de ontvanger prestatie niet heeft beantwoord aan de afspraak en de ontvanger er niet het volle profijt van heeft kunnen trekken. Door toepassing van het in het artikel opgenomen redelijkheidscriterium kan met dit alles rekening worden gehouden.”¹⁸²

10.5.2 Hieruit wordt afgeleid dat van toestemming als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW niet kan worden gesproken indien de ontvanger zich beroept op dwaling en hij zonder de dwaling de overeenkomst in het geheel niet zou hebben gesloten. In dat geval is immers ook de toestemming om een tegenprestatie te verrichten voor de prestatie gebrekig tot stand gekomen. Wanneer de ontvanger zonder dwaling de overeenkomst wél zou hebben gesloten maar een lagere prijs of andere voorwaarden zou hebben bedongen, is hij wél een waardevergoeding verschuldigd. Door toepassing van het redelijkheidscriterium kan de te betalen vergoeding in dat geval worden beperkt tot dit lagere bedrag.¹⁸³ Art. 6:272 lid 2 BW bevat een vergelijkbare regeling voor ongedaanmaking na ontbinding.

10.6 In de literatuur is de vraag aan de orde gekomen of een verplichting tot waardevergoeding op de voet van art. 6:210 lid 2 BW kan worden aange merkt als een wettelijke verplichting tot schadevergoeding waarop afdeling 6.110 BW (art. 6:95-6:110 BW) van toepassing is. Bloembergen heeft betoogd dat het te ver gaat om van een verplichting tot schadevergoeding te spreken bij een verplichting op grond van art. 6:210 lid 2 BW, omdat hier – anders dan bij ongerechtvaardigde verrijking – niet het vereiste wordt gesteld dat de schuldeiser schade

heeft geleden.¹⁸⁴ In de parlementaire geschiedenis blijkt inderdaad dat bij de toepassing van art. 6:210 lid 2 BW niet van belang is of er sprake is van verarming bij de prestatie.¹⁸⁵ In verband met de regeling van de verjaring is opgemerkt:¹⁸⁶

“dat ook de vordering uit onverschuldigde betaling soms tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3.11.13 [3:310; A-G] strekt; men zie artikel 6.4.2.8 lid 2 [art. 6:210 lid 2; A-G]. Naar men mag aannemen is dit evenwel weer niet het geval bij het zeer dicht tegen deze bepaling aanliggende artikel 6.4.2.1 lid 2 [6:203; A-G]. Teneinde willekeurige verschillen ten aanzien van het intreden van de verjaring te vermijden is daarom thans in het eerste lid van dit nieuwe artikel een verjaringstermijn voor de vordering uit onverschuldigde betaling opgenomen die zoveel mogelijk met die van artikel 3.11.13 overeenkomt.”

Sieburgh acht het, onder verwijzing naar bovenstaande passage uit de parlementaire geschiedenis, gerechtvaardigd om de vordering van art. 6:210 lid 2 te kwalificeren als vordering tot vergoeding van schade, omdat in het normale geval de betaler door het verrichten dan wel niet terugkrijgen van zijn prestatie schade lijdt en daarmee onnodige verschillen worden vermeden tussen het geval dat de prestatie naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden en dat waarin de ontvanger in de nakoming van zijn ongedaanmakingsverplichting tekort schiet.¹⁸⁷

Wat is de prestatie van ING? (incidentele cassatiemiddel onderdeel 1)

10.7.1 Onderdeel 1 van het incidentele middel klaagt dat het hof ten onrechte art. 6:210 lid 2 BW van toepassing heeft verklaard in rov. 3.21 TA2. Daartoe wordt gesteld dat de aard van de prestatie van ING onder de renteswapovereenkomst enkel bestond uit het betalen van de 3-maands Euriborrente aan de Cliënt. Deze prestatie kan naar zijn aard ongedaan worden gemaakt. Door anders te oordelen, heeft het hof ten onrechte de aard van de prestatie van ING onder de renteswapovereenkomst (betaling variabele rente aan de Cliënt) verward met het door het hof gesignaleerde beoogde effect of het motief van die prestatie wanneer de renteswap in combinatie met de onderliggende leningen van de Cliënt bij ING REF wordt beschouwd (het afdekken van risico op rentestijging onder de leningen). Het onderdeel stelt dat het hof de renteswapovereenkomst op zichzelf had moeten beschouwen als naar zijn aard slechts behelzend dat

184 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding algemeen*, deel 1 (Mon. Nieuw BW B34) 1982/16.

185 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 817-818; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448; R. Koolhoven, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, art. 6:210 BW, aant. 4; Jac. Hijma, T&C BW, art. 6:210 BW, aant. 3 onder d.

186 *Parl. Gesch. BW Boek 3*, 1981, p. 922.

187 Asser/Sieburgh 6-II 2017/2. Zie ook bevestigend: Van Leuken e.a., *Hartkamps Compendium vermogensrecht* 2017/382.

181 T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 818.

182 T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 818.

183 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/448. Vgl. M.V. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, 1997, p. 206-207.

partijen elkaar over en weer verschillende rentepercentages uitbetaalden.

10.7.2 Het onderdeel slaagt naar mijn mening niet, omdat de vaststelling van de prestatie waartoe ING zich heeft verplicht een uitleg vergt van de tussen partijen gesloten overeenkomst(en). Deze uitleg is aan het hof voorbehouden en kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Zij geeft naar mijn mening geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd, mede in het licht van de overwegingen van het hof dat het afdekken van het renterisico tot een bepaald bedrag voorwaarde was voor het aangaan van de lening (rov. 3.1.3 TA2) en dat het uitsluitend doel van de renteswapovereenkomst de afdekking van het renterisico is (TA2 rov. 3.17). De swap als zodanig betreft een renteruil, zoals Cliënt (s.t. 53) terecht opmerkt, maar het hof mocht de aard van de prestatie van ING onder de swap mijns inziens mede beoordelen in het licht van de samenhang tussen de swap en de lening. Door het afsluiten van de swap werd Cliënt beschermd tegen het renterisico (al heeft zich de feitelijke situatie zich zo ontwikkelt, dat deze bescherming achteraf niet nodig bleek te zijn). Het hof heeft de overeenkomst verder niet geassocieerd met een verzekerings- of kansovereenkomst of een overeenkomst die strekt tot het verschaffen van het genot van een zaak (vgl. Cliënt s.t. nrs. 57, 59 en 61; Dupliek nrs. 9-11).

10.7.3 Onderdeel 1 van het incidentele cassatiemiddel slaagt niet.

'Voor zover redelijk' (principale cassatiemiddel onderdeel 4)

10.8.1 Onderdeel 4 van het principale middel klaagt dat het hof ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, heeft geoordeeld dat het niet redelijk is dat de Cliënt het nettobedrag dat hij op eist bij ING aan ING moet vergoeden, omdat de swapovereenkomst tot stand is gekomen onder invloed van dwaling. Het onderdeel betoogt dat de waarde die op grond van art. 6:210 lid 2 BW moet worden vergoed in de regel de waarde is van de prestatie die niet voor restitutie vatbaar is. Afwijking van deze regel is mogelijk op grond van het redelijkheidscriterium van deze bepaling, maar uit de Toelichting Meijers volgt dat voor afwijking op grond van het redelijkheidscriterium geen ruimte is wanneer de ontvanger door een wilsgebrek ertoe is gekomen een te hoge prijs toe te zeggen. Daarvoor is alleen ruimte wanneer de wil om die prestatie te verkrijgen gebrekkig tot stand is gekomen en dus niet wanneer alleen de wil om de overeengekomen tegenprestatie te verrichten gebrekkig tot stand is gekomen. Voor zover het hof dit niet heeft miskend is het oordeel ontoereikend gemotiveerd, omdat de wil van de Cliënt om de prestatie van ING te ontvangen niet gebrekkig tot stand gekomen is nu de dwaling niet ziet op de prestatie van ING die naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie (het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het

Euribortarief hoger wordt dan de swaprente), maar betrekking heeft op andere aspecten van de renteswap (de potentiële marginverplichtingen, de aard van de allowancefaciliteit en het inflexibele karakter van de gekozen constructie).

10.8.2 Volgens rov. 3.19 TA2 zijn partijen het erover eens dat Cliënt uit hoofde van de renteswap netto € 1.352.254 aan ING heeft betaald. Dit zogenaamde Nettobedrag is het saldo, na verrekening, van wat onder de swap door Cliënt aan ING is betaald en door ING aan Cliënt. Volgens ING moet de waarde van haar prestatie worden gesteld op dit Nettobedrag. Dit betoog impliceert, als ik het goed zie, dat partijen uit hoofde van onverschuldigde betaling even grote vorderingen op elkaar zouden hebben.

10.8.3 Onderdeel 4 van het principale middel bestrijdt niet dat art. 6:210 lid 2 BW in dit geval kan worden toegepast (s.t. ING nr. 124), dus de oordelen (i) dat de prestatie van ING niet ongedaan gemaakt kan worden, (ii) dat Cliënt erin heeft toegestemd een tegenprestatie te verrichten en (iii) dat niet is komen vast te staan dat Cliënt zonder de dwaling in het geheel niet zou hebben gecontracteerd. Het onderdeel bestrijdt het oordeel over de te hanteren waarde.

10.8.4 Volgens de rechtsklacht van onderdeel 4 is alleen ruimte voor toepassing van de in art. 6:210 lid 2 BW opgenomen woorden dat waardevergoeding in de plaats treedt van prestatie die naar haar aard niet meer ongedaan gemaakt kan worden 'voor zover dat redelijk is', wanneer de wil om die prestatie te verkrijgen gebrekkig tot stand is gekomen en niet wanneer alleen de wil om de overeengekomen tegenprestatie te verrichten gebrekkig tot stand is gekomen.

Deze klacht gaat naar mijn mening niet op, omdat zij uitgaat van een te beperkte lezing van art. 6:210 lid 2 BW, waartoe de tekst van deze bepaling geen aanleiding geeft.¹⁸⁸ Ook de hiervoor in 10.5.1 geciteerde passage uit de Toelichting Meijers, dwingt naar mijn mening niet tot deze lezing. Deze passage betreft de vraag of sprake is van één van de drie gevallen waarin art. 6:210 lid 2 BW van toepassing is indien het gaat om een wegens wilsgebrek vernietigbare overeenkomst. Het hof heeft die vraag, door onderdeel 4 niet bestreden,¹⁸⁹ bevestigend beantwoord. De passage strekt er niet toe om, indien art. 6:210 lid 2 BW van toepassing is, in het algemeen te bepalen hoe moet worden omgegaan met de in de wet opgenomen woorden 'voor zover dat redelijk is'.

10.8.5 Nu de motiveringsklacht van het onderdeel ervan uit gaat dat de wil van de Cliënt om de prestatie van ING te ontvangen niet gebrekkig tot stand is gekomen, mist deze klacht feitelijke grondslag. Het

¹⁸⁸ Hierop wijst m.i. terecht de s.t. Cliënt nrs. 123-124.

¹⁸⁹ Een klacht daarover zou overigens leiden tot de vraag of belang bij die klacht zou bestaan, omdat een vergoedingsplicht mogelijk ook kan worden aangenomen op de grond dat de ontvanger door de prestatie is verrijkt (het hiervoor in 10.3 onder (i) genoemde geval).

hof heeft immers in rov. 3.17 TA2, kort gezegd, overwogen dat aannemelijk is geworden dat de Cliënt de renteswap zonder dwaling niet zou hebben gesloten. Zie ook rov. 2.7 EA, waarin het hof heeft overwogen dat de gehele renteswap onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en dus moet worden weggedacht. Hieruit volgt dat het hof met de overweging in rov. 3.21 TA2 dat niet is komen vast te staan dat de Cliënt zonder de dwaling in het geheel niet zou hebben gecontracteerd, klaarblijkelijk niet heeft bedoeld dat de Cliënt de renteswapovereenkomst op andere voorwaarden zou hebben gesloten. Kennelijk is het hof van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de Cliënt geen andere renteafdeckingsvariant zou hebben afgesloten bij ING. Anders dan onderdeel 4 veronderstelt, volgt uit het oordeel van het hof dat de Cliënt de renteswapovereenkomst niet zou hebben gesloten dat ook de wil van de Cliënt om de prestatie van ING te ontvangen gebrekkig tot stand is gekomen. Onderdeel 4 faalt daarmee in zijn geheel.

10.8.6 Onderdeel 4 van het principale cassatiemiddel slaagt niet.

Hypothetische overeenkomst relevant voor waardebepaling? (incidentele cassatiemiddel onderdeel 2)

10.9.1 Onderdeel 2 van het incidentele middel klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd voor de ingevolge art. 6:210 lid 2 BW te berekenen waardevergoeding door als maatstaf te hanteren wat de Cliënt aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdeckingsvariant die het beste bij hem paste (rov. 3.21 TA2) althans wat de Cliënt in de hypothetische situatie zou hebben gedaan (rov. 2.7 EA). Gesteld wordt dat voor de waardevergoeding moet worden gekeken naar de waarde van de daadwerkelijk door de Cliënt ontvangen prestatie en niet naar de waarde van een alternatieve constructie die beter bij hem zou hebben gepast en/of die hij zou hebben gekozen in de hypothetische situatie dat hij wél correct was geïnformeerd door ING. Het onderdeel klaagt dat de door het hof toegepaste maatstaf niet strookt met het karakter van de terugwerkende kracht van een vernietiging en met de wijze waarop in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad invulling is gegeven aan art. 6:210 lid 2 BW.

10.9.2 Naar ik meen berust deze klacht op een onjuiste lezing van het arrest en moet zij daarom falen. Anders dan de klacht veronderstelt, heeft het hof de waarde van de prestatie van ING bepaald op het bedrag waarmee de ontvanger (de Cliënt) daadwerkelijk is verrijkt. Om het bedrag van deze verrijking vast te stellen, kijkt het hof mede naar de kosten die de Cliënt zou hebben gemaakt om het renterisico af te dekken indien hij niet zou hebben gedwaald ten aanzien van de renteswap. Het hof kijkt naar een andere renteafdeckingsvariant – de hypothetische overeenkomst – omdat niet is komen vast te staan dat de Cliënt zonder de dwaling in het geheel niet (met het oog op het afdekken van het renterisico)

zou hebben gecontracteerd. Het hof acht het daarom redelijk om ter bepaling van de waarde van de prestatie van ING c.q. de verrijking van de Cliënt te kijken naar de kosten van een andere renteafdeckingsvariant, de hypothetische overeenkomst. Ten overvloedig merk ik het volgende op.

10.9.3 Deze benadering is naar mijn mening niet in strijd met het karakter van de terugwerkende kracht van een vernietiging, omdat het hof de waarde van de door ING verrichte prestatie vaststelt.

10.9.4 Deze benadering is naar mijn mening niet in strijd met de wijze waarop in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad invulling is gegeven aan art. 6:210 lid 2 BW. Het onderdeel wijst er terecht op dat volgens de ontstaansgeschiedenis van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van de ontvangen prestatie in beginsel dient te worden bepaald aan de hand van de waarde die aan de prestatie 'normaal in het economische leven' wordt toegekend op het moment van de ontvangst van de prestatie (de marktwaarde). Eveneens terecht is aangevoerd dat ingevolge het arrest *Gemeente Reusel-De Mierden* de marktwaarde van de te ontvangen prestatie de bovengrens vormt van de op grond van art. 6:210 lid 2 BW toe te wijzen waardevergoeding. De waardevergoeding kan dus lager uitvallen (zoals ook volgt uit de woorden 'voor zover dit redelijk is' in art. 6:210 lid 2 BW). Uit het arrest *Gemeente Reusel-De Mierden* volgt verder dat de waardevergoeding haar rechtvaardiging vindt in de wenselijkheid dat ongerechtvaardigde verrijking wordt tegengegaan.¹⁹⁰

Hieruit volgt dat het hof de waardevergoeding kon vaststellen aan de hand van (i) het bedrag waarmee de Cliënt door de door ING geleverde prestatie daadwerkelijk is verrijkt ('subjectieve verrijking') mits (ii) dit bedrag niet hoger is dan de marktwaarde van die prestatie ('objectieve verrijking'). Het hof heeft het eerste gedaan en het tweede voor zover dat in deze procedure noodzakelijk was.

10.9.5 (Ad i).

De prestatie van ING bood de Cliënt bescherming tegen een stijging van de Euriborrente. Cliënt wilde een bescherming tegen het renterisico. Daarom is de Cliënt door de prestatie van ING verrijkt nu deze voor hem een waarde heeft gehad. De verrijking kan bestaan uit de kosten die de Cliënt heeft bespaard doordat hij vanwege het door ING overgenomen risico van rentestijging geen andere renteafdeckingsvariant heeft hoeven af te sluiten. De wijze waarop het hof de waarde van de prestatie van ING vaststelt, oriënteert zich op de verrijking van de Cliënt: de waarde die de prestatie van ING voor Cliënt heeft gehad, moet mede worden bepaald aan de hand van de hypothetische overeenkomst die de Cliënt ter afdekking van het renterisico zou hebben gesloten als hij niet had gedwaald ten aanzien van de renteswap (dus de daarmee gemoeide kosten die Cliënt

190 Vgl. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, NJ 2016/159 m.nt. S.D. Lindenberg.

zich heeft bespaard door niet deze variant, maar de renteswap af te sluiten).

10.9.6 (Ad ii).

Het hof heeft vastgesteld wat de waarde van de prestatie van ING voor de Cliënt is geweest, maar niet uitdrukkelijk vastgesteld wat de marktwaarde daarvan is geweest. Blijkens rov. 3.21 TA2 heeft het hof de juistheid van de door ING aangevoerde stelling dat partijen bij het afsluiten van de renteswap een marktconform tarief zijn overeengekomen en dat de waarde van de prestatie van ING derhalve gelijk is aan het door Cliënt gevorderde Nettobedrag (zie memorie van antwoord nr. 222), in het midden gelaten. Dit blijkt uit de zinsnede "mocht al komen vast te staan dat de waarde van de prestatie van ING gelijk is aan het Nettobedrag". Uit rov. 3.21 TA2 blijkt dat het hof het niet redelijk acht dat de gestelde marktwaarde voor vergoeding in aanmerking komt, maar wel redelijk acht dat de waarde die de prestatie voor de Cliënt vertegenwoordigde voor vergoeding in aanmerking komt. Dit houdt naar mijn mening ook een impliciet oordeel in dat deze laatste genoemde waarde lager dient te zijn dan de eerst genoemde waarde. Het hof concludeert in zijn eindarrest dat de waarde van de prestatie van ING voor de Cliënt € 919.927 is. In het eindarrest ligt besloten dat het hof ook van oordeel is, dat deze vergoeding lager is dan de door ING gestelde marktwaarde. Het incidentele middel klaagt vergeefs (in onderdeel 3) dat het hof de marktwaarde op nihil had dienen te stellen.

10.9.7 In de s.t. Cliënt nr. 65 wordt nog opgemerkt dat de benadering van het hof als manco vertoont, dat wanneer de hypothetische overeenkomst duurder zou uitvallen dan de gesloten renteswapovereenkomst, de cliënt zou kunnen worden veroordeeld tot het bijbetalen van een bedrag aan de bank.¹⁹¹ Zoals ik het oordeel van het hof lees, kan zijn benadering niet tot een dergelijk gevolg leiden, omdat zijn benadering ervan uitgaat dat de waarde die de prestatie voor de Cliënt vertegenwoordigde, lager is dan de marktwaarde van die prestatie.

10.9.8 Onderdeel 2 van het incidentele cassatiemiddel slaagt niet.

Waarde van de prestatie van ING nihil?

(incidentele cassatiemiddel onderdeel 3)

10.10.1 Onderdeel 3 van het incidentele middel voert aan dat het hof de waardevergoeding die De Cliënt aan ING zou zijn verschuldigd in rov. 3.21 TA2 ten onrechte niet op nihil heeft gesteld. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat de waardevergoeding in de zin van art. 6:210 lid 2 BW afhankelijk is van de mate waarin de Cliënt is verrijkt door de door ING geleverde prestatie en dat deze niet hoger kan zijn dan de marktwaarde van die

prestatie. Aangevoerd wordt dat de Cliënt op geen enkele wijze is verrijkt doordat ING zogenaamd het risico op rentestijging van de variabel rentende leningen bij ING REF heeft overgenomen, aangezien de renteswap gedurende vrijwel de gehele looptijd van de renteswapovereenkomst een negatieve marktwaarde heeft gehad en de renteswap de Cliënt niet beschermde tegen verhoging van de opslagen op de leningen met ING REF.

10.10.2 Dit onderdeel faalt naar mijn mening, omdat het hof de waardevergoeding wel heeft afgestemd op de verrijking (zie hiervoor bij 10.9.5). Voorts doet de omstandigheid dat de renteswap de Cliënt niet beschermde tegen verhoging van de opslagen op de leningen, er niet aan af dat deze prestatie van ING de Cliënt wél bescherming bood tegen een stijging van de Euriborrente en dat de Cliënt door deze prestatie op de zojuist bedoelde wijze is verrijkt in de zin dat deze prestatie voor hem een waarde heeft gehad.

10.10.3 Onderdeel 3 van het incidentele cassatiemiddel slaagt niet.

Stelplicht en bewijslast (incidentele cassatiemiddel onderdeel 4)

10.11.1 Onderdeel 4 van het incidentele middel klaagt dat het hof in rov. 3.21 e.v. TA2 heeft miskend dat ingevolge art. 150 Rv en het arrest *Gemeente Reusel-De Mierden*¹⁹² geldt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de (hoogte van de) waardevergoeding rust bij de partij die een vergoeding voor zijn prestatie wenst en dat dit betekent dat het aan ING was om de waarde van haar prestatie aanneemelijk te maken en met bescheiden te onderbouwen, alsmede om aan te tonen dat zij niet een bedrag opvoerde dat hoger is dan de marktwaarde. Het hof heeft deze verdeling miskend door de stelplicht en bewijslast niet (kenbaar) bij ING te leggen, maar bij de Cliënt, althans gelijkmatig over partijen te verdelen. Dit blijkt in het bijzonder uit het feit dat de Cliënt steeds degene was die als eerste zijn akten na tussenarrest diende te nemen, waardoor het voor hem niet mogelijk was om op de stellingen van ING over de berekening van de waardevergoeding te reageren.

10.11.2 Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv rust op de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast van die feiten of rechten. De Cliënt heeft uit hoofde van onverschuldigde betaling gevorderd dat ING aan hem het Nettobedrag zou betalen, dat wil zeggen het saldo van de over en weer bestaande verbintenissen tot terugbetaling van wat krachtens de vernietigde renteswapovereenkomst door partijen aan elkaar is betaald (art. 6:203 lid 2 BW).

Uit rov. 3.20 TA2 blijkt dat ING heeft aangevoerd dat zij niet verplicht kan worden om aan de Cliënt het door hem opgeëiste Nettobedrag te betalen omdat de waarde van de door ING geleverde prestatie

¹⁹¹ Bij discussies over schadevergoeding wegens zorgplichtschending kan iets vergelijkbaars spelen, wanneer de bank stelt dat daardoor geen schade is veroorzaakt omdat de cliënt zonder de zorgplichtschending per saldo duurder zou zijn uit geweest dan met de zorgplichtschending.

¹⁹² HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, NJ 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh.

die op grond van art. 6:210 lid 2 BW moet worden vergoed, gelijk is aan het bedrag dat de Cliënt van ING opeist.

Tegenover de vordering van de Cliënt op ING uit hoofde van onverschuldigde betaling heeft ING dus de rechtsgevolgen ingeroepen van art. 6:210 lid 2 BW, te weten het bestaan van een vordering van haar op de Cliënt uit hoofde van de in art. 6:210 lid 2 BW bedoelde verbintenis tot waardevergoeding. In zoverre rust op haar de stelplicht en, bij voldoende betwisting, bewijslast ter zake van de feiten en omstandigheden die het bestaan en de inhoud van deze waardevergoedingsverbintenis betreffen. Het gaat dus niet slechts, zoals ING stelt (s.t. nr. 172), om een (zuivere) betwisting van de door Cliënt gestelde (terug)betalingsverplichting van ING.

10.11.3 Het voorgaande strookt met het arrest *Gemeente Reusel-De Mierden*. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het aan de gemeente was om in het kader van een vordering op de voet van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken. Volgens de Hoge Raad diende de gemeente haar vordering zodanig toe te lichten en te onderbouwen dat het voor de wederpartij redelijkerwijs mogelijk is om daartegen verweer te voeren. Eveneens diende de gemeente aanknopingspunten te verschaffen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of zij een bedrag vordert dat niet hoger is dan het bedrag van de marktwaarde van die prestatie.¹⁹³ Hieraan doet niet af dat in de zaak die heeft geleid tot dit arrest sprake was van een op art. 6:210 lid 2 BW gebaseerde vordering (s.t. ING nr. 177).

10.11.4 Ik breng in dit verband in herinnering dat de vordering tot waardevergoeding (zo al niet gelijk aan, dan toch) veel overeenkomsten vertoont met de vordering tot schadevergoeding. Aangenomen kan worden dat de rechter bij het bepalen van de waardevergoeding, evenals bij het bepalen van de schadevergoeding, veel beoordelingsruimte toekomt.¹⁹⁴

10.11.5 Het onderdeel klaagt in algemene zin over miskenning van de regels van stelplicht en bewijslastverdeling, maar geeft niet concreet aan op welke punten het hof bij de bepalen van de waarde van de prestatie van ING in strijd met deze regels te werk zou zijn gegaan. Het onderdeel mist naar mijn mening belang voor zover daarin wordt geklaagd dat het hof hiervan blijk heeft gegeven doordat het hof de Cliënt (en niet ING) in de gelegenheid heeft gesteld om zich als eerste bij akte uit te laten over de berekening van de waardevergoeding. Het onderdeel maakt immers niet duidelijk op welke stellingen van ING, met name ook in de laatste akte van haar kant, de Cliënt daardoor niet heeft kunnen reageren. Evenmin is aangevoerd dat en zo ja, waarom,

dit zou hebben geleid tot een onjuiste berekening van de waardevergoeding.

Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat het aan ING was om de waarde van haar prestatie aannemelijk te maken en om aan te tonen dat zij niet een bedrag opvoert dat hoger is dan de marktwaarde, verwijs ik naar wat hiervoor in 10.9.6 daarover is opgemerkt.

10.11.6 Onderdeel 4 van het incidentele cassatiemiddel slaagt niet.

Uitgangspunten hypothetische overeenkomst (principale cassatiemiddel onderdeel 5)

10.12.1 Onderdeel 5 van het principale middel komt met drie subonderdelen op tegen rov. 2.7 TA3 en rov. 2.7 EA. *Subonderdeel 5.a* stelt dat het oordeel van het hof op een cirkelredenering berust en daarom ontoereikend is gemotiveerd.

10.12.2 Deze klacht gaat naar mijn mening niet op. In rov. 3.13 TA2 overweegt het hof dat het feit dat de Cliënt een renteswapovereenkomst sloot voor € 10 miljoen terwijl ING afdekking van het renterisico eiste voor € 6,75 miljoen, er ook op wijst dat Cliënt onbekend was met de wezenlijke kenmerken van de swap. In deze overweging stelt het hof niet vast wat de Cliënt zou hebben gedaan als hij geen renteswapovereenkomst zou hebben gesloten. Dat doet het hof in rov. 2.7 TA3 en 2.7 EA. Daarbij valt het hof inderdaad terug op rov. 3.13 TA2, omdat het aanneemt dat Cliënt uit onwetendheid over de kenmerken van de swap deze voor een bedrag van € 10 miljoen is aangegaan en niet voor de € 6,75 miljoen waarvoor ING vereiste dat het renterisico zou worden afgedekt (zie rov. 2.7 EA). Dat is echter geen cirkelredenering. Het hof kent aan een omstandigheid betekenis toe in de context van het beroep op dwaling en in de context van de waardevergoeding.

10.13.1 *Subonderdeel 5.b* klaagt in de eerste plaats dat het hof de feitelijke grondslag van de eis c.q. het verweer van Cliënt in strijd met art. 24 Rv heeft aangevuld, omdat Cliënt in feitelijke instanties niet heeft gesteld dat hij het renterisico slechts voor € 6,75 miljoen zou hebben afgedekt indien hij op de hoogte was geweest van de wezenlijke kenmerken van de renteswap.

10.13.2 Cliënt heeft gesteld dat ING heeft vereist om het renterisico voor € 6,75 miljoen af te dekken en heeft aanbevolen om dit met het oog op toekomstige financiering te doen voor € 10 miljoen.¹⁹⁵ De klacht dat het hof de feitelijke grondslag van de eis c.q. het verweer van Cliënt in strijd met art. 24 Rv heeft aangevuld, gaat niet op. Het hof kon aan een omstandigheid die reeds eerder was komen vast te staan (in TA2), betekenis toekennen in het kader van de waardebepaling van de prestatie van ING.

10.14.1 *Subonderdeel 5.b* klaagt in de tweede plaats dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd is in het licht van de stel-

193 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3532, NJ 2016/159 m.nt. S.D. Lindenbergh, rov. 3.6.3.

194 Vgl. R.J.B. Boonekamp, Stelplicht & Bewijslast, commentaar bij art. 6:97 BW; S.D. Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:97 BW, aant. 2.1, 2.7-2.8 en 3.4.

195 S.t. Cliënt nr. 133 met verwijzing naar de inleidende dagvaarding.

ling van Cliënt dat hij heeft gekozen voor een renteswap van € 10 miljoen vanwege een andere lening van € 8 miljoen "die nog in de pijp lijn zat".

10.14.2 De klacht veronderstelt dat deze omstandigheid voor Cliënt voor dezelfde wijze zou hebben geleid tot de beslissing om het renterisico voor een bepaald bedrag af te dekken, ongeacht het instrument (renteswap, cap, vastrentende lening) dat daarvoor zou worden ingezet. Dat het hof daarvan niet is uitgegaan, komt mij niet onbegrijpelijk voor. De keuze van de Cliënt wordt immers mede bepaald door diens begrip van en de kosten van de verschillende instrumenten.

10.15.1 *Subonderdeel 5.c* klaagt dat het hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd (in rov. 2.11 EA), voorbij is gegaan aan het aanbod van ING om door middel van getuigen te bewijzen dat de hypothetische situatie gelijk is aan de feitelijke situatie.

10.15.2 Zie ik het goed, dan berust het bewijsaanbod van ING in dit opzicht op haar stelling dat door de Cliënt gevorderde schade ter hoogte van het Nettobedrag ook door hem zou zijn geleden bij afwezigheid van een (door ING betwiste) zorgplichtschending door ING, omdat Cliënt ook dan het renterisico voor €10 miljoen zou hebben afgedekt nu onaannemelijk is dat Cliënt dan iets anders zou hebben gedaan (memorie van antwoord nrs. 233 en 237). Het hof heeft deze stelling kennelijk, en niet onbegrijpelijk, onvoldoende geacht om ING op dit punt toe te laten tot bewijslevering.

10.16 Onderdeel 5 van het principale cassatiemiddel slaagt niet.

Uitgangspunten hypothetische overeenkomst (incidentele cassatiemiddel onderdeel 5)

10.17.1 Onderdeel 5 van het incidentele cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het hof dat een rentevastlening met een looptijd van zeven jaar het beste bij Cliënt zou hebben gepast (rov. 2.5-2.6 TA3 en rov. 2.4 EA) en klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, althans onvoldoende gemotiveerd.

10.17.2 Het oordeel van het hof berust op een inschatting van wat de Cliënt zou hebben gedaan om het renterisico af te dekken indien hij geen renteswapovereenkomst zou hebben gesloten met de bank. Het baseert zich bij die inschatting op standpunten die de Cliënt omtrent zijn behoeften en voorkeuren heeft ingenomen, waarbij het hof ingaat op de stellingen van de Cliënt over een lening met een vaste rente en over een rentecap (rov. 2.6 en 2.7 TA3 en rov. 2.4 TA4). De door de klacht bestreden oordelen van het hof zijn niet onbegrijpelijk te noemen in het licht van wat onderdeel 5 daartegen aanvoert, ook niet voor zover daarin wordt gewezen op de in het kader van het oordeel over het beroep op dwaling gegeven rov. 3.12 TA2.

10.17.3 Onderdeel 5 van het incidentele cassatiemiddel slaagt niet.

Incidentele vordering (incidentele cassatiemiddel onderdeel 6)

10.18.1 Onderdeel 6 van het incidentele middel is ingesteld onder de voorwaarde dat een van de onderdelen van het principale cassatieberoep slaagt. Nu mijns inziens aan die voorwaarde wordt voldaan, dient dit onderdeel behandeld te worden.

10.18.2 Volgens dit onderdeel kan de afwijzing van de incidentele vordering ex art. 843a Rv van Cliënt in rov. 2.11 EA niet in stand blijven indien het principale middel slaagt, omdat dan het belang van Cliënt herleeft bij het verkrijgen van de in die vordering bedoelde informatie die relevant is voor een hernieuwd oordeel over het dwalingsbetoog en de zorgvuldigheid van het handelen van ING.

10.18.3 Het hof heeft de incidentele vordering tot overlegging van bescheiden afgewezen omdat Cliënt daarbij onvoldoende belang heeft, mede in het licht van (volgens ING) de toewijzing van de verklaring voor recht en (volgens ING en Cliënt) de verwerving van de bewijsaanbiedingen van partijen. Hoewel in de toelichting op dit onderdeel vooral wordt verwezen naar een aspect waarover het hof een in cassatie onbestreden oordeel heeft gegeven (namelijk de eis dat het renterisico voor een bedrag van €6.75 miljoen werd afgedekt; zie s.t. Cliënt nr. 80 en rov. 2.4 TA3), valt niet uit te sluiten dat na cassatie en verwijzing het verwijzingshof zou kunnen oordelen dat er reden is de incidentele vordering geheel of gedeeltelijk toe te wijzen (dan wel af te wijzen). Om het verwijzingshof daartoe de ruimte te geven, kan mijns inziens worden volstaan met het buiten behandeling laten van onderdeel 6 van het incidentele cassatiemiddel.

11 Slotsom

11.1 Het principale cassatieberoep slaagt (onderdelen 1.a, 3.a en 8). De zaak dient daarom te worden verwezen naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

11.2 Het incidentele middel bevat geen klachten die dienen te leiden tot vernietiging van de daarin bestreden arresten dient daarom te worden verworpen.

12 Conclusie

De conclusie strekt

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

in het incidentele cassatieberoep: tot verwerving.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak C/13/533427/HA ZA 13-20 van de rechtbank Amsterdam van 19 juni 2013 en 27 november 2013;

b. de arresten in de zaak 200.144.841/01 van het gerechtshof Amsterdam van 25 november 2014,

15 september 2015, 15 november 2016 en 19 december 2017.

De arresten van het hof van 15 september 2015, 15 november 2016 en 19 december 2017 zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof van 15 september 2015, 15 november 2016 en 19 december 2017 heeft ING beroep in cassatie ingesteld. [Cliënt] heeft gedeeltelijk voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende gedeeltelijk voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt in het principale cassatieberoep tot vernietiging en tot verwijzing, en in het incidenteel 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) [Cliënt] is oprichter en eigenaar van een grote jeansketen met 80 winkels in binnen- en buitenland. Daarnaast koopt hij in privé winkelpanden, die hij vervolgens verhuurt.

(ii) In het voorjaar van 2008 was [Cliënt] voornemens zes winkelpanden te kopen, voor een totale koopsom van € 5.854.207. [Cliënt] benaderde met het oog op het verkrijgen van een additionele lening zijn vaste contactpersoon bij ING Real Estate Finance N.V. (hierna: ING REF).

(iii) ING REF stelde als voorwaarde voor het verstrekken van de nieuwe lening dat het renterisico op de nieuwe en de bestaande geldleningen (met een gezamenlijke waarde van € 13,534 miljoen) voor een bedrag van € 6,75 miljoen zou worden afgedekt.

(iv) Op 7 april 2008 heeft ING Bank N.V. (hierna: ING) voor [Cliënt] een presentatie over risicomanaagement gehouden. Het daarbij gebruikte schriftelijke materiaal geeft een beknopte omschrijving van verschillende rente-afdekking-instrumenten, te weten de Interest Rate Swap (hierna ook: renteswap), de CAP (een renteoptie waarmee tegen betaling van een premie de maximale rente beperkt wordt tot een vooraf vastgelegd percentage) en de RenteVastlening.

Onder het kopje '1. Keuze rente-afdekking-instrument' is over de renteswap vermeld:

"Met de IRS legt u zich vast voor een kapitaalmarkt looptijd

Een vaste calculatie van uw financieringslast is mogelijk (= Fixatie) naar keuze"

Onder het kopje '3. Maatwerkoplossing' worden de volgende voor- en nadelen van de renteswap genoemd:

"Voordelen:

- Eenvoudig veranderen van een rentestructuur » variabele financiering wordt fixe financiering

- Flexibiliteit t.a.v. ingangsdatum en cash-flowschema

» U kiest zelf de ingangsdatum van de swap

» De swapstructuur kan naadloos worden aangesloten op de onderliggende financiering

- Bij tussentijds openbreken kan een opbrengst worden verkregen » contante waarde

- Transparantie via www.ingotcr.com over contante waarde

Nadelen:

- Geen mogelijkheid om te profiteren van een relatief lage geldmarktrente (Euribor); de rente is immers gefixeerd".

Onder het kopje '5. Samenvatting' is onder meer het volgende opgenomen:

"□ Rentederivaten zijn flexibel; elk schema, elke ingangsdatum etc kan bestaan,

□ Rentederivaten zijn GEEN kredietverlening; (...),

□ Rentederivaten zijn vrij van overige kosten: % = %, premie = premie,

□ Nu de rente laag en invers is, is overstappen naar een vaste rente aantrekkelijk,

□ Bij de verkoop van Rentederivaten hebben wij een Zorg- en Informatieplicht; de AFM houdt hier nadrukkelijk toezicht op".

(v) Op 16 april 2008 hebben [Cliënt] en ING een 'Raamovereenkomst inzake niet-beursverhandelde derivaten (Niet professionelen)' gesloten (hierna: de raamovereenkomst). De raamovereenkomst bevat algemene bepalingen die van toepassing zijn op alle transacties die tussen ING Bank en de cliënt, in dit geval [Cliënt], worden gesloten in niet-beursverhandelde derivaten. Bij de raamovereenkomst heeft [Cliënt] ook een zogenoemde Product Kaart - Interest Swap (hierna: de productkaart) ontvangen. De productkaart bevat onder andere de volgende tekst:

"Wat is een Interest Rate Swap?

Een Interest Rate Swap (swap) is een instrument dat gebruikt kan worden om het renterisico op bestaande en toekomstige financieringen beheersbaar te maken. Een swap stelt een onderneming in staat om eenvoudig de rentetypische looptijd van een financiering te wijzigen zonder dat de onderliggende lening hiervoor veranderd hoeft te worden. Een swap wordt vaak in combinatie met een nieuwe (variabele) lening toegepast.

(...)

Belangrijkste Product Kenmerken:

• Aanwezig in de meest gangbare valuta's (o.a. €, GBP, CHF, USD).

- Minimale hoofdsom (equivalent van) Euro 1 miljoen.
- Gangbare looptijden vanaf 1 jaar tot 10 jaar.

• Een swap is een los verhandelbaar financieel contract. Het staat los van de onderliggende lening.

(...)

Voordelen

• Een swap is een maatwerkproduct en kan wat betreft 'reken' hoofdsom, ingangsdatum en onderliggende looptijd precies gekoppeld worden aan de behoefte van de gebruiker. Aflossings- en opnameschema's zijn mogelijk.

• Met een swap is het eenvoudig om van rentetypische looptijd te veranderen

• Met een swap is het mogelijk om toekomstige rente exposure per heden te sturen (hedgen). Per heden is het mogelijk om een swaptarief voor een toekomstige financiering af te spreken.

• Een swap kan eenvoudig worden afgewikkeld. Dit gebeurt middels een verrekening van de contante waarde van de swap. Deze kan negatief (boeterente) of positief (opbrengst) zijn. *Risico's*

De componenten die de prijs van een swap bepalen, zoals looptijd, rente en vraag en aanbod op de kapitaalmarkten, zijn gedurende de looptijd aan veranderingen onderhevig. Koersen kunnen fluctueren. Eén en ander betekent dat de prijs zoals die in de markt geldt voor de transacties gedurende de looptijd kan verschillen van de prijs die is afgesproken bij het aangaan van de betreffende transactie. Naarmate het tijdsverloop tussen het moment van aangaan en het nakomen van de aangegane verplichting groter is, is dit risico groter. Desalniettemin kunnen de bovenomschreven typen transacties een uitstekend hulpmiddel zijn om de risico's die voortvloeien uit uw normale bedrijfsvoering te beheersen.

(...)

Zekerheden

ING Bank dient erop toe te zien dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortkomen, voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan hun actuele verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Hierover maken u en ING Bank samen zogenaamde 'margin' afspraken. Indien er door marktomstandigheden een margintekort dreigt te ontstaan, zal ING Bank u onverwijld hierover schriftelijk informeren. Indien zich daadwerkelijk een tekort voordoet, dient u maatregelen te nemen om dit tekort ongedaan te maken bijv. door het stellen van additionele zekerheden. Bij het in gebreke blijven met het tijdig aanzuiveren van het geconstateerde margintekort zal de bank noodgedwongen overgaan tot het eenzijdig sluiten van de ingenomen posities."

(vi) Gelijktijdig met het afsluiten van de raamovereenkomst hebben ING en [Cliënt] een overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' ten bedrage van maximaal € 700.000 gesloten. Deze overeenkomst bevat onder meer de volgende passages:

"2.1 Onder de volgende voorwaarden en bedingen zal de Bank aan de Kredietnemer vanaf de datum van ondertekening van deze overeenkomst een faciliteit ter beschikking stellen ten bedrage van maximaal € 700.000 (...), waarover hij kan beschikken voor het voldoen aan Marginverplichtingen voortvloeiende uit met de Bank ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening aangegane OTC-derivaten transacties middels de blokkade van de met de Marginverplichtingen samenhangende bedragen onder deze faciliteit.

2.2 De faciliteit kan te allen tijde (gedeeltelijk) door de Kredietnemer of de Bank worden opgezegd. Door de opzegging eindigt terstond de mogelijkheid om aan de Marginverplichtingen te voldoen door de blokkade daarvan onder deze faciliteit.

Bij opzegging is de Kredietnemer gehouden onmiddellijk ten genoegen van de Bank zekerheid te stellen ter securering van de (betalings)verplichtingen verband houdende met de OTC-derivaten transacties zoals bedoeld in deze overeenkomst."

(vii) ING REF heeft een aantal offertes aan [Cliënt] uitgebracht voor een nieuwe lening van € 5.250.000, steeds tegen het 3-maands Euribortarief. Alle offertes bevatten voorts onder andere de volgende tekst:

"Het renterisico op onderhavige geldlening en de bestaande geldleningen bij ING Real Estate Finance N.V. ten name van de geldnemer zal voor een leningbedrag ad minimaal € 6.750.000 ingedekt dienen te worden, bijvoorbeeld door middel van een derivatenovereenkomst bij ING Bank N.V."

De door ING overgelegde offerte van 18 april 2008 is door [Cliënt] ondertekend en wordt door partijen gezien als de leningovereenkomst. De rente is het 3-maands Euribortarief verhoogd met een opslag van 0,83%. Het totaalbedrag aan leningen van ING aan [Cliënt] bedroeg daarmee € 13,534 miljoen (€ 8,284 miljoen bestaand en € 5,25 miljoen nieuw).

(viii) Op 22 april 2008 is tussen [Cliënt] en ING een renteswapovereenkomst gesloten voor een bedrag van € 10 miljoen en een vaste rente van 4,45%. De einddatum van de renteswap is 1 mei 2015. Met de renteswap overeenkomst ruilt (swapt) [Cliënt] de variabele 3-maands Euriborrente op dit bedrag van € 10 miljoen, dat een gedeelte is van de van ING REF geleende hoofdsom, te weten € 10 miljoen, tegen een vaste rente van 4,45%.

(ix) ING heeft [Cliënt] in kennis gesteld dat zij hem in het kader van de Markets in Financial Instruments Directive heeft ingedeeld in de categorie niet-professionele cliënten. ING heeft geen uitge-

breid cliëntprofiel van [Cliënt] opgesteld en ook geen geschiktheidstoets uitgevoerd.

(x) Na afloop van de hiervoor onder (vii) genoemde leningovereenkomst hebben ING REF en [Cliënt] in april 2009 een nieuwe leningovereenkomst met een looptijd van één jaar gesloten tegen een 3-maands Euribortarief en een debetrenteopslag van 1,60%, in april 2010 gewijzigd in een opslag van 1,95% en in april 2011 in een opslag van 1,85%.

(xi) ING REF is in 2010 gefuseerd met ING.

(xii) Op 23 februari 2011 hebben ING en [Cliënt] een nieuwe overeenkomst 'Allowancefaciliteit OTC-derivaten transacties' gesloten. De allowancefaciliteit die ING ter beschikking stelt, bedraagt maximaal € 1.700.000. In september 2012 heeft ING de allowancefaciliteit verlaagd naar € 1.350.000.

(xiii) Op 16 februari 2012 heeft ING [Cliënt] geïnformeerd over de beoogde verhoging van de opslag naar 3,04% bij de door ING verstrekte geldlening. Kort daarna is [Cliënt] op zoek gegaan naar een andere bank, stellend dat hij zich door ING misleid voelde vanwege de verhoging van de rente-opslag. Op 23 april 2012 heeft [Cliënt] aan ING meegedeeld dat hij alle lopende geldleningen met ingang van 1 juli 2012 wenste af te lossen en dat hij in gesprek was met een andere bank over de herfinanciering van deze leningen. Vanaf begin mei 2012 zijn concrete opties voor de aflossing van de bestaande leningen met ING besproken. Op 25 juni 2012 heeft ING meegedeeld dat [Cliënt] de lopende geldleningen pas kan beëindigen als hij voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de swap aanvullende zekerheden stelt voor een bedrag van € 1,35 miljoen.

(xiv) Bij brief van 27 juni 2012 heeft [Cliënt] ING geïnformeerd over zijn ongenoegen over de gang van zaken en heeft hij de renteswap buitengerechtelijk vernietigd.

3.2.1 [Cliënt] vordert in dit geding, na wijziging van eis in hoger beroep, en voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd op grond van bedrog, althans dwaling, althans misbruik van omstandigheden, en veroordeling van ING tot (terug)betaling van alle onder de renteswap betaalde bedragen, alsmede tot betaling van (i) de wettelijke rente over het bedrag dat als margin is gestort, (ii) € 88.123 ter zake van door ING veroorzaakte vertraging in de aflossing van de geldleningen van [Cliënt], (iii) € 766 voor notariskosten ter verstrekking van een tweede hypotheekrecht tot zekerheid voor de renteswap en (iv) de kosten ter vaststelling van de aansprakelijkheid en de schade.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen van [Cliënt] afgewezen.

3.2.3 Het hof heeft in zijn arrest van 15 september 2015 (hierna: het tweede tussenarrest) het volgende geoordeeld.

Op grond van art. 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar, indien de wederpar-

tij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. Uitgangspunt bij de beoordeling van deze vordering is dat ING die inlichtingen moest 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 om te voorkomen dat [Cliënt] omtrent die essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen. (rov. 3.5)

Van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende klant mag in een geval als dit worden verwacht dat hij de door hem ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, aan de bank om opheldering vraagt. De klant heeft namelijk ook een onderzoeksplicht, hetgeen inhoudt dat hij – binnen redelijke grenzen – pogingen moet doen om zo daar behoefte aan is duidelijkheid te krijgen. (rov. 3.7)

De presentatie van ING over renterisicomanagement en de stukken die ING aan [Cliënt] heeft verstrekt, bevatten geen informatie over de met een renteswap gepaard gaande marginverplichtingen en allowancefaciliteit. Zij geven ook geen informatie over de potentiële omvang van de marginverplichtingen en de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribortarief en de stijging van de marginverplichtingen. Uit de genoemde stukken blijkt evenmin dat de allowancefaciliteit ertoe strekt [Cliënt] een krediet te verschaffen ten laste waarvan ING de marginverplichtingen van [Cliënt] boekt. ING heeft daarover ook overigens geen voorlichting aan [Cliënt] gegeven. (rov. 3.9 en 3.10)

ING is dan ook in haar informatieplicht tekortgeschoten. Er wordt in de documentatie alleen in algemene termen over zekerheden en margin gesproken. Er wordt niet duidelijk beschreven hoe de renteswap uitwerkt indien het Euribortarief (sterk) daalt, en welke functie de allowancefaciliteit daarbij vervult. De allowancefaciliteit die ING in het leven heeft geroepen om te voldoen aan de marginverplichtingen is een kredietfaciliteit, waarvoor ook de gestelde hypothecaire zekerheden kunnen worden uitgewonnen. ING had [Cliënt] daarover moeten informeren. Voorts is van belang dat de marginverplichtingen ook zijn bedoeld om cliënten bewust te maken van de meer verborgen en niet actuele financiële risico's van dit soort producten. ING had niet mogen volstaan met de summier schriftelijke informatie en had het belang en de functie van de allowancefaciliteit niet mogen bagatelliseren door die faciliteit als een formaliteit weg te zetten. Bovendien moet worden aangenomen dat als gevolg van de allowancefaciliteit van € 1,7 miljoen, die bovenop de financiering van ruim € 13,5 miljoen komt, het risicoprofiel van [Cliënt] is verslechterd en dat dit heeft geleid tot een extra verhoging van de debetrente-toeslag. Ook daarop had ING [Cliënt] moeten wijzen. (rov. 3.11)

De renteswapovereenkomst is onder invloed van dwaling tot stand gekomen. (rov. 3.13)

[Cliënt] heeft de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk vernietigd. Dit betekent dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd en wederzijds een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling hebben verkregen als bedoeld in art. 6:203 BW. (rov. 3.18-3.19)

De prestatie van ING, bestaande in het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente, kan naar haar aard niet ongedaan gemaakt worden (art. 6:210 lid 2 BW). Niet is komen vast te staan dat [Cliënt] bij afwezigheid van de dwaling in het geheel niet zou hebben gecontracteerd. Het hof acht het redelijk het (rente)bedrag dat [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdeckingsvariant die het beste bij de positie van [Cliënt] paste (rentevastlening of rentecap), in aanmerking te nemen als de aan ING te vergoeden waarde. Dat bedrag komt dan in mindering op het bedrag dat [Cliënt] in totaal aan swaprente heeft betaald, waarbij rekening wordt gehouden met eventuele verhogingen of verlagingen op grond van verschuldigde (rente)opslagen. (rov. 3.21)

Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over (de kosten van) de variant die het beste bij de positie van [Cliënt] zou hebben gepast en de door het hof uiteengezette (wijze van) berekening van de onverschuldigd betaalde bedragen. (rov. 3.23)

In zijn arrest van 15 november 2016 (hierna: het derde tussenarrest) heeft het hof geoordeeld dat een rentevastlening met een rentevastperiode van zeven jaar het beste bij [Cliënt] zou hebben gepast. (rov. 2.5-2.6)

Voorts heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de wijze waarop het hof het bedrag heeft begroot dat [Cliënt] (per saldo) onverschuldigd aan ING heeft betaald. (rov. 2.20)

Bij eindarrest van 19 december 2017 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd, voor recht verklaard dat de renteswapovereenkomst op grond van dwaling buitengerechtelijk is vernietigd, en ING veroordeeld om aan [Cliënt] te betalen € 919.927 uit hoofde van onverschuldigde betaling, € 88.123 en € 766 uit hoofde van schadevergoeding en € 7.846,85 ter zake van kosten van een deskundige.

4 *Beoordeling van de middelen in het principale en incidentele beroep*

Relatie tussen het 3-maands Euribortarief en de marginverplichtingen

4.1.1 Onderdeel 1.h van het principale middel keert zich met een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof in het tweede tussenarrest, inhoudende dat de door ING aan [Cliënt] verstrekte stukken geen informatie bevatten over de relatie tussen de daling van het 3-maands Euribortarief en de stij-

ging van de marginverplichtingen (rov. 3.10) en dat ING [Cliënt] had moeten inlichten over de werking van de renteswap indien het Euribortarief (sterk) daalt, en over de functie die de allowancefaciliteit daarbij vervult (rov. 3.11). Volgens het onderdeel zijn deze oordelen onbegrijpelijk omdat de marktwaarde (of contante waarde) van een renteswap niet wordt beïnvloed doordat het Euribortarief daalt, maar afhankelijk is van de lange rente, zoals ING in feitelijke instanties heeft toegelicht.

4.1.2 In rov. 3.10 en 3.11 bespreekt het hof de voorlichting die ING over de risico's van de swap heeft gegeven. Het gaat daarbij volgens het hof mede om het feit dat [Cliënt] met een renteswap extra financiële en andere verplichtingen, waaronder voorwaardelijke verplichtingen, zou kunnen aangaan, alsmede om eventuele margin- of soortgelijke verplichtingen die van toepassing zijn op renteswaps. Vervolgens overweegt het hof dat de documentatie van ING tekortschiet omdat daarin niet duidelijk wordt beschreven hoe de renteswap uitwerkt indien het Euribortarief (sterk) daalt, en welke functie de allowancefaciliteit daarbij vervult. Het hof vervolgt de overweging door te wijzen op het kredietkarakter van de allowancefaciliteit en de waarschuwingfunctie van de marginverplichtingen. In rov. 3.12 bespreekt het hof de complicaties die als gevolg van de marginverplichtingen en de allowancefaciliteit zijn ontstaan toen [Cliënt] wilde overstappen naar een andere bank. Het overweegt dat het op de weg van ING had gelegen [Cliënt] bij het aangaan van de renteswap op die complicaties te wijzen.

Het verwijt dat het hof in rov. 3.11 aan ING maakt, is dat ING het risico van het ontstaan van mogelijk omvangrijke marginverplichtingen en de rol die de allowancefaciliteit daarbij speelt, onvoldoende heeft beschreven. Het onderdeel voert terecht aan dat niet begrijpelijk is dat het hof daarbij heeft verwezen naar de gevolgen van de daling van het 3-maands Euribortarief, omdat, zoals ING in feitelijke instanties heeft aangevoerd, de marktwaarde van een renteswap (en daarmee de eventuele marginverplichting) primair afhangt van de vaste rente over de resterende looptijd. Deze vergissing van het hof is echter niet van belang voor zijn beslissing. Het hof heeft geoordeeld dat ING [Cliënt] onvoldoende heeft ingelicht over de werking van de marginverplichtingen en de rol van de allowancefaciliteit daarbij in geval van een, vanuit het perspectief van [Cliënt], (sterk) negatieve ontwikkeling van de rente. Bij dit verwijt is niet van belang door welk rentetarief de marktwaarde van de swap daadwerkelijk wordt bepaald. Het verwijt betreft het risico van de verandering van de marktwaarde als zodanig. Dit blijkt ook hieruit, dat het hof in rov. 3.12 aan zijn oordeel mede ten grondslag legt de complicaties die in dit geval door de marginverplichting en de allowancefaciliteit zijn ontstaan bij het overstappen naar een andere bank. Die complicaties werden veroorzaakt door de renteontwikkeling die de marktwaarde van de swap daadwerkelijk bepaalde, en

niet door het 3-maands Euribortarief. Onderdeel 1.h kan derhalve niet tot cassatie leiden. Hetzelfde geldt voor de op het onderdeel voortbouwende klacht van onderdeel 3.a.

Deskundigheid van [Cliënt]

4.2.1 Onderdeel 1.c klaagt dat het hof heeft miskend dat de mededelingsplicht van ING mede wordt bepaald door de eigen verantwoordelijkheid van [Cliënt] om kennis te nemen van de eigenschappen van de renteswap en de kennis die ING ten aanzien daarvan bij [Cliënt] mocht veronderstellen. Onderdeel 1.d voegt daaraan toe dat de omvang van de mededelingsplicht mede afhangt van de deskundigheid van [Cliënt], en dat ING in feitelijke instanties heeft aangevoerd dat [Cliënt] voldoende kennis had van rentederivaten, de risico's daarvan daadwerkelijk begreep en zich steeds door deskundigen heeft laten bijstaan. Onderdeel 1.e betoogt dat het hof het aanbod tot het leveren van getuigenbewijs dat ING in dit verband heeft gedaan niet had mogen passeren.

4.2.2 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 (zie *herstelarrest* van 11 oktober 2019, 18/01155, ECLI:NL:HR:2019:1500; *red.*) 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.

Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan de uit hoofde van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW op de bank rustende mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (rentederivaat ABN AMRO), rov. 3.5.6.

4.2.3 Het hof heeft het voorgaande in het tweede tussenarrest (rov. 3.5 en 3.7) tot uitgangspunt genomen. Het diende te beoordelen of ING, mede in het licht van hetgeen haar bekend was over de kennis en ervaring van [Cliënt], de informatie heeft gegeven waarvan zij in de omstandigheden van het geval mocht aannemen dat deze geschikt was om te voorkomen dat [Cliënt] de renteswap zou aangaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.

In de overwegingen van het hof over de dwaling ligt besloten dat [Cliënt] onvoldoende kennis had om zonder adequate voorlichting door ING de werking en de risico's van de renteswap te kunnen doorgronden (rov. 3.17 tweede tussenarrest). Uit de overwegingen van het hof volgt verder dat ING niet mocht menen dat [Cliënt] wel over voldoende kennis beschikte, en op die grond zou hebben mogen afzien van verdere (zie *herstelarrest* van 11 oktober 2019, 18/01155, ECLI:NL:HR:2019:1500; *red.*) voorlichting. Het hof heeft in rov. 3.19 van het tweede tussenarrest immers overwogen dat ING geen uitgebreid cliëntenprofiel van [Cliënt] heeft opgesteld en ook geen geschiktheidstoets heeft uitgevoerd. Daarin ligt het oordeel besloten dat ING onvoldoende inzicht had in de kennis en ervaring van [Cliënt]. Bovendien overweegt het hof in rov. 3.12 van het tweede tussenarrest dat ING [Cliënt] had moeten voorlichten over de mogelijke complicaties bij het overstappen naar een andere bank, omdat zij wist dat hij veel waarde hechtte aan een in alle opzichten flexibele wijze van financieren. In deze overweging ligt besloten dat [Cliënt] naar het oordeel van het hof deze mogelijke complicaties niet zelf kon voorzien.

4.2.4 Anders dan de onderdelen aanvoeren, is het hof met deze oordelen niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over de eigen verantwoordelijkheid van [Cliënt]. Ook in het licht van hetgeen ING in dit verband heeft betoogd, is niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat [Cliënt] onvoldoende kennis had van rentederivaten om de complicaties te voorzien die zich daarbij konden voordoen door de marginverplichtingen en de allo-

wancefaciliteit en de daardoor veroorzaakte inflexibiliteit. [Cliënt] heeft gesteld dat hij een ervaren ondernemer en investeerder in vastgoed is, maar dat hij geen kennis had van rentederivaten. ING heeft daartegen aangevoerd dat [Cliënt] een aanzienlijk belegd vermogen had, dat hij zeer offensief belegde en bekend was met de risico's van financiële producten, zoals renteswaps, dat hij zich omringde met deskundige adviseurs, dat de kennis die hij als ondernemer opdeed ook in privé door hem gebruikt kon worden, en dat hij in zijn onderneming derivaten gebruikte om koersrisico op valuta af te dekken. Over dat laatste heeft [Cliënt] verklaard dat zijn onderneming in dollars inkoopt en het koersrisico afdekt om te voorkomen dat zij speculeert in valuta.

Het is niet onbegrijpelijk dat het hof de hiervoor genoemde stellingen van ING niet aldus heeft gelezen dat zij mede inhouden dat [Cliënt] beschikte over specifieke kennis van het risico van een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is. Evenmin is onbegrijpelijk dat het hof in rov. 2.11 van het eindarrest het bewijsaanbod van ING heeft gepasseerd op de grond dat de stellingen van ING onvoldoende zijn uitgewerkt. De stellingen van ING houden immers niet in dat [Cliënt] kennis of ervaring had met betrekking tot de risico's inzake de marginverplichting, de allowancefaciliteit en de inflexibiliteit van de wijze van financieren waarin de dwaling van [Cliënt] naar het oordeel van het hof was gelegen, en evenmin dat zijn deskundigen hem daarover hebben voorgelicht of hadden moeten voorlichten.

Dwaling en schadevergoeding

4.3.1 Onderdeel 8 van het principale middel is gericht tegen rov. 3.25 van het tweede tussenarrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat vaststaat dat de aflossing van de leningen is vertraagd als gevolg van het feit dat ING de zekerheden pas wilde vrijgeven nadat [Cliënt] in verband met de allowancefaciliteit tot een bedrag van € 1.350.000 zekerheden had gesteld, dat gezien de directe samenhang van het gevorderde bedrag met de eigenschappen van de renteswap waarover [Cliënt] heeft gedwaald de gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt en dat hetzelfde geldt voor het gevorderde bedrag van € 766 aan notariskosten die gemoeid waren met de vestiging van het tweede hypotheekrecht. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel rechtens onjuist is, omdat dwaling op zichzelf geen aanspraak geeft op schadevergoeding. Als het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel ontoereikend gemotiveerd, omdat het hof niet heeft geduid op welke andere grondslag dan dwaling ING verplicht is de hier genoemde schade te vergoeden.

4.3.2 Het onderdeel neemt met juistheid tot uitgangspunt dat het slagen van een beroep op dwaling niet betekent dat de wederpartij van de dwaling jegens haar schadeplichtig is. Daarvoor dient een specifieke rechtsgrond aanwezig te zijn. Zie HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3765 (NJ 2013/492; red.) (Vano/Foreburghstaete).

Anders dan het onderdeel veronderstelt, heeft het hof de schadeplichtigheid van ING niet uitsluitend gebaseerd op de dwaling van [Cliënt]. Het oordeel van het hof moet als volgt worden begrepen. Na de vernietiging van de renteswap wegens dwaling blijken er — achteraf beschouwd — geen marginverplichtingen te zijn geweest. ING had in haar contractuele verhouding tot [Cliënt] dan ook niet op grond van die veronderstelde marginverplichtingen en de daarmee verbonden allowancefaciliteit mogen weigeren zekerheden vrij te geven. Voor de schade die door deze onterechte weigering is ontstaan, is ING aansprakelijk. Het oordeel van het hof geeft, aldus verstaan, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. De klachten van het onderdeel falen.

Ongedaanmaking en waardevergoeding op grond van art. 6:210 lid 2 BW

4.4.1 De onderdelen 4 en 5 van het principale middel en de onvoorwaardelijk ingestelde onderdelen 1 tot en met 5 van het incidentele middel keren zich tegen de wijze waarop het hof de gevolgen van de vernietiging van de renteswap wegens dwaling heeft afgewikkeld.

4.4.2 In rov. 3.21 van het tweede tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat de prestatie van ING bestaat in het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente. Deze prestatie kan volgens het hof naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt. [Cliënt] heeft erin toegestemd een tegenprestatie te verrichten, bestaande in het betalen van de swaprente. Voorts is niet komen vast te staan dat [Cliënt] zonder de dwaling in het geheel niet zou hebben gecontracteerd. Daarom moet op grond van art. 6:210 lid 2 BW de waarde van de prestatie van ING worden vergoed. Het is, aldus het hof, redelijk als de te vergoeden waarde in aanmerking te nemen het (rente) bedrag dat [Cliënt] aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdekkingsvariant (renteavastening of rentecap) die het beste bij de positie van [Cliënt] paste. Omdat de swapovereenkomst onder invloed van dwaling is tot stand gekomen, acht het hof het niet redelijk de waarde van de prestatie van ING gelijk te stellen aan het bedrag dat [Cliënt] op grond van de swap netto aan ING heeft betaald (te weten het renteswappercentage van 4,45% verminderd met het 3-maands Euribortarief, in totaal € 1.352.254).

4.4.3 Onderdeel 1 van het incidentele middel beoogt dat de prestatie van ING bestond in het betalen van de variabele 3-maands Euriborrente aan [Cliënt] en de prestatie van [Cliënt] in het betalen van de vaste swaprente aan ING. Deze prestaties kunnen beide naar hun aard ongedaan worden gemaakt, zodat art. 6:210 lid 2 BW toepassing mist, aldus het onderdeel.

4.4.4 Wat de prestaties inhouden die op grond van een renteswapovereenkomst zijn verricht, moet worden vastgesteld door uitleg van die overeen-

komst. Die uitleg kan in een concreet geval meebrengen dat als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds. Uit de uitleg kan ook volgen dat als prestatie van de bank mede is aan te merken dat zij het risico van een verandering van de rente geheel of gedeeltelijk van de cliënt overneemt. Bij een uitleg van de overeenkomst op laatstgenoemde wijze, sluit de aard van de prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW kan in een dergelijk geval, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvan, in de plaats treden voor de ongedaanmaking indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Vgl. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (rentederivaat ABN AMRO), rov. 3.6.4 en 3.6.9. Blijkens rov. 3.21 van het tweede tussenarrest heeft het hof bij de uitleg van de renteswapovereenkomst geoordeeld dat de prestatie van ING in dit geval bestaat in het gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribortarief hoger wordt dan de swaprente. Deze uitleg berust niet op een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Het onderdeel faalt.

4.5.1 Onderdeel 2 van het incidentele middel klaagt dat het hof in rov. 3.21 van het tweede tussenarrest, rov. 2.2 van het derde tussenarrest en rov. 2.7 van het eindarrest een onjuiste maatstaf heeft aangelegd voor de op grond van art. 6:210 lid 2 BW te berekenen waardevergoeding die [Cliënt] aan ING moet betalen. Voor de waardevergoeding moet worden gekeken naar de daadwerkelijk door [Cliënt] ontvangen prestatie, en niet naar de waarde van een alternatieve constructie die beter bij [Cliënt] zou hebben gepast of die hij zou hebben gekozen in de hypothetische situatie dat hij door ING wel correct was geïnformeerd, zoals het hof tot uitgangspunt neemt. Voorts klaagt het onderdeel dat de door het hof toegepaste maatstaf niet strookt met het karakter van de terugwerkende kracht van een vernietiging en evenmin met de wijze waarop door de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad invulling is gegeven aan art. 6:210 lid 2 BW.

4.5.2 In zijn prejudiciële uitspraak HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (rentederivaat ABN AMRO) heeft de Hoge Raad in rov. 3.6.12 onder meer overwogen dat bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst ongerechtvaardigde resultaten moeten worden voorkomen. Daarom zal de dwalende cliënt, indien aannemelijk is dat hij ook bij afwezigheid van de dwaling voor afdekking van het renterisico zou hebben gekozen, zoveel mogelijk in de toestand moeten worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst op het onderdeel of de onderdelen

van de overeenkomst waarover hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd.

De wijze waarop het hof de gevolgen van de vernietiging van de renteswapovereenkomst in deze zaak heeft vastgesteld, is in overeenstemming met deze uitspraak van de Hoge Raad. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk en evenmin onvoldoende gemotiveerd. Daarop stuiten de klachten van het onderdeel af.

4.5.3 Onderdeel 3 van het incidentele middel beoogt dat het hof de waarde van de prestatie van ING op nihil had moeten begroten, omdat de renteswap vrijwel de gehele looptijd een negatieve marktwaarde heeft gehad. Deze klacht ziet eraan voorbij dat het hof heeft geoordeeld dat [Cliënt] bij afwezigheid van de dwaling zou hebben gekozen voor afdekking van het renterisico in een andere vorm dan een renteswap, en dat hij door de renteswap wel bescherming tegen dit risico heeft genoten, ook al heeft dit risico zich niet verwezenlijkt. In die afdekking van het risico heeft het hof de waarde van de prestatie gezien. De klacht faalt derhalve.

4.6 Nu het principale beroep niet tot cassatie kan leiden, is niet de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele cassatieberoep voor een gedeelte is ingesteld.

4.7 De overige klachten van het principale en incidentele middel kunnen evenmin 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 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt ING in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [Cliënt] begroot op € 2.049,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris;

in het onvoorwaardelijk deel van het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [Cliënt] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ING begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [Cliënt] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. C(liënt), eigenaar van een jeansketen, handelt privé in winkelpanden. Hij sluit langjarige leningen af bij ING, met een variabele rente. Ter afdekking van het risico van rentestijging sluit hij met de bank een renteswapovereenkomst. Enige jaren later wil C overstappen naar een andere bank, met tussentijdse beëindiging van (de leningen en) de renteswap. De bank verlangt zekerheidstelling ter zake

van de marginverplichtingen die voor C uit de renteswap voortvloeien.

C betoogt dat de bank hem onvoldoende heeft voorgelicht en vernietigt de renteswap op grond van, onder meer; dwaling (art. 6:228 BW). De rechtbank wijst het dwalingsberoep van de hand, maar het hof honoreert het. ING gaat in cassatie. A-G Wissink concludeert tot vernietiging van 's hofs arrest, maar de Hoge Raad verwerpt het beroep. Het door C ingestelde incidentele cassatieberoep heeft evenmin succes.

2. Dit arrest *Rentederivaat ING* bevat, evenals het op dezelfde dag gewezen *Rentederivaat ABN AMRO II* (NJ 2020/258), 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.

Het voorliggende arrest voegt aan (de kern van) het beoordelingskader niet veel meer toe; de betekenis is vooral illustratief. In deze noot wordt met enkele observaties volstaan.

3. *Mededelingsplicht*. Wat betreft de mededelingsplicht van de bank (art. 6:228 lid 1 sub b BW), gesanctioneerd door vernietigbaarheid van de renteswap wegens dwaling, herhaalt de Hoge Raad de in *Rentederivaat ABN AMRO* neergelegde uitgangspunten (r.o. 4.2.2).

In casu overwoog het hof dat ING in haar informatieplicht is tekortgeschoten; zij heeft C geen duidelijk beeld van de marginverplichtingen en allowancefaciliteit verschaft (hof, tweede tussenarrest, r.o. 3.9-10). De bank betoogt dat C, een ervaren ondernemer en offensief investeerder, voldoende kennis had van rentederivaten, de risico's ervan begreep en door deskundige adviseurs werd omringd. Het hof echter oordeelde dat C onvoldoende kennis had om specifieke complicaties van de renteswap te doorgronden, en dat de bank niet mocht menen dat C daarover wél beschikte; zij had geen uitgebreid cliëntenprofiel opgesteld en evenmin een geschiktheidstoets uitgevoerd (HR, r.o. 4.2.3). De hiertegen aangedragen cassatieklachten falen (r.o. 4.2.4).

Het arrest van het hof, waarin de Hoge Raad zich kan vinden, laat zien dat een bank niet snel succes zal hebben met de stelling dat zij de wederpartij als financieel deskundig mocht beschouwen en daarom met een gereduceerde voorlichting mocht volstaan. Gezien het complexe karakter van dit type bancaire producten is die koers m.i. terecht. Het feit dat een cliënt in algemene zin bekwaam is op het financiële vlak, impliceert niet dat hij – zonder adequate voorlichting – ook de specifieke bijzonderheden van een renteswap doorziet.

4. *Onderscheidingen*. In het voorafgaande *Rentederivaat ABN AMRO* ontwikkelt de Hoge Raad bij renteswaps een tweetal onderscheidingen.

a. *Uitlegvarianten*. De Raad signaleert, afhankelijk van het concrete contract, twee uitlegvarianten: (i) een 'geldstroomuitleg' en (ii) een 'risico-uitleg' (r.o.

3.6.4). In casu volgde het hof een risico-uitleg; de daartegen gerichte cassatieklacht faalt (r.o. 4.4.4). Nu met name bij de geldstroomuitleg ongerechtvaardigde resultaten dreigen (noot NJ 2020/257, par. 9-10), behoort de casus tot het minder netelige type. b. *Dwalingsvarianten*. De Raad maakt bovendien verschil tussen twee dwalingsvarianten: (i) een dwaling over het afdekken van het rentestijgingsrisico als zodanig (zonder de dwaling zou cliënt niet voor afdekken van het renterisico hebben gekozen), en (ii) een dwaling over andere aspecten van het rentederivaat (zonder de dwaling zou cliënt voor een andere modaliteit van afdekken hebben gekozen) (r.o. 3.6.7, 3.6.9). In casu is niet komen vast te staan dat C anders in het geheel niet zou hebben gecontracteerd (hof, tweede tussenarrest, r.o. 3.21), zodat de tweede variant aan de orde is (r.o. 4.5.2).

5. *Ongedaanmaking*. Met de vernietiging van de renteswap betreden wij de ongedaanmakingsfase. In de gevolgde risico-uitleg kan de door de bank (mede) geleverde prestatie der risico-overname naar haar aard niet worden ongedaan gemaakt, zodat – voor zover redelijk – een vergoeding van de waarde van die prestatie daarvoor in de plaats treedt (art. 6:210 lid 2 BW). Aan de toepassingsvoorwaarden van dit artikellid is voldaan, reeds omdat C erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten (lid 2 slot) (vgl. hof, tweede tussenarrest, r.o. 3.21). De onderhavige dwaling behoort tot het tweede in par. 4 sub b bedoelde type; de cliënt zal – in het licht van *Rentederivaat ABN AMRO* – zoveel mogelijk moeten worden gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd als hij op het punt of de punten waarop hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd (r.o. 4.5.2).

Het hof constateerde dat bij wederzijdse ongedaanmaking van de rentebetalingen voor C een vordering van ruim € 1.300.000 op de bank overblijft ('nettobedrag'; hof, tweede tussenarrest, r.o. 3.19). Daar staat tegenover dat de bank gedurende de swapperperiode C's renterisico heeft afgedekt. ING betoogt dat haar afdekkingsprestatie precies de waarde heeft van dat resterende bedrag. Het hof echter stelde – gezien de dwaling – die waarde lager, namelijk op het bedrag dat C zou hebben moeten betalen 'uit hoofde van de renteafdekkingsvariant [...] die het beste bij de positie van [C] paste' (hof, r.o. 3.21). Een dergelijke op de dwalende ontvanger afstemmende waardebepaling past goed binnen art. 6:210 lid 2 BW en de daarin vervatte redelijkheidstoets; vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 818. De Hoge Raad gaat akkoord met de oplossing van het hof, die, avant la lettre, met *Rentederivaat ABN AMRO* in overeenstemming is (r.o. 4.5.2 slot).

6. *Schadevergoeding*. De relatie tussen dwaling en schadevergoeding ligt in de beide andere renteswapuitspraken niet als zodanig ter tafel. In *Rentederivaat ING* (r.o. 4.3.2) herhaalt de Hoge Raad zijn vaste standpunt, dat het slagen van een beroep op dwaling niet impliceert dat de wederpartij jegens de dwalende tot schadevergoeding is gehouden. Voor schadevergoeding moet een specifieke

rechtgrond aanwezig zijn; zie HR 11 oktober 2013, NJ 2013/492 (*Vano/Foreburghstaete*). Op die 'specifieke rechtgrond' gaat de Raad ook ditmaal niet verder in. In de praktijk gaat het vrijwel steeds om art. 6:162 BW (onrechtmatige daad); vgl. MvA, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 915. De schending van een mededelingsplicht zal in de regel een onrechtmatige daad opleveren, zodat wat deze dwalingsrubriek betreft een schadeplicht om de hoek ligt. Zie o.a. Asser/*Sieburgh 6-III* 2018/640.

Het hof achtte ING jegens C tot schadevergoeding gehouden, maar sprak zich over de grondslag daarvan niet helder uit ('directe samenhang'; hof, tweede tussenarrest, r.o. 3.25). A-G Wissink acht 's hofs overweging ontoereikend (conclusie, sub 9.33.5), maar de Hoge Raad leest haar welwillend ('moet als volgt worden begrepen') en verwerpt de cassatieklacht (r.o. 4.3.2).

7. Een reeks andere cassatieklachten, inclusief die van het incidentele cassatiemiddel, sneuvelt op de voet van art. 81 RO (r.o. 4.7).

8. Over het arrest ook M.D.H. Nelemans & J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2019-6, p. 269-280; F.P.C. Stribos, *JOR* 2019/253.

Jac. Hijma

NJ 2020/260

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

19 juni 2020, nr. 19/04761

(Mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock; A-G mr. M.L.C.C. Lücker) met redactionele aantekening

Art. 1:435 BW

NJB 2020/1651

RvdW 2020/783

ECLI:NL:HR:2020:1079

ECLI:NL:PHR:2020:295

Personen- en familierecht. Onderbewindstelling en mentorschap. Benoeming bewindvoerder; bij wet geregelde voorkeur (art. 1:435 lid 4 BW); maatstaf; motiveringsplicht.

In gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende voor de als bewindvoerder te benoemen persoon, en de rechthebbende niet is gehuwd, een geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, wordt door de rechter ingevolge art. 1:435 lid 4 BW bij voorkeur een van de ouders, kinderen, broers of zusters van de rechthebbende tot bewindvoerder benoemd. Indien de rechter aanleiding ziet om af te wijken van deze in de wet geregelde voorkeur, dient hij die beslissing op dit punt te motiveren.

[verzoeker], verzoeker tot cassatie, adv.: mr. N.C. van Steijn, tegen

1. [de andere broer],
 2. [de zuster],
 3. [de bewindvoerder],
- belanghebbenden in cassatie, niet verschenen.

Hof:

5 De motivering van de beslissing

Bewind

5.1 Verzoeker stelt dat zijn broer [de andere broer] geen oproep heeft ontvangen voor de terechtzitting in eerste aanleg en dat hij ook niet op een ander moment door de kantonrechter is gehoord. Voorts stelt verzoeker dat uit artikel 1:435 lid 4 BW volgt dat het benoemen van een familielid van de rechthebbende tot bewindvoerder de voorkeur verdient en het is volgens hem onduidelijk waarom niet is overwogen om [de andere broer] te benoemen tot bewindvoerder.

5.2 De bewindvoerder stelt dat uit de beschikking volgt dat [de andere broer] wel behoorlijk is opgeroepen, maar niet is verschenen. [de andere broer] heeft vervolgens zijn mening schriftelijk kenbaar gemaakt aan de kantonrechter. De bewindvoerder stelt voorts dat [de andere broer] zich in eerste instantie ook niet bereid had verklaard om als bewindvoerder op te treden. Ingeval hij wel bereid is om als bewindvoerder op te treden, zal dit ertoe leiden dat verzoeker de bewindvoering feitelijk zal aanvoeren omdat [de andere broer] lijkt te doen wat verzoeker wil. Volgens de bewindvoerder is dit niet in het belang van de rechthebbende. Zo zijn er in de afgelopen jaren rekeningen onbetaald gebleven en schulden ontstaan als gevolg waarvan de rechthebbende geen aanvullende ziektekostenverzekering meer heeft. Ook verdenkt de bewindvoerder de verzoeker van financieel misbruik, omdat jarenlang auto's op naam van de rechthebbende hebben gestaan, terwijl zij niet in staat is om auto te rijden, met onbetaalde rekeningen en verkeersboetes op de naam van de rechthebbende tot gevolg. De bewindvoerder komt tot de conclusie dat de bestreden beschikking bekrachtigd dient te worden.

5.3 Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 1:435 lid 1 BW benoemt de rechter bij het instellen van het bewind of zo spoedig mogelijk daarna een bewindvoerder. Hij vergewist zich van de bereidheid en vormt zich een oordeel over de geschiktheid van de te benoemen persoon. Op grond van artikel 1:435 lid 3 BW volgt de rechter bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten.

5.4 In de gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende geldt de wettelijke voorkeur zoals opgenomen in het vierde lid van artikel 1:435 BW. Die wettelijke voorkeur gaat in eerste instantie uit naar de echtge-