

ECLI:NL:PHR:2025:214

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	28-02-2025
Datum publicatie	06-03-2025
Zaaknummer	24/00596
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Verbintenissenrecht. Financieel recht. Schending zorg- en mededelingsplichten bank bij adviseren over en aangaan renteswaps met klant in kader van financiering? Bankmarge. Rentevisie bank. Uitgangspunten vordering in licht voorwaarde voor financiering om renterisico af te dekken. Verjaring.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 24/00596

Zitting 28 februari 2025

CONCLUSIE

M.H. Wissink

In de zaak

[Stichting Administratiekantoor] [A]

(hierna: [Stichting Administratiekantoor])

tegen

Coöperatieve Rabobank U.A.

(hierna: Rabobank)

[Stichting Administratiekantoor] verwijt Rabobank onder meer schending van haar zorg- en mededelingsplichten bij het adviseren en aangaan van vier renteswaps, waarvan twee *forward starting* renteswaps, in 2007. Het hof heeft de vorderingen van [Stichting Administratiekantoor] afgewezen, deels op inhoudelijke gronden (zoals ten aanzien van de bankmarge in het rentetarief van de swaps en de rentevisie van de bank) en deels omdat deze zijn verjaard. [Stichting Administratiekantoor] klaagt in cassatie naar mijn mening vergeefs over het arrest van het hof.

1. Feiten¹

1.1 [A] B.V. en haar dochtervennootschappen (hierna tezamen: [dochtervennootschappen]) houden zich bezig met het ontwikkelen en kweken van en de handel in planten, bloembollen, zaden, gewassen en andere verwante producten. [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) was bestuurder van [A] B.V.

1.2 [dochtervennootschappen] hadden vanaf 2003 volledig variabelrentende financieringen afgesloten bij NIBC Bank N.V. (hierna: NIBC) en Fortis Nederland N.V. (hierna: Fortis). Aan uitbreiding van de financiering begin 2006 hebben NIBC en Fortis de voorwaarde verbonden dat het renterisico gedeeltelijk zou worden afgedekt door middel van een derivatencontract. Om aan deze voorwaarde te voldoen hebben [dochtervennootschappen] een rentecap met een hoofdsom van circa 17,5 miljoen afgesloten bij Fortis (hierna: de rentecap) en vier renteswaps voor een hoofdsom van in totaal 35 miljoen afgesloten bij NIBC en Fortis (hierna tezamen: de Fortis/NIBC renteswaps). Twee daarvan, één bij NIBC en één bij Fortis, waren *forward starting* renteswaps die gingen lopen na het verstrijken van de looptijd van de rentecap.

1.3 In 2007 hebben [dochtervennootschappen] zich tot Rabobank gewend met een verzoek om de financiering over te nemen. [dochtervennootschappen] hebben stukken verstrekt aan Rabobank, waaronder een op verzoek van Rabobank opgestelde notitie met een noodplan, met een overzicht van de mogelijkheden die [dochtervennootschappen] zagen om in geval van nood de schulden van de onderneming terug te brengen.

1.4 Rabobank heeft op 6 juli 2007 een financieringsvoorstel gedaan gevolgd door een financieringsvoorstel van 30 augustus 2007, dat [dochtervennootschappen] op 3 september 2007 hebben aanvaard. Daarmee sloten [dochtervennootschappen] de volgende financieringen af bij Rabobank:

- een maandelijks af te lossen 25-jarige geldlening van 23,45 miljoen, tegen de 3-maands Euriborrente en een variabele opslag;
- een rekening-courantkrediet van 13 miljoen tegen de 1-maands Euriborrente met een variabele opslag;
- een investeringskrediet van 7 miljoen tegen de 1-maands Euriborrente met een variabele opslag;
- twee maandelijks af te lossen Groenleningen van 2 miljoen en 4,55 miljoen tegen de 3-maands Euriborrente met een opslag van 0,25% en een looptijd tot en met 31 december 2011 respectievelijk 30 juni 2012.

1.5 Rabobank had als voorwaarde aan verstrekking van de financiering verbonden dat [dochtervennootschappen] de Fortis/NIBC renteswaps zouden handhaven dan wel minimaal 50% van het renterisico zouden afdekken met een bij Rabobank af te sluiten renteswap. [dochtervennootschappen] hebben bij Rabobank vier renteswaps afgesloten (hierna tezamen: de renteswaps):

- twee renteswaps met een looptijd van 1 juli 2007 tot 1 april 2021, een vaste rente van 3,95 % en een hoofdsom van 12 miljoen respectievelijk 8 miljoen;
- twee *forward starting* renteswaps met een looptijd van 1 juli 2010 tot 1 april 2021, een vaste rente van 4,15% en een hoofdsom van 9 miljoen respectievelijk 6 miljoen.

De door de bank te vergoeden variabele rente was de 3-maands Euribor. Daarnaast hebben [dochtervennootschappen] met toestemming van Rabobank de rentecap gecontinueerd.

1.6 Op 3 september 2007 hebben [dochtervennootschappen] een Overeenkomst Financiële Derivaten (hierna: OFD) gestoten met Rabobank, nadat Rabobank deze op 31 augustus 2007 aan hen had toegezonden. Artikel 3.3 OFD luidt als volgt:

"Bij deze Overeenkomst Financiële Derivaten behoren verder de navolgende documenten en de Klant verklaart daarvan een afschrift te hebben ontvangen:

I) Bijlage Informatie Financiële Derivaten;

II) Bijlage Verschaffing van Dekking."

Artikel 5.1 OFD luidt als volgt:

"De Bank heeft onder nader aan te geven omstandigheden de bevoegdheid om van de Klant voor de verplichtingen die voor de Klant voortkomen uit met de Bank verrichte Transacties Dekking te vragen op

basis van een door de Bank te specificeren percentage en berekeningsgrondslag. Dit percentage en deze berekeningsgrondslag worden door de Bank vastgesteld en aan de Klant meegedeeld en kunnen door de Bank van tijd tot tijd worden gewijzigd voor nieuwe en bestaande Transacties. (...)

1.7 De Bijlage Informatie Financiële Derivaten, november 2006, vermeldt, voor zover van belang:

"Otc-Transacties

De financiële derivaten zijn over-the-counter transacties (otc-transacties). Otc-transacties vinden rechtstreeks met een wederpartij plaats zoals de Bank en worden buiten de gereguleerde beurzen om aangegaan. Daarnaast zijn otc-transacties niet vrijelijk overdraagbaar. Indien u handelt op een gereguleerde beurs, dan houdt deze laatste toezicht op de handel. (...)

De Bank treedt bij de handel in financiële derivaten (otc transacties) altijd op als uw wederpartij, met een zelfstandig belang dat tegengesteld kan zijn aan uw belang. (...)

Rente swap

Door middel van een rente swap neemt u een renteprofiel met betrekking tot het zogenaamde nominaal bedrag op u. Indien u de betaler van de vaste rente bent loopt u het risico dat de door de Bank verschuldigde variabele rente lager is dan de vaste rente die u moet betalen. () Indien u de betaler van de variabele rente bent loopt u het risico dat het omgekeerde geval zich voordoet. Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit de rente swap dan u moet betalen. Dit risico loopt u op ieder van de dagen waarop onder de rente swap de variabele rente opnieuw wordt vastgesteld. De periode waarover u dit risico loopt is gelegen tussen de ingangsdatum en de einddatum van de renteswap. De hoogte van het nominaal bedrag waarop de rente swap betrekking heeft is eveneens van belang voor uw risico; hoe hoger het nominaal bedrag des te groter de omvang van uw mogelijke verlies. Het nominaal bedrag wordt niet uitgewisseld tussen u en de Bank, maar wordt alleen gebruikt voor de berekening van het bedrag aan vaste rente en het bedrag aan variabele rente."

1.8 De Bijlage verschaffing van dekking, november 2006, vermeldt, voor zover van belang:

"(...) Verder dient u zich te realiseren dat de Bank bij Transacties uw wederpartij is met een eigen belang dat tegengesteld kan zijn aan uw belang.

(...)

2 MTM waarde van Transacties

Aan een Transactie die met u wordt afgesloten wordt door de Bank een waarde toegekend volgens de market-to-market methodiek (de "MTM waarde"). (...)

De MTM waarde die een door u verrichte Transactie op een bepaald moment heeft is het bedrag dat, volgens de standaard berekeningsmethoden van de Bank, op dat moment bij beëindiging van die Transactie door u aan de Bank betaald moet worden of door u van de Bank ontvangen wordt om uw positie ten opzichte van de Bank uit hoofde van de desbetreffende Transactie te neutraliseren (...), uitgaande van de marktomstandigheden van dat moment. In die zin is de MTM waarde te beschouwen als de actuele marktwaarde van die Transactie. De MTM waarde van een Transactie kan voor u positief of negatief zijn.

De MTM waarden van de door u verrichte Transacties zullen voortdurend fluctueren in verband met de marktontwikkelingen. (...)

3 De bepaling van het risico waarvoor de Bank Dekking kan verlangen

Uw Mogelijke Financiële Verplichtingen worden bepaald door de voor u negatieve MTM waarden van met u afgesloten Transacties op te tellen. (...) U dient zich te realiseren dat, in verband met de voortdurende fluctuatie van de MTM waarden van uw Transacties, het mogelijk is dat het bedrag van uw Mogelijke Financiële Verplichtingen gedurende de looptijd van deze Transacties groter wordt, zodanig zelfs dat daardoor de waarde van de door u verschaft Dekking overschreden wordt (zie onder 7.). (...)

4 Wat geldt als Dekking?

Als Dekking voor uw Mogelijke Financiële Verplichtingen geldt het totaal van de voor u positieve MTM waarden van met u afgesloten Transacties. Verder wordt met u een bedrag afgesproken waarmee het totaal van de voor u negatieve MTM waarden van Transacties, het totaal van de voor u positieve MTM waarden van Transacties mag overschrijden (het "Afgesproken Bedrag"), zonder dat dit aanleiding geeft tot maatregelen door de Bank (zie onder 7.). (...)

7 Wat gebeurt er als er een tekort aan Dekking ontstaat?

Indien de waarde van de door u verschaft Dekking op enig moment lager wordt dan het bedrag van uw Mogelijke Financiële Verplichtingen neemt de Bank contact met u op om de verdere handelwijze inzake gesloten en voorgenomen Transacties en verschaft en te verschaffen Dekking met u te bespreken in het licht van uw financiële en bedrijfsomstandigheden alsdan. De Bank heeft recht te verlangen dat u onmiddellijk zodanig extra Dekking verschaft dat er geen tekort aan Dekking meer bestaat. Bij gebreke daarvan heeft de Bank het recht om uw positie uit hoofde van een of meer Transacties met een voor u negatieve MTM waarde te sluiten door beëindiging van die Transacties, zodanig dat het tekort aan Dekking wordt opgeheven. In geval van sluiting van Transacties dient u het Afrekeningsbedrag van die Transacties aan de Bank te betalen (zie de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank). (...)

Ingevolge de Algemene Voorwaarden van de Bank kan de Bank, indien de omstandigheden daartoe naar haar oordeel aanleiding geven, overigens altijd extra Dekking vragen. Indien u desgevraagd geen extra Dekking verschaft kan de Bank Transacties met voor u negatieve MTM waarden sluiten, zodanig dat het tekort aan Dekking daardoor opgeheven wordt. Over de aldus beëindigde Transacties wordt het Afrekeningsbedrag berekend dat u aan de Bank verschuldigd bent. (...) "

- 1.9 Op 3 september 2007 heeft [A] B.V. een Treasury Informatie Formulier (hierna: TIF) ondertekend, waarin staat dat "de instrumenten", zijnde de door haar aangeschafte derivaten, dienen tot het zo volledig mogelijk afdekken van rente- en valutarisicos en dat zij veel kennis hebben van valutatermijntransacties.
- 1.10 Op 13 september 2007 hebben NIBC en [A] B.V. een *cancellation agreement* gesloten met betrekking tot de twee bij NIBC afgesloten renteswaps met een hoofdsom van 8 miljoen respectievelijk 6 miljoen. Op 24 september 2007 hebben [A] B.V., Fortis en Rabobank een Overeenkomst tot contractsovername gesloten met betrekking tot de twee bij Fortis afgesloten renteswaps met een hoofdsom van 12 miljoen respectievelijk 9 miljoen. Op 1 oktober 2007 heeft Rabobank deze contractsovername bevestigd aan [A] B.V. die deze bevestigingen op 27 februari 2008 heeft ondertekend.
- 1.11 De op 1 oktober 2007 en 31 december 2007 door Rabobank aan [dochtervennootschappen] verstrekte Positie Overzicht Derivaten vermelden positieve marktwaardes van de renteswaps met een hoofdsom van 6 miljoen en 8 miljoen van in totaal 810.258 en van de vier renteswaps van in totaal 2.181.403. Eind 2008 zijn [dochtervennootschappen] ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer van Rabobank. De renteswaps hadden toen een positieve marktwaarde. Op 1 januari 2009 heeft Rabobank een Positie Overzicht Derivaten verstrekt aan [A] B.V., waarop een negatieve marktwaarde van de vier renteswaps van in totaal 641.233 vermeld staat.
- 1.12 Op 3 juni 2008 heeft NIBC aan (de toenmalige advocaten van) [dochtervennootschappen] geschreven:
"(...) Wij hebben de onderneming de keuze voorgelegd om de swaps ofwel af te wikkelen, hetgeen de onderneming een bedrag van meer dan EUR 500.000, = zou hebben opgeleverd, ofwel over te dragen aan de Rabobank. [Stichting Administratiekantoor] heeft voor de laatste optie gekozen. (...) "
- 1.13 Op 30 april 2009 is de opslag van het rekening-courantkrediet verhoogd van 1,5% naar 1,75%.
- 1.14 Gedurende de looptijd van de renteswaps heeft [A] B.V. twee nieuwe TIF's ondertekend, met een hoger Afgesproken Bedrag dan de TIF en hebben zij een nieuwe OFD gesloten met, voor zover van belang, nagenoeg dezelfde inhoud als de OFD.
- 1.15 Op 11 december 2018 hebben [dochtervennootschappen] door middel van een akte van cessie hun vorderingen op Rabobank overgedragen op [Stichting Administratiekantoor] .

2 Procesverloop

- 2.1 In deze procedure heeft [Stichting Administratiekantoor] primair de volgende vorderingen ingesteld:
 - een verklaring voor recht dat Rabobank in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld jegens

[dochtervennootschappen] in verband met (A) het adviseren/aangaan van de renteswaps en/of (B) het in rekening brengen van kosten en/of (verborgen) provisies en/of (C) het adviseren van de renteswaps in combinatie met de onderliggende financiering en/of het noodplan (vordering 1);

- veroordeling van Rabobank tot betaling van een schadevergoeding van 64.661,- inzake verborgen provisies (vordering 2);

- veroordeling van Rabobank tot betaling van een schadevergoeding inzake teveel betaalde rente onder de renteswaps van, kort gezegd, 15.558.116, althans 16.620.981, althans 15.589.685, althans verwijzing naar een schadestaatprocedure (vordering 3);

- veroordeling van Rabobank tot betaling van een schadevergoeding van 8.979.616,- inzake de *overhedge* (vordering 4);

- veroordeling van Rabobank tot betaling van een voorschot van 1.000.000 in verband met de opslagverhogingen (vordering 5) en verwijzing naar de schadestaatprocedure (vordering 6); en

- veroordeling van Rabobank tot betaling van de kosten ter vaststelling van de schade (vordering 7) en tot betaling van de juridische kosten (vordering 8).

[Stichting Administratiekantoor] heeft zich voorts beroepen op ontbinding (vorderingen 9-10), dwaling (vordering 11-

13), onrechtmatige daad (vorderingen 14-15); de redelijk en billijkheid (vorderingen 16-17) en ongerechtvaardigde verrijking (vorderingen 18-19).

2.2 Alvorens de afzonderlijke vorderingen te beoordelen, overwoog het hof:

"4.2 [Stichting Administratiekantoor] verwijst ter onderbouwing van haar vorderingen naar de volgende door haar gestelde kenmerken en risico's van de renteswaps: 1. handel op niet-reguliere/niet-gereguleerde beurs, 2. (aanzienlijke) negatieve waarde, 3. verhoogd risicoprofiel (Afgesproken Bedrag), 4. marginverplichtingen, 5. opslagverhogingen, 6. liquiditeitsrisico, 7. mismatch/*overhedge*, 8. *forward starting*, 9. portefeuill hedge (bij andere bank), 10. verborgen provisie, 11. inflexibel product, 12. problemen bij vervroegde aflossing en 13. problemen bij herfinanciering. Zij stelt voorts dat de renteswaps in strijd waren met in de kredietovereenkomsten opgenomen bepalingen over vervroegde aflossing en renteconversie, althans deze frustreerden, zonder dat Rabobank daarvoor gewaarschuwd had.

4.3 [dochtervennootschappen] hadden voorafgaand aan het afsluiten van de Fortis/NIBC renteswaps niet eerder een renteswap afgesloten. Het hof neemt veronderstellenderwijs aan dat [dochtervennootschappen] niet-professionele beleggers waren in de zin van art. 1:1 Wet op het financieel toezicht (Wft) en dat hun rechtsverhouding met Rabobank moet worden gekwalificeerd als een adviesrelatie. In dit kader staat vast dat Rabobank de herfinanciering heeft verstrekt onder de voorwaarde dat [dochtervennootschappen] een renteswap bij Rabobank zou afsluiten die minimaal 50% van het renterisico van de financieringen afdekte als de Fortis/NIBC renteswaps niet zouden worden gehandhaafd."

2.3 Vervolgens heeft het hof de vorderingen 1-8 beoordeeld (rov. 4.4-4.13).

Het hof verwierp de stellingen dat Rabobank haar zorgplicht had geschonden omdat Rabobank geen melding had gemaakt van een bankmarge (rov. 4.5), omdat Rabobank gehouden zou zijn haar rentevisie met [dochtervennootschappen] te delen (rov. 4.6), omdat de renteswaps in strijd waren met dan wel consequenties hadden voor de vervroegde aflossing en renteconversie (rov. 4.7) en omdat Rabobank [dochtervennootschappen] had moeten informeren over de positieve waarde van de Fortis/NIBC renteswaps bij tussentijdse beëindiging (rov. 4.8). Ook vordering 4, die stoelt op de door [Stichting Administratiekantoor] gestelde *overhedge*, heeft het hof afgewezen (rov. 4.10).

Voor het overige is het hof niet toegekomen aan een beoordeling of Rabobank een zorgplicht heeft geschonden bij het adviseren en aangaan van de renteswaps. Het hof verwierp het aan de schadevergoedingsvordering 3 ten grondslag liggende uitgangspunt dat [dochtervennootschappen] zonder de gestelde zorgplichtschendingen de renteswaps niet zouden hebben afgesloten maar een volledig variabel rentende lening zouden hebben verkregen of dat zij het renterisico van de leningen

met een rentecap zouden hebben afgedekt (rov. 4.9).

Ten aanzien van vordering 5 en 6 oordeelde het hof dat deze vorderingen zijn verjaard (rov. 4.11-4.12.3).

Nu de vorderingen 2 tot en met 6 niet toewijsbaar zijn, is er volgens het hof geen belang bij de verklaring voor recht van vordering 1. De vorderingen 7 en 8 zijn afhankelijk van vorderingen 2 tot en met 6 en zijn dus niet toewijsbaar (rov. 4.13).

2.4 Het hof verwerpt vervolgens ook de overige vorderingen. Bij de beoordeling van de op dwaling gebaseerde vorderingen 11-13 verwijst het hof terug naar hetgeen hij met betrekking tot de verjaring van vordering 5 en 6 heeft overwogen (rov. 4.15) en ook op zijn oordeel in rov. 4.6 over het niet mededelen van de rentevisie (rov. 4.17.2).

2.5 [Stichting Administratiekantoor] heeft bij procesinleiding van 21 februari 2024 tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Rabobank heeft geconcludeerd tot verwerping van dat beroep en zelf voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [Stichting Administratiekantoor] heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidentele beroep. Rabobank heeft haar standpunt schriftelijk toegelicht. [Stichting Administratiekantoor] heeft daarop bij repliek gereageerd.

3 Bespreking van het middel in het principale cassatieberoep

3.1 Het principale cassatiemiddel bevat zes onderdelen. Deze gaan over de verwerping van de op zorgplichtschendingen gebaseerde vorderingen 1-8 en, wat de verjaring betreft, tevens over de verwerping van de op dwaling gebaseerde vorderingen 11-13.

Het middel klaagt dat het hof in rov. 4.9 niet beoordeelt of Rabobank een zorgplicht heeft geschonden (onderdeel 1) en klaagt aansluitend over het deels op rov. 4.9 voortbouwende oordeel in rov. 4.10 over de *overhedge* (onderdeel 2).

Voorts klaagt het middel over de oordelen in rov. 4.5 over de bankmarge (onderdeel 3) en in rov. 4.6 over het niet mededelen van de rentevisie (onderdeel 5).

Verder klaagt het middel dat het hof in rov. 4.8-4.10 ontoereikend reageert op de stellingen van [Stichting Administratiekantoor] over de tekortkoming van Rabobank (onderdeel 4).

Tot slot klaagt het middel over het oordeel in rov. 4.12.2 en 4.15 over de verjaring (onderdeel 6).

Ik bespreek de onderdelen van het middel in de hiervoor aangegeven volgorde.

Onderdeel 1; geen oordeel over zorgplichtschending

3.2 In rov. 4.9 verwerpt het hof het standpunt van [Stichting Administratiekantoor] dat [dochtervennootschappen] zonder de gestelde zorgplichtschendingen niet de renteswaps zouden hebben afgesloten, maar zouden hebben gekozen voor een volledig variabelrentende financiering dan wel een rentecap. Het hof overwoog:

"4.9 Het aan vordering 3 ten grondslag gelegde uitgangspunt dat [dochtervennootschappen] zonder de gestelde zorgplichtschendingen de renteswaps niet zouden hebben afgesloten maar wel (primair) volledig variabelrentend zouden zijn gefinancierd of dat zij (subsidiair en meer subsidiair) het renterisico van de leningen met een rentecap zouden hebben afgedekt, kan niet worden aanvaard. Vast staat immers dat Rabobank, zoals haar als contractspartij vrij stond, als expliciete voorwaarde voor het verstrekken van financieringen had gesteld dat [dochtervennootschappen] een renteswap bij Rabobank zou afsluiten die minimaal 50% van het renterisico van de financieringen afdekte als de Fortis/NIBC renteswaps niet zouden worden gehandhaafd. Deze in het financieringsvoorstel van 6 juli 2007 opgenomen voorwaarde, waarvan partijen als uitgangspunt nemen dat die gold voor de verstrekte herfinanciering, luidt als volgt:

"Wij gaan ervanuit dat de huidige rentederivaten, thans afgesloten bij Fortis/NIBC, gehandhaafd blijven. Indien en voorzover deze contracten ontbonden worden verplichten kredietnemers zich om minimaal 50% van het renterisico voortvloeiende uit de thans geoffreerde faciliteit in te dekken via Rabobank Regio Schiphol."

Gelet op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze voorwaarde mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, ziet deze voorwaarde op het gehele pakket aan financieringen dat Rabobank offereerde aan [dochtervennootschappen] , inclusief het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet. Feiten en omstandigheden die tot een andere uitleg zouden kunnen leiden, zijn niet (voldoende) gesteld of gebleken.

[dochtervennootschappen] hebben deze voorwaarde aanvaard. Het kan in deze zaak dus niet gaan om de vraag óf Rabobank [dochtervennootschappen] een renteswap mocht adviseren of aanbieden; vaststaat dat er bij herfinanciering door Rabobank een renteswap moest komen die het renterisico van minimaal 50% van de totale financiering bij Rabobank afdekte. Vordering 3 moet reeds hierom worden afgewezen.”

3.3 Het onderdeel klaagt over de overweging dat het in deze zaak dus niet kan gaan om de vraag óf Rabobank [dochtervennootschappen] een renteswap mocht adviseren of aanbieden.

In de omstandigheden van dit geval mocht Rabobank niet volstaan met het stellen van een voorwaarde dat renteswaps zouden worden afgesloten, zonder dat zij [dochtervennootschappen] daarover deugdelijk had geïnformeerd en geadviseerd. Het oordeel van het hof komt erop neer dat Rabobank ontslagen zou zijn van haar zorgplicht door deze voorwaarde te stellen, aldus het onderdeel. Volgens onderdeel 1 onder a is dit oordeel daarom onjuist.

Het oordeel is voorts onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd, omdat [Stichting Administratiekantoor] uitvoerig onderbouwd heeft gesteld dat en waarom [dochtervennootschappen] niet bekend waren met de risico's van renteswaps en Rabobank hen daarover niet voldoende ingelicht heeft (onderdeel 1 onder b) en omdat [Stichting Administratiekantoor] uitvoerig gemotiveerd heeft gesteld dat renteswaps voor [dochtervennootschappen] ongeschikt waren (onderdeel 1 onder c).

3.4.1 Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Zij slagen naar mijn mening niet, omdat zij berusten op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en daarom feitelijke grondslag missen.

.3.4.2 Vordering 3 is een op een zorgplichtschendingen van Rabobank gebaseerde vordering tot schadevergoeding ter zake van onder de renteswaps teveel betaalde rente (rov. 4.1). Aan deze vordering ligt het uitgangspunt ten grondslag dat [dochtervennootschappen] zonder de gestelde zorgplichtschendingen de renteswaps niet zouden hebben afgesloten, maar zouden hebben gekozen voor een 100% variabele financiering of rentecap. Het middel klaagt niet over deze lezing van vordering 3 door het hof in rov. 4.9.

In rov. 4.9 oordeelt het hof slechts dat dit uitgangspunt niet opgaat, omdat Rabobank als voorwaarde voor het verstrekken van financieringen had gesteld dat ingeval de Fortis/NIBC renteswaps niet zouden worden gehandhaafd het renterisico op de leningen voor minimaal 50% zou worden afgedekt met een renteswap en [dochtervennootschappen] deze voorwaarde hebben aanvaard, waardoor vaststaat dat er bij de herfinanciering door de Rabobank een renteswap moest worden afgesloten die het renterisico van minimaal 50% van de totale financiering bij Rabobank afdekte. Met andere woorden, het uitgangspunt dat zonder zorgplichtschendingen er een alternatief zou zijn gekomen in de vorm van een geheel variabele lening of rentecap, gaat niet op. Het principale middel bestrijdt niet de uitleg door het hof van de in het financieringsvoorstel van 6 juli 2007 opgenomen voorwaarde.²

3.4.3 Het hof heeft daarmee niet miskend dat een bank die bij het sluiten van een kredietovereenkomst het aangaan van een renteswap als voorwaarde stelt, niet wordt ontslagen van haar verplichtingen uit de bijzondere zorgplicht of uit een adviesrelatie. Het hof heeft over de inhoud van de zorgplichten van Rabobank in de bestreden overweging geen oordeel gegeven. Het hof oordeelt slechts dat de genoemde voorwaarde in de weg staat aan het uitgangspunt dat aan vordering 3 ten grondslag ligt. De door het onderdeel bestreden voorlaatste zin van rov. 4.9 moet ook in dit licht gelezen worden: nu het uitgangspunt dat aan de vordering ten grondslag ligt, gelet op de door Rabobank gestelde voorwaarde, niet opgaat, komt het hof niet meer toe aan de vraag of er sprake is geweest van een zorgplichtschending.

Onderdeel 2; overhedge

3.5 Dit onderdeel richt zich tegen de verwerping in rov. 4.10 van het standpunt van [Stichting Administratiekantoor] dat er sprake is van een *overhedge*. Het hof overwoog:

"4.10 Vordering 4 stoelt op een door [Stichting Administratiekantoor] gestelde *overhedge*.³ Daarvoor geldt als algemeen aanvaard uitgangspunt dat Rabobank als aanbieder van derivaten uit hoofde van haar bancaire zorgplicht de verantwoordelijkheid heeft om ervoor te zorgen dat de rentederivaten wat betreft hun nominale waarde, hun looptijd en hun rentetarief aansluiten bij de onderliggende leningen waarvan het renterisico wordt afgedekt. Dat is een eigen verantwoordelijkheid van Rabobank, die niet wordt weggenomen door de wijze waarop [dochtervennootschappen] eerder bij Fortis en NIBC het renterisico hadden afgedekt. Van Rabobank kon worden verwacht dat zij bij het aanbieden van de renteswaps ter voldoening aan de door haar gestelde voorwaarde ervoor zorgdroeg dat deze aansloten op de onderliggende financieringen. De door [Stichting Administratiekantoor] gestelde *overhedge* is gegrond op de stelling dat het rekeningcourantkrediet en het investeringskrediet zich niet lenen voor afdekking met rentederivaten. Volgens [Stichting Administratiekantoor] kon daarom een maximale hoofdsom van 30 miljoen met renteswaps worden afgedekt. Nu minimaal 35 miljoen werd afgedekt met de renteswaps en de rentecap, is de hoofdsom van de renteswaps volgens [Stichting Administratiekantoor] te hoog. Dit betoog stuit reeds af, zoals hiervoor overwogen, op het feit dat de aan het verstrekken van financiering door Rabobank verbonden voorwaarde van afdekking van minimaal 50% van het renterisico met een renteswap betrekking had op het gehele pakket aan financieringen, inclusief het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet. Verder heeft Rabobank concreet en onderbouwd toegelicht dat de hoofdsom van de aan [dochtervennootschappen] verstrekte financieringen niet lager is geweest dan 35 miljoen. Vordering 4 zal daarom worden afgewezen."

3.6 Subonderdeel 2.1 onder a en b klaagt over de overweging dat het betoog van [Stichting Administratiekantoor] dat het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet zich niet lenen voor afdekking met rentederivaten reeds zou afstuiten "*op het feit dat de aan het verstrekken van financiering door Rabobank verbonden voorwaarde van afdekking met minimaal 50% van het renterisico met een renteswap betrekking had op het gehele pakket aan financieringen, inclusief het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet.*"

Volgens subonderdeel is het hof ten onrechte tot dit oordeel gekomen, omdat (i) niet valt in te zien waarom door het stellen van die voorwaarde renteswaps die zich niet lenen voor rekening-courantkrediet en het investeringskrediet ineens wel geschikt zouden zijn voor het afdekken van het renterisico ter zake van beide kredieten, (ii) Rabobank met het stellen van deze voorwaarde in elk geval niet was ontslagen van haar verplichting om [dochtervennootschappen] deugdelijk te adviseren en (iii) zonder nadere toelichting, die ontbreekt, aangenomen moet worden dat een rentederivaat zich niet leent voor afdekking als vorenbedoeld.

3.7 Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

Vordering 4 is een op zorgplichtschending van Rabobank gebaseerde vordering tot schadevergoeding ter zake van een gestelde *overhedge* (rov. 4.1). Aan de vordering ligt de stelling ten grondslag dat het rekeningcourantkrediet en het investeringskrediet zich niet lenen voor afdekking met rentederivaten, zodat de hoofdsom van de rentederivaten te hoog is. Dit stuit volgens het hof af op de omstandigheid dat de door Rabobank gestelde en door [dochtervennootschappen] aanvaarde voorwaarde van afdekking van minimaal 50% van het renterisico, betrekking had op het gehele pakket aan financieringen inclusief het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet.

Het hof heeft hiermee geen oordeel gegeven over de geschiktheid van renteswaps voor het afdekken van renterisico op rekening-courantkredieten en investeringskredieten, maar oordeelt slechts dat wat partijen zijn overeenkomen in de weg staat aan de toewijsbaarheid van vordering 4. Hierop stuiten de argumenten (i) en (iii) van het onderdeel af.

Argument (ii) van het onderdeel faalt op dezelfde gronden als onderdeel 1.

3.8 Subonderdeel 2.2 klaagt dat het hof de afwijzing van vordering 4 ten onrechte mede doen berusten op de overweging dat "*Rabobank concreet en onderbouwd [heeft] toegelicht dat de hoofdsom van de aan [dochtervennootschappen] verstrekte financieringen niet lager is geweest dan 35 miljoen.*"

3.9 Volgens subonderdeel 2.2 onder a valt niet in te zien waarom het feit dat de financieringen een bepaalde hoogte bereikt hadden (niet lager dan 35 miljoen) redengevend of mede redengevend zou

kunnen zijn voor de verwerping van het in rov. 4.10 vermelde betoog van [Stichting Administratiekantoor] dat rentederivaten zich niet lenen voor afdekking van een rekening-courantkrediet en investeringskrediet. Gezien de stellingen die [Stichting Administratiekantoor] bij memorie van grieven betrokken heeft, heeft het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

- 3.10 Subonderdeel 2.2 onder a berust op een onjuiste lezing van de bestreden overweging en faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 4.10 immers geen oordeel gegeven over de vraag of rentederivaten zich lenen voor afdekking van een rekening-courantkrediet en investeringskrediet (zie hiervoor in 3.7). Het hof bouwt voort op de door partijen gemaakte afspraak dat de afdekking van het renterisico ook zou zien op het rekening-courantkrediet en het investeringskrediet. De overweging dat Rabobank heeft toegelicht dat de hoofdsom van de financieringen niet lager is geweest dan 35 miljoen, moet worden gelezen in verband met de stelling van [Stichting Administratiekantoor] dat minimaal 35 miljoen werd afgedekt met de renteswaps en rentecap. Dat wijst niet op het bestaan van een *overhedge*.
- 3.11 Volgens subonderdeel 2.2 sub b mocht het hof niet zonder meer uitgaan van de stelling van Rabobank dat de hoofdsom van de aan [dochtervennootschappen] verstrekte financiering niet lager zou zijn dan 35 miljoen.
- 3.12 Deze klacht faalt omdat het hof heeft overwogen dat Rabobank haar standpunt concreet en onderbouwd heeft toegelicht. Het hof is dus anders dan de klacht veronderstelt niet zonder meer uitgegaan van de stelling van Rabobank. De klacht beargumenteert niet (onder verwijzing naar vindplaatsen in de processtukken) dat het oordeel van het hof onvoldoende of onbegrijpelijk gemotiveerd zou zijn.

Onderdeel 3; bankmarge (provisie)

- 3.13 Dit onderdeel klaagt over het oordeel in rov. 4.5 over de bankmarge. Het hof overwoog:
- “4.5 Als algemeen bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten kosten en een bankmarge zijn verdisconteerd. De omstandigheid dat een bank geen melding maakt van de bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de cliënt verschuldigde vaste rentetarief en dat de bank geen inzicht geeft in de componenten waaruit het vaste rentetarief is opgebouwd, levert in het algemeen geen voldoende grond op voor een geslaagd beroep op zorgplichtschending. [Stichting Administratiekantoor] heeft geen (voldoende) bijzondere omstandigheden gesteld die dat in dit geval anders zouden maken. Het hof tekent hierbij aan dat in de schriftelijke toelichtingen ter zake een renteswap is vermeld dat geen premie voor een renteswap wordt betaald. Anders dan [Stichting Administratiekantoor] wellicht meent, is dit op zich juist, omdat premie ziet op een bedrag dat betaald moet worden aan een derde om een uitkering van die derde te verkrijgen. Daarvan is hier geen sprake. Vordering 2 en, voorzover betrekking hebben op kenmerk 10, vordering 3 dienen daarom te worden afgewezen.”
- 3.14 Het onderdeel klaagt over de motivering van het oordeel dat [Stichting Administratiekantoor] geen (voldoende) bijzondere omstandigheden heeft gesteld die in dit geval zouden meebrengen dat sprake is van een zorgplichtschending doordat Rabobank geen melding heeft gemaakt van de bankmarge als onderdeel van het rentetarief. Volgens het subonderdeel is dit oordeel onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd in het licht van de in de klacht bedoelde omstandigheden die [Stichting Administratiekantoor] in de memorie van grieven heeft aangevoerd.
- 3.15 Deze klacht faalt naar mijn mening. Het hof heeft voorop gesteld dat het niet vermelden van de bankmarge in het algemeen geen voldoende grond oplevert voor een geslaagd beroep op zorgplichtschending.⁴ Het oordeel dat [Stichting Administratiekantoor] geen (voldoende) bijzondere omstandigheden heeft gesteld die dat in dit geval anders zouden maken, berust op een aan het hof als feitenrechter voorbehouden afweging van de omstandigheden van het geval. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering in het licht van de door het onderdeel aangehaalde stellingen van [Stichting Administratiekantoor]. Deze stellingen zijn, blijkens de vindplaatsen in de memorie van grieven waarnaar het onderdeel verwijst, door [Stichting Administratiekantoor] aangevoerd in het kader van haar betoog dat zij heeft gedwaald ten aanzien van de dertien door het hof in rov. 4.2 genoemde kenmerken van renteswaps, waaronder kenmerk 10 (verborgen provisie). De in het onderdeel onder a-l genoemde omstandigheden zijn voorts tamelijk algemeen van aard en

hebben niet specifiek betrekking op kenmerk 10.

Onderdeel 5; rentevisie

- 3.16 Ik bespreek nu eerst onderdeel 5. Dit onderdeel klaagt over het oordeel in rov. 4.6 dat Rabobank niet gehouden was haar rentevisie met [dochtervennootschappen] te delen. Het hof overwoog:

"4.6 Rabobank was niet gehouden haar rentevisie met [dochtervennootschappen] te delen. Het is immers, ook voor een bank, onzeker hoe de marktrente zich zal ontwikkelen (vooral op de langere termijn). Een verwachting van de bank daarover kan die onzekerheid niet uitbannen en heeft in zoverre maar betrekkelijke waarde. Verder kan het, zelfs indien een bank een daling van de marktrente verwacht, verstandig zijn dat iemand die nadelige gevolgen kan ondervinden van een mogelijke stijging van de marktrente zich indekt tegen het risico dat de marktrente (tegen de verwachting van de bank in) zal stijgen. Zonder bijkomende omstandigheden, die hier niet zijn gesteld, kan niet als juist worden aanvaard dat een bank die een renteswap aangaat met een wederpartij ter indekking tegen renterisico, per definitie haar renteverwachting aan de wederpartij moet meedelen om te voorkomen dat deze zich met succes op schending van de zorgplicht kan beroepen."

- 3.17 Het onderdeel bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten zowel het uitgangspunt dat de Rabobank niet gehouden was haar rentevisie te delen (subonderdeel 5.1) als het oordeel dat geen sprake is van bijkomende omstandigheden (subonderdeel 5.2).

Volgens subonderdeel 5.1 is een bank in het kader van een adviesrelatie gehouden om haar klant te informeren over de kansen op een rentestijging, dan wel daling ook al kan daarover uiteraard geen enkele zekerheid worden verstrekt.

Subonderdeel 5.2 betoogt dat, omdat een renteswap een ingewikkeld en risicovol product is, het tot de zorgplicht van een bank behoort, zeker in het kader van een adviesrelatie, om vanuit haar deskundigheid de klant te informeren over haar renteverwachting mede in verband met het risico dat de klant loopt als het een langdurige verplichting gaat.

Dit geldt zeker nu [Stichting Administratiekantoor] gesteld heeft dat Rabobank aan haar medegedeeld heeft dat de rente ging stijgen en dat [Stichting Administratiekantoor] vertrouwde op het advies van de bank. Rabobank publiceert ieder kwartaal renteprognoses, zij heeft echter verzuimd deze met [Stichting Administratiekantoor] te delen en/of te bespreken, aldus de klacht.

- 3.18 Ik bespreek eerst subonderdeel 5.2. Het subonderdeel slaagt naar mijn mening niet. Het hof overwoog dat zonder bijkomende omstandigheden niet als juist kan worden aanvaard dat een bank die een renteswap aangaat met een wederpartij ter afdekking van renterisico, per definitie haar renteverwachting aan de wederpartij moet meedelen om te voorkomen dat deze zich met succes op schending van de zorgplicht kan beroepen. Het hof onderkent met dit uitgangspunt dat zich omstandigheden kunnen voordoen die meebrengen dat de bank gehouden is haar renteverwachting aan de wederpartij mede te delen. Dit subonderdeel bestrijdt dit uitgangspunt niet. Het subonderdeel betoogt dat in beginsel van dergelijke bijkomende omstandigheden sprake is gezien de aard van het product en het risico dat de klant loopt, en voegt daaraan toe dat dit zeker het geval is in een adviesrelatie. Dit kan naar mijn mening niet worden aangenomen.

- 3.19 Voor zover het subonderdeel het oog heeft op de bijzondere zorgplicht van de bank, geldt het volgende. Deze plicht strekt ertoe partijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.⁵ Zoals het hof overweegt, kan het verstandig zijn dat iemand die nadelige gevolgen kan ondervinden van een mogelijke stijging van de marktrente, zich indekt tegen het risico dat de marktrente (tegen de verwachting van de bank in, of op een later moment dan waarop de rentevisie betrekking heeft) zal stijgen. In het licht hiervan, valt niet zonder meer in te zien dat de bank uit hoofde van haar bijzondere zorgplicht de cliënt in beginsel zou dienen te informeren over haar renteverwachtingen voor een bepaalde periode. Het middel bestrijdt niet de overweging van het hof dat ook voor de bank onzeker is hoe de marktrente zich, vooral op de langere termijn, zal ontwikkelen.

- 3.20.1 Voor zover het subonderdeel het oog heeft op de zorgplicht van de bank uit hoofde van een adviesrelatie, geldt het volgende. De kern van een uit een adviesrelatie voortvloeiende verplichting tot advisering is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint.⁶ Dit kan een aanbeveling zijn om het

renterisico af te dekken bij variabel rentende financieringsvormen (los hiervan is denkbaar dat de bank slechts wil financieren als het renterisico wordt afgedekt).

- 3.20.2 Het subonderdeel neemt mijn inziens ten onrechte tot uitgangspunt dat in elke adviesrelatie tussen een bank en een cliënt in beginsel moet worden medegedeeld wat de renteverwachting van de bank is "in verband met het risico dat de klant loopt als het om een langdurige verplichting gaat". Het subonderdeel heeft daarbij het oog op financiële risico's.⁷

Waartoe een bank in het licht van haar adviesrelatie met een klant is gehouden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Een zo algemene regel als door het subonderdeel wordt verdedigd, vindt daarom ook als men aanneemt dat het subonderdeel het oog heeft op een cliënt die een niet professionele belegger in de zin van art. 1:1 Wft is geen steun in het recht. Het subonderdeel specificeert bijvoorbeeld niet op welke periode de renteverwachting zou moeten zien, bijvoorbeeld een termijn van 3 of 12 maanden dan wel de zoals in dit geval: aanzienlijke langere termijn waarop de financiering ziet. Het subonderdeel lijkt gezien de verwijzing naar de kwartaal renteprognoses van Rabobank het oog te hebben op renteverwachtingen van de bank voor een kortere termijn. Indien het gaat om een relatief korte termijn, is de relatie met een langlopende financiering om de door het hof genoemde redenen niet evident. Dat de bank over (veel) langere periodes een renteverwachting heeft, wordt door Rabobank bestreden⁸ en kan in cassatie niet tot uitgangspunt dienen.

- 3.20.3 In het verlengde van het voorgaande faalt ook de motiveringsklacht van het subonderdeel. In rov. 4.6 ligt besloten dat het hof de stelling van [Stichting Administratiekantoor] dat Rabobank aan haar heeft medegedeeld dat de rente ging stijgen, die door Rabobank is bestreden,⁹ onvoldoende heeft geacht voor het oordeel dat Rabobank in dit geval bij het aangaan van de renteswaps haar renteverwachtingen op de, naar ik begrijp, kortere termijn had moeten mededelen. Dit oordeel berust op een aan het hof als feitenrechter voorbehouden afweging van de omstandigheden van het geval. Gelet op het voorgaande is dit oordeel niet onbegrijpelijk en behoefde het geen nadere motivering.

- 3.21 In het verlengde van het voorgaande faalt eveneens de klacht van subonderdeel 5.1. Uit de bespreking van subonderdeel 5.2 volgt dat, a fortiori, een zo algemene regel als door subonderdeel 5.1 wordt verdedigd, geen steun vindt in het recht.

Onderdeel 4; tekortkoming

- 3.22 Dit onderdeel wijst erop dat [Stichting Administratiekantoor] heeft gesteld dat Rabobank deugdelijke informatie had moeten verstrekken over de renteswaps met een waarschuwing voor de risico's, hetgeen Rabobank nagelaten heeft. Volgens subonderdeel 4.1 heeft het hof dit miskend in rov. 4.8-4.10. Volgens het subonderdeel 4.2 heeft het hof niet of ontoereikend op de stellingen van [Stichting Administratiekantoor] gerepsondeerd.

- 3.23 Beide subonderdelen falen reeds omdat zij verzuimen met bepaaldheid en precisie te vermelden waarom door het hof in de rov. 4.8-4.10 het recht is geschonden dan wel deze overwegingen onvoldoende gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk zijn.¹⁰ Bovendien heeft het hof onderkend dat [Stichting Administratiekantoor] aan haar vorderingen de in rov. 4.2 opgesomde kenmerken en risico's van renteswaps ten grondslag heeft gelegd. In rov. 4.8 t/m 4.10 gaat het hof echter in op enkele uitgangspunten die [Stichting Administratiekantoor] aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd en oordeelt van elk van deze uitgangspunten dat zij niet opgaan. Het hof heeft over de inhoud van de zorgplichten van Rabobank in de bestreden overwegingen geen oordeel gegeven en is zodoende ook niet toegekomen aan hetgeen [Stichting Administratiekantoor] in dat kader heeft gesteld.

Onderdeel 6; verjaring

- 3.24 Het hof heeft het in rov. 4.12.1, in cassatie onbestreden, het relevante beoordelingskader uiteengezet voor verjaring op de voet van art. 3:310 lid 1 BW. Tamelijk kort na het wijzen van het arrest van het hof heeft HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18, het kader als volgt weergegeven:¹¹

"3.5 Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat

om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, is afhankelijk van de relevante omstandigheden van het geval.

3.6 Het voorgaande betekent dat de rechter dient te beoordelen of de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op (i) de schade dus dat nadeel wordt geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van een derde en (ii) de aansprakelijke persoon. Bij de beoordeling of de benadeelde daadwerkelijk bekend was met het tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon dient de rechter te betrekken of de benadeelde over de kennis en het inzicht beschikte om de deugdelijkheid van het handelen te kunnen beoordelen.

3.7 () Ook zonder bekendheid met de inhoud van de zorgplicht van de bank kan de cliënt voldoende zekerheid hebben dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de bank.”

3.25 Onderdeel 6 richt zich in de subonderdelen 6.1-6.4 tegen rov. 4.12.2. Het hof honoreerde het beroep van Rabobank op verjaring van de schadevorderingen 5 en 6 ter zake van de opslagverhogingen. Het hof overwoog over de aanvang van de verjaringstermijn:

“4.12.2 Op 30 april 2009 werden [dochtervennootschappen] via de toen door Rabobank doorgevoerde opslagverhoging met hogere rentelasten geconfronteerd (zie 3.13). [dochtervennootschappen] hadden toen voldoende zekerheid, die geen absolute zekerheid behoeft te zijn, van schade door verhoging van de opslag. Er is geen bijzondere expertise voor nodig om deze schade als gevolg van (het doorvoeren van) de opslagverhogingen te onderkennen en het verband met Rabobank te leggen. [dochtervennootschappen] waren toen daadwerkelijk in staat een vordering in te stellen. [Stichting Administratiekantoor] kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de verjaringstermijn pas is gaan lopen toen [dochtervennootschappen] door het juridisch advies van Lean Lawyers van 25 juli 2017 achter de schadelijke gevolgen van de renteswaps kwamen en zij door het rapport van ICC in 2020 bekend raakte met de kenmerken en risico's van de renteswaps en de schending van de zorgplicht. De verjaringstermijn van de vorderingen 5 en 6 is dus op 1 mei 2009 gaan lopen.”

3.26 Volgens subonderdeel 6.1 ziet het hof eraan voorbij dat uit het enkele feit dat er geen bijzondere expertise voor nodig is om de schade als gevolg van (het doorvoeren van) de opslagverhogingen te onderkennen en het verband met Rabobank te leggen, niet kan volgen dat [dochtervennootschappen] reeds daadwerkelijk in staat zou zijn geweest om een rechtsvordering in te stellen. Zoals geoordeeld in HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, dient de benadeelde voldoende zekerheid te hebben verkregen dat *de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon*, terwijl het hof slechts tot de vaststelling is gekomen dat [dochtervennootschappen] wat betreft deze schade als gevolg van het (doorvoeren van) de opslagverhogingen *het verband met Rabobank* konden leggen. Deze vaststelling houdt niet in dat [dochtervennootschappen] voldoende zekerheid verkregen hadden dat door tekortschietend of foutief handelen van Rabobank die schade veroorzaakt is. Het hof heeft de in rov. 4.12.1 geëxpliciteerde maatstaf dan ook miskend dan wel verkeerd en/of op een onbegrijpelijke wijze toegepast, aldus de klacht.

3.27 Het subonderdeel faalt naar mijn mening. In rov. 4.12.1 heeft het hof onder meer overwogen dat als de benadeelde niet beschikt over de kennis of het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen, dit kan betekenen dat hij nog onvoldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.¹² Tegen deze achtergrond moet de door het subonderdeel bestreden overweging worden gelezen.

Met zijn overweging dat “er (...) *geen bijzondere expertise voor nodig [is] om deze schade als gevolg van (het doorvoeren van) de opslagverhogingen te onderkennen en het verband met Rabobank te*

leggen” heeft het hof geoordeeld dat [dochtervennootschappen] voldoende zekerheid hadden dat de gestelde schade in verband met de opslagverhogingen is veroorzaakt door tekortschietende of foutief handelen van Rabobank. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk te noemen. Voor het overige berust het oordeel op een aan het hof voorbehouden waardering van de omstandigheden van het geval.

- 3.28 De subonderdelen 6.2, 6.3 en 6.4 betreffen de overweging dat [Stichting Administratiekantoor] kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de verjaringstermijn pas is gaan lopen toen [dochtervennootschappen] door het juridisch advies van Lean Lawyers van 25 juli 2017 achter de schadelijke gevolgen van de renteswaps kwamen en zij door het rapport van ICC in 2020 bekend raakte met de kenmerken en risico's van de renteswaps en de schending van de zorgplicht.
- 3.29 De klacht van subonderdeel 6.2 bouwt voort op subonderdeel 6.1 en dient reeds daarom te falen.
- 3.30 Volgens subonderdeel 6.3 onder a heeft het hof niet toereikend gereespondeerd op de door [Stichting Administratiekantoor] betrokken essentiële stelling die zich niet anders laat verstaan dan dat [dochtervennootschappen] voorafgaand aan het advies van Lean Lawyers er niet mee bekend waren dat zij als gevolg van tekortschietend en foutief handelen van Rabobank schade geleden hadden. Volgens subonderdeel 6.3 onder b volgt hieruit dat het hof is uitgegaan van een onbegrijpelijk uitleg van deze stelling.
- 3.31 Deze klachten falen. Het hof heeft in rov. 4.12.2 gemotiveerd waarom de verjaringstermijn van de schadevorderingen in verband met de opslagverhogingen uiterlijk op 1 mei 2009 is aangevangen. Daaruit volgt waarom het hof de in de klachten bedoelde stelling, voor zover deze relevant was voor de schadevorderingen in verband met de opslagverhogingen, heeft verworpen. Voor het overige behoefde het hof in rov. 4.12.2 niet in te gaan op de in de klachten bedoelde stelling.
- 3.32 Volgens subonderdeel 6.4 is het oordeel van het hof dat er *“geen bijzondere expertise voor nodig [is] om deze schade te onderkennen en het verband met Rabobank te leggen* onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd in het licht van zowel de in subonderdeel 6.3 sub a vermelde stellingen als hetgeen [Stichting Administratiekantoor] heeft gesteld in subonderdeel 4.1 over de risico's van renteswaps.
- 3.33 Deze klacht faalt om de redenen die zijn gegeven bij de behandeling van de subonderdelen 6.1 en 6.3.
- 3.34 Volgens subonderdeel 6.5 gaan de in (naar ik begrijp) de voorgaande subonderdelen opgenomen verwijten eveneens op voor rov. 4.15. Ook hier miskent het hof dat [dochtervennootschappen] de deskundigheid misten om zelf vast te stellen dat er van tekortkomingen zijdens Rabobank sprake was, aldus de klacht.
- 3.35 Het hof overwoog in rov. 4.15:
- “4.15 Rabobank beroept zich ten aanzien van de op dwaling gegronde vorderingen ook op verjaring. De verjaring van de rechtsovereenkomst tot vernietiging wegens dwaling begint te lopen als de dwaling is ontdekt (art. 3:52 lid I aanhef en sub c BW). Daarvoor is een daadwerkelijke (subjectieve) bekendheid vereist met de feiten en omstandigheden waarop het beroep op dwaling is gegrond, zij het dat een absolute zekerheid omtrent die feiten niet vereist is doch een redelijke mate van zekerheid daaromtrent volstaat. Gezien hetgeen met betrekking tot verjaring van de vorderingen 5 en 6 is overwogen, oordeelt het hof dat [dochtervennootschappen] uiterlijk op 30 april 2009 daadwerkelijk bekend waren met aangevoerd kenmerk 5 (opslagverhogingen). Voorts waren [dochtervennootschappen] bij of rond het afsluiten van de renteswap, toen zij ondervonden dat bij herfinanciering bij de Rabobank iets moest gebeuren met de bij NIBC en Fortis afgesloten renteswaps (meenemen of tussentijds beëindigen en nieuwe renteswaps afsluiten) daadwerkelijk bekend met de feiten die ten grondslag liggen aan de gestelde kenmerken 11 (inflexibel product), 12 (problemen bij vervroegde aflossing) en 13 (problemen met herfinanciering). Gelet hierop en hetgeen in rov. 4.12.3 is overwogen waarbij geldt dat de vernietiging op grond van dwaling (ruim) drie jaar na de daadwerkelijke bekendheid met de hiervoor genoemde aangevoerde kenmerken en risico's is ingeroepen slaagt het beroep op verjaring van Rabobank in zoverre.”
- 3.36 Het subonderdeel faalt. Het argument dat het hof miskent dat [dochtervennootschappen] de deskundigheid misten om zelf vast te stellen dat er van tekortkomingen zijdens Rabobank sprake was,

ziet eraan voorbij dat het hof hier niet de verjaring van de vorderingen gebaseerd op tekortkoming beoordeelt, maar de verjaring van de vorderingen gebaseerd op dwaling.

Het hof heeft in rov. 4.15 gemotiveerd waarom [dochtervennootschappen] uiterlijk op 30 april 2009 daadwerkelijk bekend waren met aangevoerd kenmerk 5 (opslagverhogingen) en bij of rond het afsluiten van de renteswap daadwerkelijk bekend waren met de feiten die ten grondslag liggen aan de gestelde kenmerken 11 (inflexibel product), 12 (problemen bij vervroegde aflossing) en 13 (problemen met herfinanciering). Dit oordelen berusten op een aan het hof voorbehouden waardering van de omstandigheden van het geval en zijn niet onbegrijpelijk te noemen.

Slotsom

3.37 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de klachten van het middel in het principale cassatieberoep niet slagen. Het principale cassatieberoep moet daarom worden verworpen.

4 Bespreking van het middel in het incidentele cassatieberoep

4.1 Het incidentele cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer klachten van het middel in het principale cassatieberoep slaagt.

4.2 Nu niet aan deze voorwaarden is voldaan, behoeft het middel in het incidentele cassatieberoep geen bespreking.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Plv.

¹ Zie hof Amsterdam 21 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3339, rov. 3.1-3.15.

² Vgl. ook de schriftelijke toelichting namens Rabobank nrs. 20 en 31; de repliek namens [Stichting Administratiekantoor] nrs. 2.2 en 2.4.

³ Rov. 4.10 vermeldt abusievelijk twee maal *overhegde*.

⁴ Vgl. in deze zin ten aanzien van dwaling HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 m.nt. J. Hijma, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (rentederivaat ABN AMRO), rov. 3.7.4-3.7.5.

⁵ Zie de door het hof in rov. 4.4 genoemde uitspraken van de Hoge Raad: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, AA20100188 m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, JOR 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveise (De T./Dexia), rov. 4.8.4; HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, NJ 2020/257 m.nt. J. Hijma, JOR 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (rentederivaat ABN AMRO), rov. 3.5.5.

⁶ HR 4 oktober 2019, ECLI:HR:2019:1499, rov. 4.2.2.

⁷ Zo leid ik af uit de schriftelijke repliek namens [Stichting Administratiekantoor] nr. 5.2.

⁸ Schriftelijke toelichting namens Rabobank nr. 90; memorie van antwoord nr. 239.

⁹ Memorie van antwoord nrs. 229-233.

¹⁰ Vgl. onder meer HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, NJ 2013/124, JBPr 2011/6 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, rov. 3.4.1.

¹¹ Zie ook HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, JOR 2024/65 m.nt. J. Verstoep rov. 3.3-3.4 en 3.6. Zie voorts onder meer HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, JA 2023/87 m.nt. Chr.H. van Dijk, VGR 2023/4 m.nt. L. Rijzewijk, JOR 2023/229 m.nt. M. Mussche, NTHR 2023/6 m.nt. P. van Haastrecht-van Kuilenburg, rov. 3.1.2; HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187 m.nt. J.L. Smeehuijzen, JOR 2020/302 m.nt. F.P.C. Strijbos, JIN 2020/175 m.nt. R.J.G. Mengelberg, NTHR 2021/2 m.nt. P. van Haastrecht-van Kuilenburg, rov. 3.3.3; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165, JA 2017/93 m.nt. J.L. Smeehuijzen, rov. 3.3.2.

¹² Dit komt terug in het hiervoor (in 3.24) geciteerde arrest HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:18 alsmede in HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:19, waarnaar wordt verwezen in de schriftelijke repliek nrs. 6.2-6.3.
