

# ECLI:NL:HR:2019:1046

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	28-06-2019
Datum publicatie	28-06-2019
Zaaknummer	18/03941
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:329, Gevolgd
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie Prejudiciële beslissing

## Inhoudsindicatie

Prejudiciële vragen (art. 392 Rv). Verbintenissenrecht; rentederivaat. Informatieverstrekking bij renteswap. Aan beroep op dwaling te stellen eisen; verschil met waarschuwingsplicht; bijzondere zorgplicht banken; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De T. / Dexia). Gevolgen van vernietiging; ongedaanmakingsverplichting prestaties; uitleg overeenkomst. Beperken omvang ongedaanmaking met oog op onevenwichtige resultaten; contract over verdeling risico's. Dwaling ten aanzien van marge in rentepercentage; eisen kenbaarheid en verschoonbaarheid.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

## Uitspraak

28 juni 2019

Eerste Kamer

18/03941

TT/MD

### Hoge Raad der Nederlanden

#### Prejudiciële beslissing

in de zaak van:

1. [eiseres 1] B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

2. [eiseres 2] B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

EISERESSEN in eerste aanleg,

advocaat in de prejudiciële procedure: mr. J.H.M. van Swaaij,

t e g e n

ABN AMRO BANK N.V.,  
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in eerste aanleg,

advocaten in de prejudiciële procedure: mr. F.E. Vermeulen en mr. B.F.L.M. Schim.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk ook worden aangeduid als [eiseressen] , en afzonderlijk als [eiseres 1] en [eiseres 2] , en verweerster als ABN AMRO.

### **1 Het geding in feitelijke instantie**

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

De tussenvonnissen van de rechtbank zijn aan deze beslissing gehecht.

### **2 De prejudiciële procedure**

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

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

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

### **3 Beantwoording van de prejudiciële vragen**

#### *Inleiding*

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

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

- 3.1.2 De achtergrond van de zaak is de volgende. Veel ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf zijn in het verleden met hun bank renteswaps en andere rentederivaten overeengekomen. Deze derivaten waren doorgaans bedoeld om het risico af te dekken dat de variabele rente zou gaan stijgen die de ondernemingen verschuldigd waren over hun bankleningen. Na verloop van tijd werden ondernemingen geconfronteerd met aan de derivaten verbonden risico's. Die risico's waren onder andere dat de swap in hoofdsom of in looptijd niet goed bleek afgestemd op de lening ('*mismatch*'), en dat bij tussentijdse beëindiging van de swap – bijvoorbeeld bij aflossing van de lening – de marktwaarde daarvan moest worden afgerekend. Deze afrekening van de marktwaarde kon betekenen dat de cliënt een aanzienlijk bedrag aan de bank moest betalen. Bovendien kon deze mogelijke betalingsverplichting al tijdens de looptijd van de renteswap negatieve gevolgen hebben voor de cliënt, bijvoorbeeld in de vorm van beperking van kredietruimte.
- 3.1.3 De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft tekortkomingen geconstateerd in de dienstverlening ten aanzien van rentederivaten. Zo is in bepaalde gevallen gebleken dat onduidelijk was welke soort dienstverlening de klant van de bank kreeg, dat de afgesloten producten niet geschikt waren voor de klant of dat onjuiste of onvoldoende informatie aan de klant is verstrekt. Mede op grond hiervan zijn banken overgegaan tot herbeoordeling van rentederivatendossiers en is een Uniform Herstelkader Rentederivaten tot stand gekomen. Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.8-5.12.
- 3.1.4 De variabele rente is volgens gegevens van De Nederlandsche Bank, uitgaande van driemaands-Euribor, van november 2000 (5,092%) tot maart 2004 (2,029%) flink gedaald. Van oktober 2005 (2,197%) tot oktober 2008 (5,113%) is de rente, met een korte onderbreking, flink gestegen. Na oktober 2008 is de rente tot april 2010 (0,645%) zeer fors gedaald. Tot oktober 2011 (1,576%) is de rente weer overwegend gestegen, daarna heeft zich een dalende trend ingezet, met vanaf mei 2015 een negatieve rentestand.
- 3.1.5 Ondernemers hebben zich in procedures voor de burgerlijke rechter over renteswaps beroepen op onder meer dwaling en schending van de zorgplicht van de bank. Zij voeren aan dat de bank onvoldoende heeft gedaan om hen op de risico's van derivaten te wijzen. Over de vraag onder welke voorwaarden ondernemingen die een rentederivaat zijn overeengekomen zich met succes op dwaling kunnen beroepen, wordt in de rechtspraak verschillend geoordeeld (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.13 e.v.). De prejudiciële vragen van de rechtbank zijn erop gericht hierover een uitspraak van de Hoge Raad te verkrijgen.

#### *Feiten*

- 3.2 Omdat de vragen van de rechtbank erop zijn gericht duidelijkheid te krijgen voor een groot aantal zaken, zijn de specifieke feiten in deze zaak bij de beantwoording door de Hoge Raad van beperkt belang. De Hoge Raad gaat uit van de feiten zoals die zijn vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal onder 2. Het gaat om het volgende.
- (i) [eiseressen] maken deel uit van [B], die zich onder meer bezighoudt met groenvoorzieningen en de aan- en verkoop van onroerend goed en grondposities.
- (ii) ABN AMRO heeft aan [B] verschillende kredieten verstrekt, steeds met een variabele rente, die was gebaseerd op Euribor. Vanaf 2010 heeft ABN AMRO de voorwaarde gesteld dat [B] 50% van het renterisico zou afdekken.
- (iii) Om het renterisico af te dekken zijn [eiseressen] in de periode 2003-2011 verscheidene renteswaps en een ander rentederivaat, genaamd een '*Cap with Knock-in-Floor*' (zie hierna onder (vi) en (vii)), met ABN AMRO overeengekomen.
- (iv) ABN AMRO heeft voorafgaand aan het overeenkomen van de eerste renteswap in 2003, en verscheidene malen daarna, aan [eiseressen] de brochure "OTC-derivatentransacties met de

Bank" toegezonden. In die brochure is onder meer het volgende opgenomen:

"(...)

Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie volledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico's kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico's.

### **Kosten van 'Unwinding'**

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

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

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

(...)"

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

"(...)

Vorstel:

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

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

(...)"

[B] heeft dit advies niet opgevolgd en heeft het renterisico op de nieuwe leningen afgedekt met een 'gewone' renteswap. Het advies vermeldt over deze optie:

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

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

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

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

"(...)

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

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

[Controller]: 'Ja'

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

(...)'."

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

"(...)

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

(...)"

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

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

"(...)

### 3. Wat zijn OTC Derivaten?

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

- de waarde van een derivaat is afhankelijk van de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde. Derivaten dragen daarmee vaak een hoog risico omdat de waardeontwikkeling van de onderliggende waarde soms onvoorspelbaar is.

- de handel in OTC-derivaten kan soms een illiquide markt zijn met als gevolg dat het niet altijd mogelijk is om posities tegen een gunstige prijs te sluiten of te verkopen.

(...);

## 6. Productinformatie

(...)

### 2. Swap:

(...) Een renteswap is een bilaterale overeenkomst tot het uitwisselen van rentegeldstromen

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

(...)

## **7. Derivatenrisico's**

(...)

### **Renterisico:**

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

(...)

## **9. Kosten van voortijdige beëindiging**

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

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

(...)"

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

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

### *De vorderingen van [eiseressen]*

#### 3.3 In dit geding vorderen [eiseressen] dat de rechtbank

( a) voor recht verklaart dat ABN AMRO in strijd met de op haar rustende zorgplicht, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid, althans onrechtmatig heeft gehandeld bij het adviseren van de renteswaps, het in rekening brengen van de kosten en/of provisies daaronder en met betrekking tot de opslagverhogingen;

( b) voor recht verklaart dat [eiseressen] hebben gedwaald bij het overeenkomen van de renteswaps primair op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder a BW en subsidiair op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b BW;

( c) ABN AMRO veroordeelt tot terugbetaling van provisies (de marge die ABN AMRO op de renteswaps heeft gerealiseerd), te veel betaalde rente (het verschil tussen de in werkelijkheid betaalde rente en de destijds geldende Euribor), opslagverhogingen, de risicopremie en de voor deze procedure gemaakte kosten.

### *De prejudiciële vragen*

#### 3.4 De rechtbank heeft overwogen dat de vraag aan de orde is of [eiseressen] bij het overeenkomen van de renteswaps hebben gedwaald. Zij heeft in verband hiermee de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

1. Is aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit door de wederpartij die zich redelijke

inspanning getroost de wezenlijke kenmerken en risico's van een rentederivaat als het onderhavige kunnen worden afgeleid die aan de dwaling ten grondslag worden gelegd, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging? Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ( [...] /Dexia) ontwikkelde jurisprudentie?

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *Vraag 1 – Omvang mededelingsplicht*

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

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

3.5.3 Op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, zal in het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te

bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ( De T. / Dexia), rov. 4.4.5.

- 3.5.4 De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ( De T. / Dexia), rov. 4.4.4 en 4.4.5.
- 3.5.5 De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zij volgt uit de bijzondere zorgplicht die op een dergelijke professionele aanbieder rust in verband met zijn maatschappelijke functie en deskundigheid. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ( De T. / Dexia), rov. 4.4.5 en 4.8.4 en vgl. onder meer HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, rov. 3.3.3 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (Hypinvest), rov. 3.4.2. Het belang van het onderscheid tussen de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht komt hierna aan de orde bij de beantwoording van de vragen 2 en 3.
- 3.5.6 De eerste prejudiciële vraag wordt op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. Omvang en inhoud van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Een en ander is in overeenstemming met de lijn in de jurisprudentie die is ingezet met HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ( De T. / Dexia).

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

- 3.6.1 De tweede en derde prejudiciële vraag hangen nauw met elkaar samen en worden gezamenlijk behandeld. De derde vraag is gericht op de gevolgen van een bevestigend antwoord op de tweede vraag.
- 3.6.2 De tweede vraag stelt aan de orde of met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan als het overeenkomen van het rentederivaat op geen enkele manier voor de dwalende nadeel tot gevolg heeft, heeft gehad of zal hebben.



- 3.6.3 Volgens vaste rechtspraak is voor een succesvol beroep op de in art. 6:228 BW vermelde vernietigingsgrond niet vereist dat degene die zich daarop beroept door het aangaan van de overeenkomst is benadeeld. Wel is vereist dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. (Vgl. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, rov. 3.4; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 ( [...] ), rov. 3.4.2; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95 (Delta/S'Energy), rov. 3.3.) Het is daarbij aan degene die zich op dwaling beroept, te stellen en bij voldoende betwisting aannemelijk te maken dat hij zonder de dwaling de overeenkomst, of een of meer door hem aan te wijzen onderdelen daarvan, niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, NJ 1997/222 (Geerlofs Koeltechniek), rov. 3.3).
- 3.6.4 Vernietiging van een renteswapovereenkomst heeft in beginsel tot gevolg dat de door partijen op grond van die overeenkomst verrichte prestaties over en weer ongedaan moeten worden gemaakt (art. 3:53 lid 1 BW in verbinding met art. 6:203 lid 1 BW). Welke prestaties op grond van de overeenkomst zijn verricht, moet worden vastgesteld door uitleg van die overeenkomst. Die uitleg kan in een concreet geval meebrengen dat als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds (hierna ook: de geldstroomuitleg). Uit de uitleg kan ook volgen dat als prestatie van de bank mede is aan te merken dat zij het risico van een verandering van de rente geheel of gedeeltelijk van de cliënt overneemt (hierna ook: de risico-uitleg). Afhankelijk van de uitleg waartoe wordt gekomen, gelden bij de ongedaanmaking verschillende uitgangspunten. In het navolgende zal eerst de ongedaanmaking bij de geldstroomuitleg worden behandeld. De gevolgen van vernietiging bij de risico-uitleg komen hierna in 3.6.9 aan de orde.
- 3.6.5 Als de renteswapovereenkomst in een bepaald geval aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank uitsluitend bestaat in het betalen van de variabele rente (de geldstroomuitleg), dienen na vernietiging in beginsel de over en weer verrichte betalingen ongedaan te worden gemaakt. De cliënt wordt daardoor in de positie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij geen rentederivaat zou zijn overeengekomen. Aldus verschillen de gevolgen van vernietiging wegens dwaling van de gevolgen van schending van de hiervoor in 3.5.5 bedoelde bijzondere zorgplicht. Bij een zorgplichtschending is de bank verplicht de schade te vergoeden die door die schending is ontstaan. De gevolgen van de overeenkomst blijven bij een zorgplichtschending – anders dan bij een gegrond beroep op vernietiging – in stand.
- 3.6.6 Algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen zal in zaken waarin sprake is van dwaling bij rentederivaten tot onevenwichtige resultaten kunnen leiden. Dat houdt verband met het volgende. In de meeste gevallen waarin een renteswap ter vermindering van het risico van een stijging van de variabele rente werd afgesloten, heeft dat risico zich niet verwezenlijkt. Integendeel, deze rente is de afgelopen jaren, met een korte onderbreking, sterk gedaald (zie hiervoor in 3.1.4). Algehele ongedaanmaking van de betalingen onder de renteswap levert de cliënt daardoor in veel gevallen het voordeel op dat hij zich achteraf kan onttrekken aan de voor hem, gegeven de renteswap, ongunstige marktontwikkelingen. Dat resultaat is gerechtvaardigd indien en voor zover de cliënt onder invloed van dwaling voor het afdekken van het renterisico als zodanig heeft gekozen. Als echter aannemelijk is dat de cliënt destijds ook geheel of gedeeltelijk voor het afdekken van het renterisico zou hebben gekozen als hij niet in dwaling zou hebben verkeerd, levert het een niet gerechtvaardigd resultaat op dat hij zich, in de wetenschap van de renteontwikkeling die zich inmiddels heeft voorgedaan, achteraf door een beroep op dwaling zou kunnen onttrekken aan de aan zijn keuze inherente gevolgen. Daarbij is van belang dat de cliënt de afgelopen jaren wel beschermd is geweest tegen het risico van een stijging van de variabele rente, en dat het hier gaat om een overeenkomst waarvan juist een wezenlijk kenmerk is dat de risico's van toekomstige ontwikkelingen worden verdeeld.

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

*Dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig*

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

*Dwaling over andere aspecten van het rentederivaat*

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

- 3.6.8 Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op dwaling op de hiervoor beschreven wijze te beperken. In dit verband kan worden gewezen op de volgende aanknopingspunten. Volgens art. 6:228 lid 2 BW kan de vernietiging niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Art. 6:230 BW biedt bij dwaling de mogelijkheid om op verlangen van een van partijen, in plaats van vernietiging, de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen op een manier die het nadeel van de dwalende afdoende opheft. Buiten de regeling van de dwaling zijn te noemen art. 3:54 lid 2 BW, dat voor misbruik van omstandigheden eenzelfde regeling kent als art. 6:230 lid 2 BW, art. 6:278 BW, waarin de gevolgen van de ongedaanmaking van een overeenkomst worden beperkt indien aan de keuze van een partij om de overeenkomst te ontbinden of op andere wijze ongedaan te maken, mede ten grondslag ligt dat de verhouding in de waarde van de prestaties inmiddels in haar voordeel is veranderd, en art. 3:53 lid 2 BW, dat bepaalt dat de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid dat een beroep op algehele vernietiging wegens dwaling moet afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW indien dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
- 3.6.9 Als de overeenkomst aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank niet bestaat in het verrichten van betalingen, maar in het overnemen van het renterisico (de risico-uitleg; zie hiervoor in 3.6.4) sluit de aard van deze prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. Art. 6:210 lid 2 BW bepaalt voor zodanig geval dat, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van de ontvangst daarvan in de plaats treedt voor de ongedaanmaking, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Indien de dwaling van de cliënt geen

betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, maar uitsluitend op andere aspecten van het rentederivaat, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan, zal bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van de bank mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW, en zo nodig van art. 3:53 lid 2 BW, kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg.

- 3.6.10 Het is mogelijk dat een aan het product verbonden risico waarover de cliënt heeft gedwaald, zich niet heeft verwezenlijkt of zal verwezenlijken, zoals bijvoorbeeld het risico van een betalingsverplichting bij tussentijdse beëindiging in het geval dat de renteswap niet tussentijds beëindigd is. Deze omstandigheid sluit op zichzelf een beroep op dwaling wegens onbekendheid met dit risico niet uit. De cliënt heeft dit risico immers wel gelopen. Indien een beroep op dwaling in een dergelijk geval slaagt, kunnen de gevolgen daarvan op de hiervoor beschreven wijze worden beperkt, door na te gaan wat de cliënt ten tijde van het aangaan van de overeenkomst zou hebben gedaan als hij over het betrokken risico niet in dwaling zou hebben verkeerd.
- 3.6.11 Als er naast dwaling ook sprake is geweest van schending van een bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover die niet reeds is weggenomen door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed, indien deze vergoeding is gevorderd.
- 3.6.12 De tweede en de derde prejudiciële vraag worden op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. De omstandigheid dat de dwalende geen nadeel heeft ondervonden en zal kunnen ondervinden van zijn onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomst, staat niet eraan in de weg dat hij zich met succes beroept op dwaling (art. 6:228 BW). Hij zal daartoe moeten stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting aannemelijk moeten maken, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. Bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten ongerechtvaardigde resultaten als hiervoor in 3.6.6 bedoeld worden voorkomen. Daarom zal de dwalende cliënt, indien aannemelijk is dat hij ook bij afwezigheid van de dwaling voor afdekking van het renterisico zou hebben gekozen, zoveel mogelijk in de toestand moeten worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst op het onderdeel of de onderdelen van de overeenkomst waarover hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd. Als er naast dwaling sprake is geweest van schending van de bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed.

*Vraag 4 – Dwaling ten aanzien van onbekende aspecten?*

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

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

- 3.7.3 Voor een geslaagd beroep op dwaling vereist art. 6:228 lid 1 BW dat causaal verband bestaat tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst. De partij die zich op dwaling beroept zal dus aannemelijk moeten maken dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten (zie hiervoor in 3.6.3). Daarnaast is voor het beroep op dwaling nodig dat de wederpartij moest begrijpen dat de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap voor de dwalende van beslissende betekenis was. Het vereiste causaal verband dan wel de kenbaarheid daarvan voor de wederpartij ontbreekt in ieder geval als de omstandigheid waarop de gestelde dwaling betrekking heeft bij het sluiten van de overeenkomst in het geheel niet, of niet voor de wederpartij kenbaar, van belang is geweest (vgl. HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398 (Volta), rov. 3.4.3).
- 3.7.4 Met betrekking tot de door [eiseressen] gestelde dwaling ten aanzien van de in het renteswaptarief begrepen marge is de rechtbank blijkens haar hiervoor in 3.7.2 weergegeven overwegingen uitgegaan van het volgende. Het uit hoofde van een renteswap te betalen vaste rentetarief zal als een van de kernprestaties een relevant gegeven zijn voor de beslissing tot het al dan niet aangaan van de overeenkomst. Dit vaste rentetarief bepaalt immers de prijs die de cliënt aan de bank betaalt voor de afkoop van het renterisico dat hij loopt met de door hem afgesloten geldlening met variabele rente. Uit welke componenten het vaste rentetarief is opgebouwd, zal over het algemeen niet of minder van belang zijn voor de cliënt. Deze zal immers slechts de afweging maken of hij bereid is om het door de bank voorgestelde vaste rentetarief te betalen ter afdekking van het genoemde renterisico. Dit geldt temeer in gevallen waarin het door de bank voorgestelde vaste rentetarief door onderhandelingen tot stand is gekomen, waarbij – zoals de rechtbank heeft overwogen – vele factoren een rol spelen en waarbij partijen niet altijd inzicht hebben en behoeven te krijgen in elkaars beweegredenen. Aan deze overwegingen van de rechtbank doet niet af dat de opbouw van het vaste rentetarief onder bijzondere omstandigheden een relevant gegeven kan zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Degene die zich op dwaling beroept zal deze bijzondere omstandigheden dan moeten aanvoeren. Daarbij is van belang dat bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een bankmarge is verdisconteerd.
- 3.7.5 De vierde prejudiciële vraag beantwoordt de Hoge Raad op grond van het voorgaande als volgt. Voor een geslaagd beroep op dwaling is onder meer vereist dat de partij de overeenkomst bij afwezigheid van de dwaling niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten, en dat dit voor de wederpartij kenbaar was. Aan deze vereisten zal in het algemeen – behoudens bijzondere, door de partij die zich op dwaling beroept te stellen omstandigheden – niet zijn voldaan als het beroep op dwaling erop berust dat de bank geen melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van een bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de cliënt verschuldigde vaste rentetarief, of dat de bank geen inzicht heeft gegeven in de componenten waaruit het vaste rentetarief is opgebouwd.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor in 3.5.6, 3.6.12 en 3.7.5 weergegeven wijze;  
begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,-- aan de zijde van [eiseressen] en op € 1.800,-- aan de zijde van ABN AMRO.

Deze beslissing is gegeven door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 28 juni 2019.