

# Dwaling bij renteswaps – de Hoge Raad geeft richting

Bespreking van HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046  
(Boomkamp/ABN AMRO)

*Mr. S. Timmerman\**

## 1 Inleiding

*Wat is de omvang van de mededelingsplicht bij een beroep op dwaling? Kan nog steeds een beroep op dwaling worden gedaan als elk nadeel als gevolg van de dwaling ontbreekt, en zo ja, wat zijn daarvan de gevolgen? Kan een beroep op dwaling worden gedaan als niet gebleken is dat het aspect waarover zou zijn gedwaald, ten tijde van het aangaan van de overeenkomst aan de orde is geweest?*

Deze prejudiciële vragen waren aan de orde in het arrest Boomkamp/ABN AMRO, dat de Hoge Raad op 28 juni 2019 heeft gewezen in het kader van de rentederivatenproblematiek.<sup>1</sup> Nadat de Hoge Raad zich al eerder had uitgesproken over de zorgplicht van de bank bij rentederivaten,<sup>2</sup> heeft hij zich in zijn arrest van 28 juni 2019 uitgesproken over de vereisten voor een beroep op dwaling bij een renteswap die was aangegaan met een niet-professionele partij.<sup>3</sup> De Hoge Raad vult met deze prejudiciële uitspraak het beoordelingskader voor een beroep op dwaling verder in. De antwoorden die de Hoge Raad in dit arrest geeft, zijn niet lang daarna – in

twee op 4 oktober 2019 gewezen arresten – bevestigd en op enkele punten verder genuanceerd.<sup>4</sup>

De vier prejudiciële vragen waren gesteld door de rechtbank Amsterdam<sup>5</sup> en erop gericht duidelijkheid te krijgen voor een groot aantal zaken rondom ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf (MKB)<sup>6</sup> die met de bank waar zij een lening hadden afgesloten tevens een rentederivaat (meestal een renteswap) waren aangegaan. In deze zaken is ten aanzien van dergelijke renteswaps een beroep gedaan op onder meer dwaling en schending van de zorgplicht van de bank. Ondanks het Uniform Herstellkader (waarover hieronder meer) is er nog steeds een groot aantal van dergelijke zaken aanhangig. Door de ondernemers wordt gesteld dat de bank onvoldoende heeft gedaan om hen op de risico's van renteswaps te wijzen. De bank brengt daar veelal tegen in dat zij voldoende (juiste) informatie heeft verstrekt en dat het op de weg van betrokkene lag om, indien hij onvoldoende inzicht in de transactie had, zelf om opheldering te vragen.<sup>7</sup> In de feitenrechtspraak is verschillend geoordeeld over de vraag onder welke omstandigheden ondernemingen die een renteswap zijn aangegaan zich met succes op dwaling kunnen beroepen, en welke eisen in dat verband moeten worden gesteld aan de mededelingsplicht van

\* Mr. S. Timmerman is advocaat bij Hausfeld te Amsterdam.

1. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJB 2019/1565, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos, RF 2019/58 met wenk M. van der Beek (Boomkamp/ABN AMRO).  
2. HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055, JOR 2018/71 m.nt. F.M.A. 't Hart (Gerann Holding/Rabobank).  
3. Dat wil zeggen een partij die niet kwalificeert als een 'professionele belegger' in de zin van art. 1:1 Wft. Deze definitie is gebaseerd op de definitie van 'professionele cliënt' in de zin van de MiFID II-richtlijn (2014/65/EU) en omvat o.a. een rechtspersoon of vennootschap die aan twee van de volgende omvangvereisten voldoet: (1) een balanstotaal van ten minste € 20 miljoen; (2) een netto-omzet van ten minste € 40 miljoen; (3) een eigen vermogen van ten minste € 2 miljoen. Ondernemingen die tot het MKB behoren – zie ook noot 6 hierna – voldoen meestal niet aan deze omvangvereisten. Bovendien kunnen ondernemingen die wel aan de omvangvereisten voldoen om een behandeling als niet-professionele belegger vragen; zie art. 4:18d Wft.

4. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, JOR 2019/252 (ABN AMRO/Edrie) en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, JOR 2019/253 (ING/Peters). Zie ook de conclusie van A-G Wissink van 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329 voor het arrest van 28 juni 2019.  
5. Op grond van art. 392 e.v. Rv. Zie de tussenvonnissen van de rechtbank Amsterdam in de zaak C/13/620611/HA ZA 16-1269: Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3675 en Rb. Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6687.  
6. Tot het MKB behoren ondernemingen die voldoen aan de criteria van de Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen. Kort gezegd gaat het om ondernemingen met maximaal 250 werknemers en een jaarmzet van hoogstens € 50 miljoen en/of een jaarlijkse balanstotaal kleiner of gelijk aan € 43 miljoen. Zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32003H0361>.  
7. Vgl. art. 6:228 lid 2 BW.

de bank.<sup>8</sup> Een uitgelezen kans voor de Hoge Raad om richting te geven.

In dit artikel bespreek ik het arrest Boompkamp/ABN AMRO. Hoewel er de afgelopen jaren al veel is geschreven over renteswaps,<sup>9</sup> zal ik voor een goed begrip van de uitspraak eerst ingaan op de rentederivatenproblematiek en dwaling bij renteswaps (par. 2 t/m 5). Vervolgens zal ik in paragraaf 6 kort stilstaan bij het Uniform Herstellkader. In paragraaf 7 bespreek ik de prejudiciële vragen en de beantwoording daarvan door de Hoge Raad. Daarbij zal ik ook aandacht besteden aan de arresten van 4 oktober 2019. Ik sluit af met een conclusie (par. 8).

## 2 De rentederivatenproblematiek

Nederlandse banken hebben met name in de jaren 2005-2008 ook rentederivaten aangeboden aan ondernemingen behorende tot het MKB. In die periode hebben in totaal ruim 21.000 MKB-kanten een rentederivaat, zoals een rentecap of een renteswap, met hun bank afgesloten.<sup>10</sup> Binnen het MKB-segment is de renteswap het meest overeengekomen type rentederivaat.

Deze rentederivaten waren in de context van MKB-financieringen over het algemeen bedoeld om renterisico's af te dekken die waren verbonden aan leningen met een geïndexeerde, variabele rente – veelal het Euribor driemaandstarief. In de periode 2005-2008 stegen de variabele rentetarieven per saldo en liep een kredietnemer het risico dat hij na verloop van tijd geconfronteerd zou worden met fors hogere rentelasten.

8. Enkele uitspraken waarin een beroep op dwaling is aanvaard: Rb. Rotterdam 8 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935, JOR 2013/245; Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, JOR 2015/334; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, JOR 2016/37; Rb. Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:421, NJF 2019/284. Enkele uitspraken waarin een beroep op dwaling is verworpen: Rb. Amsterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8687, NJF 2014/127; Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, JOR 2014/167; Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, NJF 2014/250, JOR 2014/168; Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, JOR 2015/74; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, JOR 2015/299; Rb. Midden-Nederland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:552.

9. Zie o.a. K. Rutten, De bijzondere zorgplicht van banken bij het afsluiten van renteswaps met professionele beleggers, TOP 2012, afl. 8, p. 312-317; D. Busch, De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB, Ondernemingsrecht 2013/33; C.C. van Dam, Civielrechtelijke aspecten van Libor en Euribor manipulaties, Ondernemingsrecht 2014/88; J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controversie?, FR 2016, afl. 7-8, p. 295; A.G.F. Ancery, Het swappen van mededelingsplichten, MvV 2017, afl. 11, p. 332 e.v.; M.P.R. Sardjoe, Dwaling en schending van de zorgplicht in het kader van rentederivatenjurisprudentie, MvO 2018, afl. 10-11, p. 273 e.v.; P.J. Tanja, De mededelingsplicht bij dwaling omtrent financiële producten of diensten en de verhouding tot de waarshuwingsplicht, Bb 2019/71, p. 311 e.v.

10. Volgens de zesde Voortgangsrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB d.d. 28 januari 2020 van de AFM waren er per 31 december 2019 21.604 MKB-kanten met een lopend rentederivaat tussen 1 april 2011 en 1 april 2014. Daarbij ging het in totaal om 37.433 contracten. Zie [www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/jan/6e-vgr-naar-kamer](http://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/jan/6e-vgr-naar-kamer).

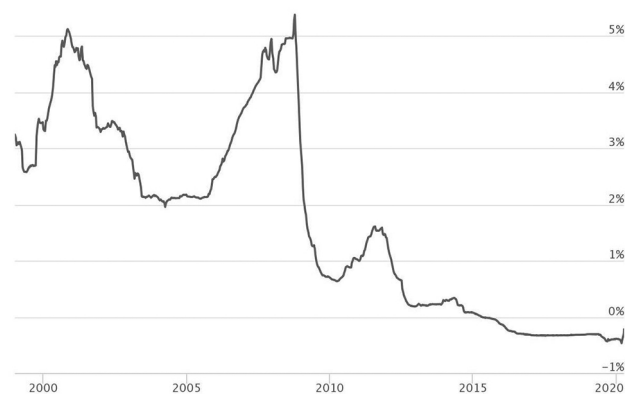
Bovendien was het renteniveau van een lening met een variabele rente in combinatie met een renteswap veelal lager dan het renteniveau van een vastrentende lening.

De verkoop van rentederivaten in aanvulling op een lening was voor de banken ook commercieel interessant. 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 deel 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. Na het uitbreken van de financiële crisis in 2008 werden leningen met een vaste rente minder aantrekkelijk voor veel banken, door de kosten voor het aantrekken van langlopende funding.

Vanaf het najaar van 2008 zijn de variabele rentetarieven per saldo sterk gedaald, met onder meer als gevolg dat renteswaps een negatieve marktwaarde kregen.

Zie bijvoorbeeld de renteontwikkeling van het Euribor driemaandstarief (fig. 1):<sup>11</sup>

Figuur 1 De Euribor driemaandsrente



In grote lijnen ontwikkelde dit rentetarief zich als volgt:

- november 2000 tot maart 2004: daling van 5,092% naar 2,092%;
- oktober 2005 tot oktober 2008: stijging van 2,197% naar 5,113%;
- oktober 2008 tot april 2010: daling van 5,113% naar 0,645%;
- april 2010 tot oktober 2011: stijging van 0,645% naar 1,575%;
- oktober 2011 tot mei 2015: daling van 1,575% naar 0%;
- vanaf mei 2015: negatieve rente.

Mede vanwege de dalende rente hebben Nederlandse banken vanaf 2009 steeds minder rentederivaten aan het MKB ver-

11. Bron: [www.euribor-rates.eu/en/euribor-charts](http://www.euribor-rates.eu/en/euribor-charts).

kocht. Na verloop van tijd bleek bovendien dat er het nodige mis was gegaan bij het afsluiten van de rentederivaten. Ondernemers kwamen bijvoorbeeld in de problemen indien zij tussentijds hun lening wensten af te lossen en in verband daarmee ook hun swapcontract (vroegtijdig) wilden beëindigen.

Dit heeft geleid tot veel civiele procedures en het Uniform Herstelkader Rentederivaten, dat in paragraaf 6 kort zal worden besproken. In procedures voor de burgerlijke rechter werd onder meer een beroep gedaan op dwaling en op schending van de zorgplicht. Gesteld werd dat de banken onvoldoende hebben gedaan om klanten op de risico's van rentederivaten te wijzen.

### 3 Renteswaps – belangrijkste kenmerken

Renteswaps komen in veel verschillende varianten en onder uiteenlopende benamingen voor. Een 'swap' is letterlijk vertaald een 'ruil'. Bij een standaard renteswap wordt een variabele renteverplichting, veelal een referentierente, vastgesteld op de financiële markten zoals Euribor<sup>12</sup> of LIBOR,<sup>13</sup> geruild tegen een vaste renteverplichting. Een klant die aan zijn bank een variabele rente (plus opslag) over de hoofdsom van een lening dient te betalen, kan die verplichting ruilen tegen de verplichting om een vaste swaprente over de fictieve hoofdsom van de swap, de zogenaamde 'notional amount', te betalen. In de vaste swaprente zit meestal ook een vergoeding voor de bank verwerkt voor het overnemen van het risico, de zogenaamde bankmarge. Voor zover de klant een kredietrelatie heeft met de bank, dient hij daarnaast de individuele opslag te betalen die hij op basis van de kredietovereenkomst boven op de variabele rente aan de bank was verschuldigd. Deze individuele opslag maakt geen deel uit van de renteswap.

De swap wordt aangegaan voor een bepaalde duur, bijvoorbeeld een looptijd van vijf jaar. Als de 'notional amount' van de swap wat betreft omvang en looptijd is afgestemd op de hoofdsom van de lening, betaalt de klant onder de lening en de swap gezamenlijk per saldo de vaste rente en de opslag. De variabele rente op de lening wordt aldus door de renteswap gefixeerd. De rentebetalingen dienen te geschieden op overeengekomen data gedurende de looptijd van de renteswap.

Een renteswap kan verder worden gekenmerkt als een *over the counter* (OTC)-derivatentransactie. Een OTC-derivatentransactie is een overeenkomst tussen twee partijen die buiten de gereguleerde beurzen om tot stand komt en waarbij één

of beide prestaties afhankelijk zijn van koersbewegingen van een onderliggende waarde.

Een renteswap kwalificeert als een financieel instrument in de zin van art. 1:1 Wft.<sup>14</sup> Het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelen van een financieel instrument (zoals een renteswap) aan een klant dient als 'adviseren' te worden aangemerkt.<sup>15</sup> Verder is bij het afsluiten van rentederivaten door de bank met de klant veelal sprake van het 'verlenen van een beleggingsdienst'.<sup>16</sup> Dientengevolge rusten op de bank bij het afsluiten en het adviseren over renteswaps aan de klant diverse verplichtingen gericht op het waarborgen van een zorgvuldige dienstverlening, zoals een informatieverplichting,<sup>17</sup> een verplichting tot het inwinnen van informatie over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de cliënt (voor zover redelijkerwijs relevant voor het advies)<sup>18</sup> en het schriftelijkheidsvereiste.<sup>19</sup>

Hoewel renteswaps veelal worden afgesloten in combinatie met een financiering, valutapositie of andere transactie, is er in beginsel geen direct verband. Renteswaps zijn over het algemeen vastgelegd in een afzonderlijke renteswapovereenkomst.<sup>20</sup> Denkbaar is dat een renteswap wordt aangegaan met

12. Euribor staat voor Euro Interbank Offered Rate. De Euribor-tarieven zijn de gemiddelde rentetarieven waartegen een groot aantal Europese banken elkaar leningen in euro's verstrekt. Hierbij gelden verschillende looptijden: vanaf één week tot twaalf maanden.

13. LIBOR staat voor London Interbank Offered Rate en is het gemiddelde interbancaire rentetarief waartegen een selectie van banken op de Londense geldmarkt elkaar leningen wil verstrekken. LIBOR is er in zeven looptijden (van *overnight* tot twaalf maanden) en in vijf verschillende valuta's. De officiële LIBOR-rentes worden één keer per werkdag rond 11:45 (*London time*) door ICE Benchmark Administration (IBA) bekendgemaakt.

14. Zie art. 1:1 Wft, definitie van 'financieel instrument', onder d: 'optie, future, swap, rentetermijncontract of ander derivatencontract dat betrekking heeft op effecten, valuta, rentevoeten of rendementen, emissierechten, of andere afgeleide instrumenten, indexen of maatstaven en dat kan worden afgewikkeld door middel van materiële aflevering of in contanten'.

15. In de zin van art. 1:1 Wft, definitie van 'adviseren'. Zie in deze zin ook Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, JOR 2018/72 m.nt. F.P.C. Strijbos.

16. Het in de uitoefening van beroep of bedrijf adviseren over financiële instrumenten wordt in art. 1:1 Wft aangemerkt als het 'verlenen van een beleggingsdienst' (art. 1:1 Wft, definitie 'verlenen van een beleggingsdienst', onder d). Met de implementatie van de MiFID II is ook het in de uitoefening van beroep of bedrijf voor rekening van cliënten uitvoeren van orders m.b.t. financiële instrumenten aangemerkt als het 'verlenen van een beleggingsdienst' (art. 1:1 Wft, definitie 'verlenen van een beleggingsdienst', onder b). De verkoop van financiële instrumenten uitgegeven door de bank zelf wordt daarbij ook aangemerkt als het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders in financiële instrumenten (*execution only*). In veel renteswapzaken voert de bank het verweer – onder verwijzing naar een standaardbepaling in de toepasselijke documentatie – dat zij bij het afsluiten van de renteswap niet heeft geadviseerd, maar louter als contractuele wederpartij en voor eigen rekening heeft gehandeld. Partijen handelen dan op voet van gelijkheid met elkaar en op de bank rust in beginsel geen (bijzondere) zorgplicht. Een dergelijk verweer wordt door Nederlandse rechters in de regel niet gehonoreerd, bijv. omdat uit de feitelijke situatie blijkt dat van adviseren wel degelijk sprake was. Zie bijv. Rb. Dordrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV7492 en Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, JOR 2018/72 m.nt. F.P.C. Strijbos. Het verschil in behandeling tussen het louter als contractuele wederpartij afsluiten van renteswaps en het mede adviseren over renteswaps is met de implementatie van MiFID II goeddeels opgeheven. Zie hierover verder Busch 2013, Ancery 2017, p. 333 en D. Busch, De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector, NJB 2020/424.

17. Art. 4:20 Wft.

18. Art. 4:23 en 4:24 Wft.

19. Art. 4:89 Wft.

20. Dat gezegd hebbende: kredietovereenkomsten bevatten soms een verplichting tot het afdekken van het renterisico, al dan niet voor een bepaald percentage van het geleende bedrag en voor een bepaalde duur.

een bank zonder dat er sprake is van een kredietrelatie of ter afdekking van een renterisico dat voortvloeit uit een kredietrelatie met een andere bank. In de meeste gevallen heeft de MKB-klant de renteswap echter afgesloten met de bank ter afdekking van het renterisico op een lening bij die bank.

Een renteswap heeft een marktwaarde die zich gedurende de looptijd van de renteswap zowel positief als negatief kan ontwikkelen, afhankelijk van de ontwikkeling van de markttrente. Aan het begin en aan het einde van de looptijd van de renteswap is de marktwaarde nul.

In geval van tussentijdse beëindiging van een renteswap dient op basis van de marktwaarde te worden afgerekend over de resterende looptijd van de renteswap. Bij een positieve marktwaarde dient de bank een bedrag te betalen aan de klant en bij een negatieve waarde dient de klant een bedrag te betalen aan de bank. Daarbij is de marktwaarde afhankelijk van het verschil tussen de vaste swaprente die onder de renteswap dient te worden betaald en de vaste swaprente die naar verwachting betaald zou moeten worden indien op het moment van het bepalen van de marktwaarde een renteswap zou worden afgesloten voor de resterende looptijd van de originele renteswap.<sup>21</sup>

De (algemene) voorwaarden die van toepassing zijn op een renteswap zullen veelal bepalen dat door de bank (additionele) zekerheid kan worden verlangd indien de marktwaarde negatief wordt dan wel bij het overschrijden van een bepaalde drempelwaarde (*threshold*) en de bank uit hoofde van de swap-overeenkomst dus een vordering krijgt op de klant.<sup>22</sup> Dit wordt ook wel een *'margin call'* genoemd.

#### 4 Problemen bij het afsluiten van renteswaps

Zoals gezegd, werden renteswaps in de context van MKB-financiering veelal afgesloten in combinatie met een lening met variabele rente om het renterisico af te dekken. Zolang de renteswap qua omvang, looptijd en overige voorwaarden precies aansluit bij de lening die wordt verstrekt, is er sprake van een perfecte *hedge* en is het variabele rentepercentage door de renteswap gefixeerd. In de praktijk blijkt er echter veel te zijn misgegaan bij het afsluiten van renteswaps. Veel klanten bleken onvoldoende op de hoogte van de werking van een renteswap en de voor- en nadelen van een dergelijk product in hun specifieke situatie. Het ging daarbij onder meer over de volgende aspecten:

- *de afstemming tussen de renteswap en het krediet waarvan het renterisico dient te worden afgedekt;*  
Het is van belang dat de kenmerken van beide producten, zoals de looptijd en de hoofdsom, goed aansluiten. Is dat niet het geval, dan wordt gesproken over een *'mismatch'*. Een mismatch kan zich op meerdere manieren manifesteren.

Bijvoorbeeld: het renterisico is voor een groter bedrag afgedekt dan de uitstaande financiering. Dit wordt ook wel aangeduid als een *overhedge*.<sup>23</sup> De klant dient in dat geval een swaprente te betalen over een bedrag dat hij niet geleend heeft en wordt aldus geconfronteerd met onnodige extra lasten.

- *de negatieve waarde die een renteswap kan ontwikkelen en de consequenties daarvan;*<sup>24</sup>

Klanten worden geconfronteerd met additionele financiële verplichtingen indien zij tussentijds hun lening wensen af te lossen. Een renteswap met een grote negatieve waarde beperkt voorts de mogelijkheid om over te stappen naar een andere bank. Bij vervroegde beëindiging van een renteswap dient te worden afgerekend over de resterende looptijd. Zoals opgemerkt in paragraaf 3 is de restwaarde van een renteswap dan afhankelijk van de markttrente. Aangezien de variabele rente vanaf najaar 2008 sterk was gedaald, kregen de daarvoor afgesloten renteswaps een negatieve marktwaarde en ontstond in geval van voortijdige beëindiging dus een betalingsverplichting. Een dergelijke betalingsverplichting kon al tijdens de looptijd van de renteswap negatieve gevolgen hebben voor de cliënt, bijvoorbeeld in de vorm van een beperking in de kredietruimte of in de vorm van een verplichting om (additionele) zekerheid te verschaffen, een zogenaamde *marginverplichting*.<sup>25</sup> De (additionele) zekerheid kon bestaan uit geld of financiële instrumenten. Om klanten in staat te stellen aan hun marginverplichtingen te voldoen, werd in veel gevallen een limiet afgesproken waarvoor de negatieve waarde van de renteswap kan oplopen zonder dat de klant verplicht is om bijstortingen te doen of additionele zekerheid te verschaffen.<sup>26</sup>

- *de specifieke risico's waartegen een renteswap bescherming biedt en de opbouw van het swaprentetarief.*

Klanten waren bijvoorbeeld niet op de hoogte van het feit dat in het rentetarief van de swap een bankmarge was begrepen, of het feit dat een renteswap geen bescherming biedt tegen bepaalde verhogingen die de bank op grond van de kredietovereenkomst in rekening kan brengen boven op de variabele rente.<sup>27</sup> Zo voorzien kredietovereenkomsten veelal in een renteopslag die dient te worden betaald boven op de variabele rente. Een renteswap laat de bevoegdheid van de bank om de renteopslag in rekening te brengen en aan te passen onverlet.

MKB-ondernemers die zich geconfronteerd zien met onvoorziene financiële consequenties en andere (negatieve) gevolgen van het aangaan van een renteswap, hebben de renteswapover-

21. Zie voor een aantal rekenvoorbeelden het volgende informatieblad van ABN AMRO: [www.abnamro.nl/nl/images/Generiek/PDFs/020\\_Zakelijk/01\\_Treasury/Rente\\_Swap\\_Nieuw.pdf](http://www.abnamro.nl/nl/images/Generiek/PDFs/020_Zakelijk/01_Treasury/Rente_Swap_Nieuw.pdf).

22. Dit in verband met het vereiste van art. 86 Bgfo Wft.

23. Zie bijv. de situatie die aan de orde was in Rb. Midden-Nederland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:552.

24. Zie bijv. Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043.

25. Zie art. 86 Bgfo Wft.

26. Banken hanteerden verschillende benamingen voor een dergelijke limiet. Bij ING Bank werd bijv. gesproken over een *'allowance faciliteit'* en door Rabobank over het *'Afgesproken Bedrag'*.

27. Zie bijv. Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842.

eenkomsten aangevochten. De bank wordt verweten niet voldoende informatie te hebben verstrekt over dan wel niet voldoende te hebben gewaarschuwd voor de bijzondere kenmerken en risico's van de renteswap. Daarbij wordt met name een beroep gedaan op (1) dwaling wegens schending van een mededelingsplicht en (2) schending van de waarschuwings- en adviesplichten in het kader van de (bijzondere) zorgplicht van een goed opdrachtnemer die op een bank rust. Opgemerkt wordt dat de rechtsgevolgen van een (geslaagd) beroep op een bijzondere zorgplicht en een beroep op dwaling verschillend zijn. Een geslaagd beroep op schending van de zorgplicht leidt tot een schadevergoedingsverplichting voor de bank op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie. Een geslaagd beroep op dwaling leidt daarentegen tot vernietiging van de renteswapovereenkomst. De over en weer verrichte prestaties dienen dan ongedaan te worden gemaakt uit hoofde van onverschuldigde betaling.

### 5 Dwaling

Op grond van art. 6:228 BW is een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en die bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten vernietigbaar. De vernietigingsgrond dwaling ziet op een wilsgebrek dat zich kan voordoen bij alle soorten overeenkomsten, dus ook renteswapovereenkomsten.

Art. 6:228 BW vereist in de eerste plaats de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken, dat wil zeggen het bestaan van een dwaling in feitelijke zin. In de tweede plaats is vereist dat tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst causaal verband bestaat. De partij die zich op dwaling beroept, zal aannemelijk moeten maken dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden,<sup>28</sup> zou hebben gesloten.

Voor een geslaagd beroep op dwaling is voorts vereist dat sprake is van een van de volgende drie situaties: (a) de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij (tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten); (b) de wederpartij had, in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende behoren in te lichten (tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden); of (c) de wederpartij is van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende uitgegaan (wederzijdse dwaling). Tevens is vereist dat de wederpartij heeft geweten of heeft moeten begrijpen dat de omstandigheid ter zake waarvan die contractant zich op dwaling beroept, voor hem essentieel was.<sup>29</sup>

De vernietiging wegens dwaling kan ten slotte niet worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige

omstandigheid betreft of die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.<sup>30</sup>

Bij de beoogde vernietiging van renteswapovereenkomsten draait het om een beroep op dwaling dat is gebaseerd op schending van een mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW). Wanneer er voor een contractspartij een mededelingsplicht bestaat, hangt af van de omstandigheden van het geval. De heersende opvatting in de literatuur is dat er in ieder geval aan de volgende basisvereisten moet zijn voldaan:<sup>31</sup>

- De wederpartij kende de juiste stand van zaken (wetenschapsvereiste).
- De wederpartij begreep of moest begrijpen dat dit punt voor de dwalende doorslaggevend was (kenbaarheidsvereiste).
- De wederpartij moest er rekening mee houden dat de ander dwaalde.
- Naar verkeersopvattingen had de wederpartij de ander moeten inlichten.

Tegenover de mededelingsplicht van de ene partij staat de onderzoeksplicht van de andere partij. Voor degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, bestaat tegenover de wederpartij een gehoudenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat zij onder invloed van onjuiste voorstellingen haar toestemming geeft.<sup>32</sup> Laat deze partij dat na, dan komt de dwaling voor haar risico (art. 6:228 lid 2 BW).

Het enkele feit dat een partij een onderzoeksplicht heeft naar bepaalde gegevens sluit echter niet uit dat de andere partij ter zake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht kan hebben.<sup>33</sup> In dergelijke gevallen weegt de mededelingsplicht over het algemeen zwaarder. De mededelingsplicht strekt ertoe ook aan een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van een door (ver)zwijgen veroorzaakte dwaling.

Uit jurisprudentie over andere financiële producten, zoals het arrest *De Treek/Dexia* in het kader van effectenlease,<sup>34</sup> blijkt

30. Art. 6:228 lid 2 BW.

31. Zie verder Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.5 en de daar vermelde literatuur.

32. Zie o.a. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp), HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, NJ 1966/183 (Booy/Wisman) en HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829, NJ 2005/234 (Marks/Albert Schweitzer Ziekenhuis).

33. Zie o.a. HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666 (Offringa/Vinck en Van Rosberg) en HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6237, NJ 2001/559 (L.E. Beheer/Stijnman).

34. Zie verder de volgende uitspraken die de Hoge Raad in het kader van de effectenlease-geschillen heeft gewezen: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/B en GBD) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia).

28. Vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, NJ 1997/222 (Geerlofs Koeltechniek/Meinsma).

29. Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/226.

dat vrij snel wordt aangenomen dat de bank heeft voldaan aan haar mededelingsplicht op grond van art. 6:228 BW. Het hof had in die zaak geoordeeld dat 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'.<sup>35</sup> Van de wederpartij mogen redelijke inspanningen worden gevegd de verstrekte informatie te begrijpen. Zij dient de stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid te bestuderen en in geval van onduidelijkheden vragen te stellen. Dit oordeel was volgens de Hoge Raad juist.<sup>36</sup>

Ook in de lagere rechtspraak over renteswaps is een beroep op dwaling wegens schending van de mededelingsplicht niet vaak gehonoreerd.<sup>37</sup>

Dat een beroep op dwaling wordt afgewezen omdat voldaan is aan de mededelingsplicht, laat volgens de Hoge Raad echter onverlet dat op de aanbieder van het product uit hoofde van een bijzondere zorgplicht een verder reikende waarschuwingplicht kan rusten. Van een schending van de zorgplicht kan dus nog wel sprake zijn.<sup>38</sup>

### 6 Uniform Herstelkader Rentederivaten

Ook de Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft in het kader van haar toezicht tekortkomingen geconstateerd in de dienstverlening door de banken ten aanzien van rentederivaten. Volgens de AFM hebben de banken in veel gevallen de wettelijke eisen bij de advisering over derivaten aan niet-professionele partijen onvoldoende nageleefd. De AFM heeft onder meer dossiers gezien waarin de klant niet was geïnformeerd over (de werking van) het product en de voor- en nadelen van het derivaat in zijn specifieke situatie. Om deze reden zijn banken in 2014 gestart met een herbeoordeling van rentederivatencontracten.

Aangezien er door de AFM onjuistheden en onvolledigheden werden aangetroffen in deze herbeoordelingen, adviseerde de AFM alle dossiers opnieuw te toetsen aan een 'uniform herstelkader'. Op verzoek van de Minister van Financiën heeft een onafhankelijke derivatencommissie<sup>39</sup> in 2016 een voorschrijvend Uniform Herstelkader (UHK) opgesteld, dat voorziet in de compensatie van MKB-klienten die rentederivaten

hebben afgenomen.<sup>40</sup> Rabobank, ABN AMRO, ING Bank, De Volksbank, Van Lanschot en Deutsche Bank hebben zich geëngaat aan het UHK, dat in grote lijnen als volgt wordt uitgevoerd:

- De deelnemende banken zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van het UHK. Hiervoor wordt van de banken verwacht dat zij een zorgvuldig en efficiënt proces voor de herbeoordeling hebben ingericht en dat zij de tijdlijnen bewaken. De banken beoordelen of een MKB-klant in aanmerking komt voor compensatie op grond van het UHK. Als dat het geval is, maken de banken een berekening van de compensatie en zorgen zij – na acceptatie van het aanbod – voor uitbetaling aan de MKB-klant.
- De werkzaamheden van de banken worden beoordeeld door externe dossierbeoordelaars. Zij bewaken de kwaliteit en de uitvoering van de herbeoordeling gedurende het gehele traject.
- De AFM houdt toezicht op de uitvoering van het UHK door de banken en de *assurance*-werkzaamheden hierop door de externe dossierbeoordelaars.

Uit de zesde voortgangsrapportage van de AFM, die op 28 januari 2020 door de Minister van Financiën naar de Tweede Kamer is gestuurd, blijkt dat de uitvoering van het UHK zich in de afrondende fase bevindt.<sup>41</sup> Alle MKB-klienten met een rentederivaat die voor compensatie in aanmerking komen, hebben voor 31 december 2019 een aanbodbrief met compensatievoorstel van hun bank ontvangen. 18.907 ondernemers ontvangen samen circa € 1,4 miljard aan compensatie, waarvan meer dan 90% al is uitgekeerd. Het percentage klienten dat het voorstel van hun bank geaccepteerd heeft, bedraagt 89%.

Hoewel uit de AFM-voortgangsrapportage dus blijkt dat de acceptatiegraad van de aangeboden compensatie hoog is, hebben niet alle daarvoor in aanmerking komende MKB-klienten het aanbod geaccepteerd. Bovendien zijn lang niet alle ondernemers geholpen met het UHK. Het UHK is alleen van toepassing op een rentederivaat dat met een deelnemende bank is aangegaan en binnen het temporele bereik van de regeling valt, en waarbij de MKB-klant als niet-professioneel en niet-deskundig kwalificeert.

Het UHK heeft geen normerende werking ten aanzien van de in de renteswapzaken door de rechter te beantwoorden vragen. Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van 12 oktober 2019, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de verbindend-verklaring van een WCAM-overeenkomst geen grond kan opleveren voor een bepaalde rechtsuitleg. Het staat degene die zo'n overeenkomst niet wil aanvaarden vrij een opt-outverklaring uit te brengen en zich tot de rechter te wenden indien hij meent dat een andere uitkomst op haar plaats is. De rechter

35. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treck/Dexia), r.o. 4.4.5.

36. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treck/Dexia), r.o. 4.4.4.

37. Het gerechtshof Amsterdam heeft een aantal arresten gewezen waarin een beroep op dwaling m.b.t. renteswaps is gehonoreerd: Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043; Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946.

38. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treck/Dexia), r.o. 4.4.5.

39. Bestaande uit B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck.

40. Zie [www.derivatencommissie.nl/publicaties/2019/10/18/definitief-herstelkader-en-toelichting-inhoudelijke-qa/](http://www.derivatencommissie.nl/publicaties/2019/10/18/definitief-herstelkader-en-toelichting-inhoudelijke-qa/).

41. Brief van de Minister van Financiën d.d. 28 januari 2020, Kamerstukken II 2019/20, 31311, nr. 221.

dient zich ook in dat geval bij zijn beslissing te laten leiden door het geldende recht.<sup>42</sup>

### 7 Beantwoording prejudiciële vragen door de Hoge Raad

De zaak waarin prejudiciële vragen worden gesteld over dwaling ter zake van renteswaps, betreft een procedure voor de rechtbank Amsterdam tegen ABN AMRO Bank.<sup>43</sup> In deze procedure wordt door Boomkamp c.s.<sup>44</sup> in de eerste plaats een verklaring voor recht gevorderd dat de bank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht bij het adviseren over de renteswaps, het in rekening brengen van de kosten en/of provisies daaronder en met betrekking tot de opslagverhogingen. In de tweede plaats wordt een beroep gedaan op dwaling bij het overeenkomen van de renteswaps, primair op grond van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder a BW en subsidiair op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW. Ten slotte wordt terugbetaling gevorderd van (1) de bankmarge die ABN AMRO Bank op de renteswaps heeft gerealiseerd, (2) de te veel betaalde rente, namelijk het verschil tussen de in werkelijkheid betaalde rente en de destijds geldende Euribor, (3) opslagverhogingen, (4) de risicopremie en (5) de voor deze procedure gemaakte kosten.

De vier prejudiciële vragen zijn toegespitst op het beroep op dwaling: hebben eiseressen bij het overeenkomen van de renteswaps gedwaald?

#### *Vraag 1 – omvang mededelingsplicht*

Met de eerste prejudiciële vraag stelt de rechtbank aan de orde wanneer de bank aan de op haar rustende mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 onder b BW heeft voldaan. Is aan de mededelingsplicht voldaan als in de algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij na een redelijke inspanning de wezenlijke kenmerken en risico's van het rentederivaat kan afleiden? De rechtbank wenst daarbij tevens te vernemen hoe een eventueel afwijzend antwoord zich verhoudt tot het arrest De Treek/Dexia uit 2009.<sup>45</sup>

Het gaat hier dus om de vraag in hoeverre de bank mag vertrouwen op gestandaardiseerde informatie bij de voorlichting van niet-deskundige klanten.

Het antwoord dat de Hoge Raad geeft, is niet opzienbarend. Omvang en inhoud van de mededelingsplicht hangen volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een renteswap als in deze zaak aan de orde is, aan de mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanningen getroost, tijdig

inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die deze 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 (r.o. 3.5.6). Een en ander is volgens de Hoge Raad in lijn met de jurisprudentie die is ingezet met voornoemd arrest van 5 juni 2009 (De Treek/Dexia).

In de aanloop naar dit antwoord zet de Hoge Raad uiteen wat van de betrokken partijen in dit verband over en weer mag worden verwacht. Daarbij richt de Hoge Raad zich specifiek op de situatie waarin een professionele aanbieder een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben (een niet-deskundige wederpartij):

- '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.' (r.o. 3.5.3)
- 'De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.' (r.o. 3.5.4)

Bij het aanbieden van een renteswap aan een onderneming behorende tot het MKB-segment zal er op de bank over het algemeen dus een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat de wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van dwaling. Dit lijdt slechts uitzondering als de wederpartij over het aangeboden product of de aangeboden dienst een specifieke (te veronderstellen) deskundigheid heeft.

42. Vgl. HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, JOR 2018/305 m.nt. C.W.M. Lieverse, r.o. 3.6.6.

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

44. De eiseressen waren twee gelieerde BV's: Jan Boomkamp Tuinaanleg & Onderhoud B.V. en Jan Boomkamp Vastgoed en Projecten B.V.

45. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia).

De bank mag er mijns inziens niet te snel van uitgaan dat de wederpartij over specifieke deskundigheid beschikt.<sup>46</sup>

Aan de mededelingsplicht kan in beginsel worden voldaan via het verstrekken van algemene productinformatie, mits daaruit de wezenlijke kenmerken en risico's van de renteswap zijn op te maken, zoals het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. De betreffende informatie dient in ieder geval vóór het aangaan van de overeenkomst te worden verschaft. Van de wederpartij wordt immers verlangd dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de verschaft informatie aandachtig bestudeert en daarover vragen stelt als er onduidelijkheden zijn. Daarvoor moet de wederpartij dan wel voldoende tijd en gelegenheid hebben gehad.

De Hoge Raad wijdt vervolgens nog een overweging aan de verhouding tussen de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht die op een bank kan rusten. De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling moet volgens de Hoge Raad worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zij volgt uit de bijzondere zorgplicht die op een dergelijke professionele aanbieder rust in verband met zijn maatschappelijke functie en deskundigheid. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.<sup>47</sup> Een mededelingsplicht brengt nog geen waarschuwingsplicht met zich mee en mag ook niet in die richting worden opgerekt.<sup>48</sup>

In het op 4 oktober 2019 gewezen arrest ABN AMRO/Edrie<sup>49</sup> wordt door de Hoge Raad met betrekking tot het voorgaande nog een belangrijke nuancering aangebracht. Het is mogelijk dat het door de bank ter voldoening aan de op haar rustende zorgplicht verrichte onderzoek of de – in voorkomend geval – door haar als adviseur ingewonnen inlichtingen informatie opleveren die voor de bank relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan de cliënt moet verstrekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert, bijvoorbeeld doordat de kennis of ervaring van de cliënt verschilt van wat de bank in het algemeen mag verwachten.<sup>50</sup> In dat geval bestaat aanleiding om af te wijken van het uitgangspunt dat kan worden volstaan met het verstrekken van standaard productinformatie. De zorgplicht of een adviesplicht die onder omstandigheden op de bank rust,<sup>51</sup> kan dus mede invulling geven aan de mededelingsplicht.<sup>52</sup>

#### *Vragen 2 en 3 – dwaling en nadeel*

De tweede en derde vraag hangen nauw met elkaar samen en worden door de Hoge Raad gezamenlijk behandeld. De tweede vraag stelt aan de orde of met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan als het overeenkomen van het rentederivaat op geen enkele manier voor de dwalende nadeel tot gevolg heeft (gehad) of zal hebben. De derde vraag is gericht op de gevolgen van een bevestigend antwoord op de tweede vraag. Dient een beroep op dwaling in een dergelijk geval te worden afgewezen wegens gebrek aan belang, misbruik van recht of strijd met de redelijkheid en billijkheid?

Deze vragen lijken deels te zijn ingegeven door de behoefte van de rechtbank om een opportunistisch beroep op dwaling tegen te gaan. Als gevolg van de dalende rente hebben afnemers van renteswaps achteraf gezien meestal niet geprofiteerd van renteswapovereenkomsten die in de periode 2005-2008 zijn afgesloten.

De tweede vraag wordt door de Hoge Raad als volgt beantwoord.

‘De omstandigheid dat de dwalende geen nadeel heeft ondervonden en zal kunnen ondervinden van zijn onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomst staat niet eraan in de weg dat hij zich met succes beroept op dwaling (art. 6:228 BW). Hij zal daarbij moeten stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting aannemelijk moeten maken, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet, althans niet onder de over-

46. Uit het arrest ING/Peters (HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500) kan ook worden afgeleid dat hoge eisen mogen worden gesteld aan de vaststelling dat een wederpartij ter zake deskundig is. ING had in deze zaak aangevoerd dat de ondernemer in kwestie – de eigenaar van een grote jeansketen met tachtig winkels in binnen- en buitenland – 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. Desondanks acht de Hoge Raad het niet onbegrijpelijk dat het hof deze stellingen van ING niet aldus heeft gelezen dat zij mede inhouden dat deze ondernemer beschikte over specifieke kennis van het risico van een rentederivaat zoals in deze zaak aan de orde is (zie r.o. 4.2.4).

47. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Boomkamp/ABN AMRO), r.o. 3.5.5.

48. Vgl. de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:329.

49. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, JOR 2019/252 (ABN AMRO/Edrie).

50. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, JOR 2019/252 (ABN AMRO/Edrie), r.o. 4.2.4.

51. De kern van een dergelijke verplichting is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint.

52. Zie hierover ook Ancery 2017, p. 332 e.v. en F.P.C. Strijbos in zijn annotatie bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, JOR 2019/253 (ING/Peters).



eengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. (...)’ (r.o. 3.6.12)

Ook dit antwoord is weinig verrassend. Zoals de Hoge Raad zelf ook aangeeft, is het vaste jurisprudentie dat voor een succesvol beroep op dwaling niet vereist is dat degene die zich daarop beroept door het aangaan van de overeenkomst is benadeeld.<sup>53</sup>

De Hoge Raad vervolgt met het antwoord op de derde vraag:

‘(...) Bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten ongerechtvaardigde resultaten als hiervoor in 3.6.6 bedoeld worden voorkomen. Daarom zal de dwalende cliënt, indien aanneemelijk is dat hij ook bij afwezigheid van de dwaling voor afdekking van het renterisico zou hebben gekozen, zoveel mogelijk in de toestand moeten worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst op het onderdeel of de onderdelen van de overeenkomst waarover hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd. Als er naast dwaling sprake is geweest van schending van de bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed.’ (r.o. 3.6.12)

Bij het vaststellen van de gevolgen van vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten volgens de Hoge Raad dus ongerechtvaardigde resultaten worden voorkomen. Daarvoor geeft de Hoge Raad de volgende maatwerkoplossing.

Vernietiging van een renteswapovereenkomst heeft in beginsel tot gevolg dat de door partijen op grond van die overeenkomst verrichte prestaties over en weer ongedaan moeten worden gemaakt. Men dient door middel van uitleg van de overeenkomst te bepalen welke prestaties er op grond van een renteswap zijn verricht. De Hoge Raad maakt daarbij onderscheid tussen twee soorten renteswaps:

- i. een renteswap waarbij als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds (de geldstroomuitleg); en
- ii. öeen renteswap waarbij 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 (de risico-uitleg).

Afhankelijk van de uitleg waartoe wordt gekomen, gelden bij de ongedaanmaking verschillende uitgangspunten. Daarvoor dient bovendien te worden gekeken naar het aspect van de overeenkomst waarop de dwaling betrekking had. Was sprake van:

- a. dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig, of over de omvang waarin het renterisico moest worden of werd afgedekt? In een dergelijk geval zou de cliënt bij afwezigheid van de dwaling niet, of niet in dezelfde omvang, voor het afdekken van het renterisico hebben gekozen; of
- b. dwaling over andere aspecten van de renteswap, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan? In een dergelijk geval heeft de cliënt ervoor gekozen het risico van de stijgende rente af te dekken door voor een vaste rente te kiezen.

Dit pakt als volgt uit:

(i) Geldstroomuitleg

Heeft de geldstroomuitleg vooropgestaan, dan dienen de over en weer verrichte betalingen in beginsel ongedaan te worden gemaakt. Het volledig terugdraaien van de verrichte betalingen betekent echter dat de cliënt zich van een renteswap kan bevrijden die achteraf bezien – gegeven de ontwikkeling van de variabele rente – voor hem ongunstig heeft uitgekapt. Die uitkomst is volgens de Hoge Raad alleen gerechtvaardigd als de cliënt onder invloed van dwaling voor het afdekken van het renterisico als zodanig heeft gekozen. Dit terwijl de cliënt gedurende de looptijd van de renteswap wel beschermd is geweest tegen het risico van een stijging van de variabele rente en het bij een renteswap nu juist gaat om een overeenkomst waarbij de risico’s van toekomstige ontwikkelingen worden verdeeld.<sup>54</sup>

(a) Dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig

Het is gerechtvaardigd dat de cliënt door ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen in een positie wordt gebracht waarin hij ook zou hebben verkeerd als hij het renterisico niet, respectievelijk niet geheel zou hebben afgedekt.

(b) Dwaling over andere aspecten van de renteswap

Het is in beginsel niet gerechtvaardigd dat de cliënt zich door vernietiging van de renteswap, gevolgd door algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen, met de wetenschap van de renteontwikkeling achteraf zou kunnen bevrijden van de verplichtingen die inherent zijn aan die keuze. De gevolgen van het beroep op dwaling dienen voor deze categorie te worden beperkt. De Hoge Raad wijst in dit verband op de mogelijkheden die worden geboden door art. 6:228 lid 2, 6:230, 3:54 lid 2, 6:278 en 3:53 lid 2 BW.

53. De Hoge Raad wijst op de volgende arresten: HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, NJ 2001/159 (Clemens/Schüring), r.o. 3.4; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, NJ 2009/398 (Van Eendenburg/De Alternatieve), r.o. 3.4.2; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95 (Delta/S’Energy), r.o. 3.3.

54. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Boomkamp/ABN AMRO), r.o. 3.6.6.

Uitgangspunt is dat de cliënt zo veel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet in dwaling zou hebben verkeerd. Onderzocht dient te worden voor welke wijze van afdekking van het renterisico de cliënt zou hebben gekozen indien van dwaling geen sprake zou zijn geweest. De cliënt dient vervolgens in de positie te worden gebracht alsof hij die keuze zou hebben gemaakt, en de wederzijdse ongedaanmakingsverplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht.

(ii) Risico-uitleg

Heeft de risico-uitleg vooropgegaan, dan sluit volgens de Hoge Raad de aard van de prestatie van de bank uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. De prestatie van de bank dient in dat geval te worden gewaardeerd met toepassing van art. 6:210 lid 2 BW:

‘Sluit de aard van de prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt, dan treedt, voor zover dit redelijk is, 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.’

(a) Dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig

Het is gerechtvaardigd dat de cliënt door ongedaanmaking van de over en weer verrichte prestaties in een positie wordt gebracht waarin hij ook zou hebben verkeerd als hij het renterisico niet, respectievelijk niet geheel zou hebben afgedekt.

(b) Dwaling over andere aspecten van de renteswap

Uitgangspunt is wederom dat de cliënt zo veel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet in dwaling zou hebben verkeerd. Onderzocht dient te worden voor welke wijze van afdekking van het renterisico de cliënt zou hebben gekozen indien van dwaling geen sprake zou zijn geweest. Bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van de bank zal mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW, en zo nodig van art. 3:53 lid 2 BW, kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg.

Deze benadering om ongerechtvaardigde resultaten van een vernietiging op grond van dwaling te voorkomen, is door de Hoge Raad nog eens bevestigd in het arrest ING/Peters.<sup>55</sup> Het gerechtshof Amsterdam had in die zaak de prestatie van ING gewaardeerd op grond van art. 6:210 lid 2 BW op ‘het (rente)bedrag dat de cliënt aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteafdekkingsvariant (renteavstening

of rentecap) die het beste bij de positie van [cliënt] paste’. Omdat de swapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand was gekomen, achtte het hof het niet redelijk de waarde van de prestatie van ING gelijk te stellen aan het bedrag dat de cliënt op grond van de swap netto aan ING had betaald. De wijze waarop door het hof in deze zaak de gevolgen van de vernietiging van de renteswapovereenkomst waren vastgesteld, was volgens de Hoge Raad in overeenstemming met het arrest van 28 juni 2019 (Boomkamp/ABN AMRO).

Schematisch kan een en ander worden weergegeven als in figuur 2.

Bij de beantwoording van de tweede en derde vraag gaat de Hoge Raad ook nog in op de situatie waarin sprake is van samenloop van dwaling en schending van de bijzondere zorgplicht van de bank. Bij schending van de zorgplicht dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed.

*Vraag 4 – dwaling ten aanzien van onbekende aspecten*

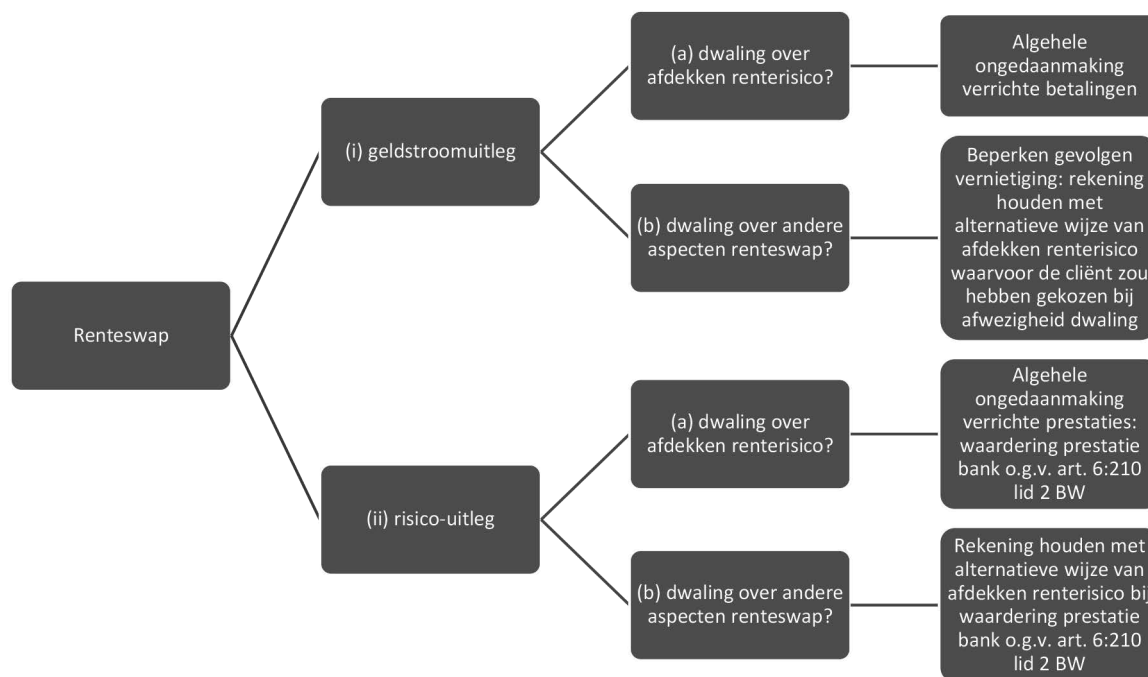
De vierde vraag vloeit voort uit het partijdebat over de bankmarge die door ABN AMRO was verdisconteerd in het renteswaptarief dat aan de cliënt in rekening werd gebracht. Het feit dat er in het renteswaptarief een bankmarge was verwerkt, was ten tijde van het sluiten van de renteswapovereenkomsten niet aan de orde geweest en de eiseressen hadden het door ABN AMRO aangeboden rentetarief aanvaard. Kan een geslaagd beroep op dwaling worden gedaan als niet gebleken is dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald, ten tijde van het aangaan van de overeenkomst aan de orde zijn geweest, of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van degene die zich op dwaling beroept om de overeenkomst aan te gaan?

De Hoge Raad beantwoordt de vierde prejudiciële vraag als volgt:

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

55. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500 (ING/Peters).

*Figuur 2* Gevolgen vernietiging renteswapovereenkomst



Ook dit antwoord is weinig verrassend. A-G Wissink merkt in zijn conclusie terecht op dat voor een ondernemer die met de bank een lening aangaat of met de bank een renteswapovereenkomst sluit, vooral van belang is welke prijs (welk rentetarief) daarvoor moet worden betaald. Hoe dat tarief is samengesteld, zal in het algemeen minder of niet van belang zijn, zeker niet als sprake is van een onderhandelingsresultaat. Het resultaat telt, en niet eventuele onzekerheid ten aanzien van de beweegredenen van de andere partij om met een bepaald tarief in te stemmen. Dat in het rentetarief ook een marge voor de bank zit (of kan zitten), zou voor ondernemers bovendien een voor de hand liggend uitgangspunt moeten zijn als zij zelf hun producten beprijsen.<sup>56</sup>

### 8 Conclusie

De Hoge Raad bevestigt in de besproken arresten de lijn die eerder was ingezet met de effectenlease-arresten van 5 juni 2009.<sup>57</sup> Waar de Hoge Raad in zijn arresten uit 2009 nog overwoog dat het oordeel van het hof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting, hanteert de Hoge Raad nu dezelfde formulering als destijds het hof.

Bij het aanbieden van een renteswap aan een onderneming behorende tot het MKB-segment zal er op de bank over het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van dwaling. Dit lijdt slechts uitzondering als de wederpartij over het aangeboden product of de aangeboden

dienst een specifieke (te veronderstellen) deskundigheid heeft. De bank mag hier mijns inziens niet te snel van uitgaan.

Omvang en inhoud van de mededelingsplicht hangen vervolgens af van de omstandigheden van het geval. De bank kan in beginsel aan haar mededelingsplicht voldoen via het verstrekken van algemene productinformatie waaruit de cliënt die zich redelijke inspanning getroost tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van de renteswap, waaronder het risico van een (aanzienlijke) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging. De op een bank rustende zorgplicht of de in het kader van een adviesrelatie ingewonnen informatie kan echter meebrengen dat de bank niet kan volstaan met het verstrekken van algemene productinformatie. Dit is bijvoorbeeld het geval als de kennis of ervaring van de betreffende cliënt verschilt van wat de bank in het algemeen mag verwachten. Waar een beroep op dwaling dus al snel zal stranden als de bank algemene productinformatie heeft verstrekt (die het benodigde inzicht verschaft), lijken met name op dit punt nog kansen te liggen voor een succesvol beroep op dwaling.

De mededelingsplicht moet volgens de Hoge Raad voorts worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht van de bank of een uit een adviesrelatie voortvloeiende verplichting tot advisering. Deze waarschuwingsplicht gaat verder dan mededelingsplicht en kan dus alsnog tot de conclusie leiden dat de bank niet had mogen volstaan met het verstrekken van algemene productinformatie.

56. Zie de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:329, nr. 11.9.2.

57. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob/B en GBD) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treck/Dexia).

Is er wel gedwaald, dan dienen de over en weer verrichte prestaties in beginsel ongedaan te worden gemaakt. Hierbij dienen ongerechtvaardigde resultaten van de vernietiging te worden voorkomen. De Hoge Raad geeft vrij gedetailleerd aan hoe de gevolgen van de vernietiging met toepassing van art. 6:210 BW kunnen worden afgestemd op de omstandigheden van het geval en de specifieke aspecten van de renteswapovereenkomst ten aanzien waarvan is gedwaald.