

ECLI:NL:RBAMS:2018:3674

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	30-05-2018
Datum publicatie	01-06-2018
Zaaknummer	C/13/617377 / HA ZA 16-1066
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	

Voornemen om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad naar aanleiding van het beroep op dwaling in een zaak met betrekking tot een met een bank overeengekomen renteswap. Hoe ver gaat de mededelingsplicht van artikel 6:228 BW bij het afsluiten van een swap, kan een klant een beroep doen op dwaling als hij er geen schade door heeft geleden en kan worden gedwaald over zaken die niet aan de orde zijn geweest bij het afsluiten van de swap? De vragen doen zich voor in vele andere bij de rechtbank Amsterdam en andere rechtbanken aanhangige zaken en gelet op verschillende oordelen hierover bestaat er behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/617377 / HA ZA 16-1066

Vonnis van 30 mei 2018

in de zaak van

[eiser] ,
wonende te [woonplaats] ,
eiser,
advocaat mr. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen te Breda,

tegen

de coöperatie **COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.**,
statutair gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. D.F. Lunsingh Scheurleer te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiser] en Rabobank genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 22 september 2016 van [eiser] , met producties,
- de conclusie van antwoord van Rabobank, met producties,
- het tussenvonniss van 26 april 2017,
- het proces-verbaal van comparitie van 10 november 2017,
- de brief van 29 november 2017 van [eiser] met een verzoek tot aanvulling van het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

- 2.1. [eiser] exploiteert via zijn beheervenootschap [bedrijf 1] een autobedrijf, genaamd [bedrijf 2] Daarmee handelt hij in vrachtwagens, bedrijfswagens en boten voor de zakelijke en de particuliere markt. Daarnaast houdt [eiser] zich bezig met de zakelijke verhuur van bedrijfspanden.
- 2.2. Via zijn vennootschap [bedrijf 1] heeft [eiser] in 2005 het perceel naast dat waarop zijn autobedrijf is gevestigd (hierna: het perceel) in eigendom verworven. Voor de aanschaf daarvan heeft Rabobank op 18 april 2005 een geldlening van EUR 500.000,= verstrekt op basis van 3-maands Euribor. In deze kredietovereenkomst is opgenomen dat, in afwijking op artikel 23 c van de destijds van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden voor zakelijke geldleningen, op deze nieuwe lening 10% van de oorspronkelijke hoofdsom van de geldlening per kalenderjaar boetevrij mag worden afgelost in tegenstelling tot de in dat artikel genoemde 5%. Op dat moment liepen er nog drie leningen en een krediet in rekening-courant bij Rabobank.
- 2.3. [bedrijf 1] heeft op 12 september 2007 het perceel aan [eiser] in privé verkocht. De bedoeling was een bedrijfspand op het perceel te gaan bouwen en dit aan een derde partij te gaan verhuren. Hiertoe hebben [eiser] en Rabobank op 12 september 2007 een kredietovereenkomst gesloten (hierna: Lening I), waarbij Rabobank aan [eiser] een krediet van EUR 455.450,= heeft

verstrekt tegen een "Variabel Plus Rente" van op dat moment 5% per jaar en een aflossingsverplichting van EUR 1.650,= per maand. De looptijd was circa 23 jaar. Op grond van artikel 22 van de destijds van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden voor zakelijke geldleningen van Rabobank 2006 (hierna: de Algemene Voorwaarden 2006) was een vervroegde aflossing altijd geoorloofd en was daarvoor geen vergoeding verschuldigd.

2.4. Op 2 oktober 2007 heeft [eiser] het Treasury Inventarisatie Formulier (het "TIF") van Rabobank getekend. Daarin is onder meer opgenomen dat [eiser] geen ervaring heeft met renterisicoproducten en dat het Afgesproken Bedrag, zoals bedoeld in de Bijlage Verschaffing van Dekking, EUR 238.000,= bedraagt. Het stuk vermeldt verder, voor zover hier van belang:

"- U bent erop gewezen dat het aangaan van transacties, afhankelijk van het type transactie, aanzienlijke financiële risico's voor u met zich mee kan brengen, met name als transacties niet dienen ter afdekking van risico's voortvloeiende uit bedrijfsvoering.

- U bent erop gewezen dat alvorens u de documentatie ondertekent en/of transacties sluit, u de documentatie respectievelijk de transacties volledig dient te begrijpen.

(...)

- U bent erop gewezen dat u bij het afsluiten van een treasury product (welk valt onder de Overeenkomst Financiële Derivaten) dagelijks de marktwaarde van deze transactie kunt raadplegen op uw portefeuille overzicht via www.rabotreasury.nl.

(...)"

2.5. Bij brief van 8 oktober 2007 heeft Rabobank [eiser] het volgende medegedeeld:

"Onlangs heeft u een lening gekregen van Rabobank Betuwe van € 455.450,- met betrekking tot de aankoop van de bouwgrond (...).

De gekozen rentevorm voor deze lening is variabel. Om u een bancaire vaste rente middels een renteswap aan te kunnen bieden dient uw rentecontract eerst omgezet te worden naar een 1-maands Euribor rente met een opslag van 0,75% op jaarbasis.

Alle overige voorwaarden en condities op deze financiering blijven onverminderd van kracht.

(...)"

2.6. Op 10 oktober 2007 hebben [eiser] en Rabobank de Overeenkomst Financiële Derivaten (de "OFD") gesloten. Een OFD is een raamovereenkomst op basis waarvan een renteproduct kan worden afgesloten. Met de ondertekening van de OFD heeft [eiser] ook voor de ontvangst van de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten getekend.

De OFD luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

" Contractuele verhoudingen

Artikel 3

3.1 *De Overeenkomst Financiële Derivaten vormt één geheel met alle Bevestigingen en alle afzonderlijke Transacties en de Overeenkomst Financiële Derivaten en alle Bevestigingen en alle Transacties vormen één enkel contract tussen partijen*

3.2 *Op deze Overeenkomst Financiële Derivaten zijn – voor zover niet anders is overeengekomen – van toepassing en de Klant verklaart te hebben ontvangen, daarvan kennis te hebben genomen en te aanvaarden:*

I) de Algemene Voorwaarden;

II) de Algemene Bankvoorwaarden, (...)

3.3 *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.

(...)

Risico's

Artikel 4

4.1 De Klant bevestigt dat:

I) hij door de Bank uitdrukkelijk is gewezen op, en zich bewust is van, de risico's en de gevolgen van het aangaan van Transacties;

(...)

5.1 De Bank heeft onder nader aan te geven omstandigheden de bevoegdheid om van de Klant voor de verplichtingen die voor de Klant [volgende twee woorden onleesbaar, rb] komen 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. Dergelijke wijzigingen zijn van kracht tussen de Bank en de Klant vanaf het moment van mededeling van de Bank aan de Klant en behoeven niet te worden getekend door de Klant om bindend te zijn voor de Klant. De verschaffing komt tot stand op de in de Bijlage Verschaffing van Dekking weergegeven voorwaarden (zoals van tijd tot tijd gewijzigd).

5.2 Indien door een wijziging in de waarde van verrichte Transacties of door een wijziging van de Verliezen (als ware de relevante Transactie een Opgezegde Transactie) de door de Klant per Transactie te geven Dekking minder is dan de op basis van de onder B5.1 gestelde regels benodigde Dekking, dan is de Bank bevoegd om van de Klant verschaffing van aanvullende Dekking te verlangen.

(...)"

2.7. In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten is, voor zover hier van belang, opgenomen:

"Wij adviseren u alleen een transactie in financiële derivaten aan te gaan indien u de aard van de Transactie volledig begrijpt en de reikwijdte van de aan de Transactie verbonden risico's kunt overzien. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico's door een onafhankelijke deskundige. (...)

(...)

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 rente swap. 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.

(...)"

2.8. In de Bijlage Verschaffing van Dekking is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

"2. MTM waarde van Transacties

Aan een Transactie die met u wordt afgesloten wordt door de Bank een waarde toegekend volgens de marked-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.

(...)

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

Indien de waarde van de door u verschaftte 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 verschaftte en te verschaffen Dekking met u te bespreken in het licht van uw financiële- en bedrijfsomstandigheden alsdan. De Bank heeft het recht te verlangen dat u onmiddellijk zodanige 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 terzake van die Transacties aan de Bank te betalen (zie de Algemene Voorwaarden voor Financiële Derivaten van de Rabobank).

Extra dekking kan eventueel worden verschaft door verhoging van het Afgesproken Bedrag overeen te komen. Dit kan echter alleen met instemming van zowel uzelf als van de Bank, waarbij de instemming van de Bank weer afhankelijk zal zijn van uw financiële positie alsdan en van uw ervaring met otc derivaten. De Bank kan aan haar instemming voorwaarden verbinden. De Bank kan bijvoorbeeld verlangen dat u risicobeperkende maatregelen neemt.

Ingevolge de Algemene Voorwaarden 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. De Bank is overigens vrij om aan haar aangeboden Dekking te weigeren en dus nimmer gehouden tot aanvaarding daarvan.

Verder kan de Bank altijd gebruik maken van haar overige rechten zoals omschreven in de Overeenkomst, waaronder begrepen het beëindigen van Transacties indien zich ten aanzien van de Klant een Verzuim voordoet.

NB: Aan het niet, niet tijdig, of niet volledig verschaffen van Dekking kan de Bank verregaande consequenties verbinden. In de Overeenkomst is aangegeven welke rechten de Bank in een dergelijk geval heeft. Op in de Overeenkomst aangegeven voorwaarden heeft de Bank het recht om Transacties te beëindigen waarvoor niet tijdig voldoende Dekking is verschaft door de Klant aan de Bank. (...)"

- 2.9. Op 10 oktober 2007 heeft [eiser] tevens een nieuw TIF ondertekend, in verband met de verhoging van het Afgesproken Bedrag naar EUR 434.000,=. De inhoud van dit TIF is, voor zover hier van belang, verder gelijk aan het in 2.4 weergegeven TIF.
- 2.10. Op 11 oktober 2007 hebben [eiser] en Rabobank een financierings-overeenkomst gesloten ten behoeve van de bouw van het bedrijfspand (hierna: Lening II) (Lening I en II zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als de "Leningen"). De financiering betrof een geldlening van EUR 1.375.000,= en een krediet in rekening-courant van EUR 265.000,=, tegen een rente van 1 maands euribor Roll-over 5,160% per jaar en een maandelijkse aflossingsverplichting van EUR 4.500,= met ingang van 30 januari 2009. De looptijd bedroeg circa 24 jaar. Op bladzijde 7 van de financieringsovereenkomst wordt bevestigd dat Lening I aflossingsvrij wordt gemaakt en staat daarnaast het volgende vermeld:

"Gezien de omvang van de financieringen willen wij u nadrukkelijk wijzen op de renterisico's die u loopt en adviseren u dan ook met klem om dit gedeeltelijk middels een renterisicoproduct af te dekken. Hiervoor hebben wij een aantal opties zoals een rente-cap of een rente-swap."

Op grond van artikel 23 sub b van de op Lening II van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden voor zakelijke geldleningen voor Rabobank 2006 is een vervroegde aflossing van een Roll Over lening altijd geoorloofd. De debiteur is in dat geval over het bedrag van de vervroegde aflossing een vergoeding van 1% verschuldigd.

2.11. Op 11 oktober 2007 heeft Rabobank aan [eiser] de 'gepersonaliseerde' brochure "Renteruil naar vaste rente" verstrekt. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

"U heeft een financiering opgenomen en wenst hiervoor een vaste rente te betalen. Dit heeft als voordeel dat u geen nadeel meer ondervindt van een oplopende rente. Bovendien weet u daarna precies wat uw rentelasten voor een langere periode zijn.

(...) Het voordeel van een renteruil is dat deze separaat van de financiering wordt gesloten. Dit biedt u derhalve meer flexibiliteit.

Kenmerken

- *U heeft uw rentelasten vastgelegd en bent niet meer onderhevig aan rentefluctuaties.*
- *U profiteert niet meer van rentedalingen.*
- *De renteruil is eenvoudig verhandelbaar en kan zowel in waarde toe- als afnemen.*
- *Er wordt geen premie betaald.*
- *Uit hoofde van de transactie gaat u een verplichting aan met de bank.*

Eventueel kunnen hiervoor zekerheden worden gevraagd.

Bij aflossing van de onderliggende financiering resteert er een verplichting uit hoofde van de renteruil.

(...)

Een renteruil is een uiterst flexibel instrument en kan geheel naar uw wensen worden ingericht. Zo kan er gekozen worden voor een andere looptijd of een andere hoofdsom. De renteruil kan overigens op elke moment worden beëindigd. Op basis van de dan geldende marktomstandigheden zal worden vastgesteld welk bedrag u hiervoor terug krijgt of juist dient te betalen.

(...)"

2.12. Op 11 oktober 2007 heeft Rabobank aan [eiser] de bevestiging gestuurd van een renteswap met als ingangsdatum 1 januari 2008, een hoofdsom van EUR 1.830.450,= en een looptijd van 15 jaar. Door de renteswap wordt de variabele rente die [eiser] diende te betalen op grond van de Leningen geruild tegen een vaste rente van 4,985%.

Blijkens het in de brief opgenomen schema neemt de hoogte van de hoofdsom van de renteswap vanaf februari 2009 maandelijks met EUR 4.500,= af tot EUR 1.078.950,= op 2 januari 2023 (hetgeen overeenkomt met de maandelijkse aflossingen op de Leningen). Met de renteswap werd het renterisico op de Leningen geheel afgedekt. [eiser] heeft de brief van Rabobank ter bevestiging van het afsluiten van de renteswap op 6 november 2007 voor akkoord getekend.

In de bevestiging is vermeld, voor zover hier van belang:

"Indien u de Betaler Vaste Rente bent loopt u het risico dat de Variabele Rente lager is dan de Vaste Rente (...). Indien dit risico zich manifesteert ontvangt u minder uit deze Transactie dan u moet betalen. (...)"

2.13. Na het aangaan van de renteswap ontving [eiser] jaarlijks van Rabobank een Positie Overzicht Derivaten, voor het eerst op 4 januari 2008, welk overzicht vermeldt, voor zover hier van belang:

"Hierbij ontvangt u een overzicht met alle op de Rapportage Datum uitstaande rente- en valutatransacties. Per transactie en van de portefeuille als geheel wordt daarbij de marktwaarde (MTM waarde) op de Rapportage Datum weergegeven.

Indien van toepassing wordt tevens de benutting van het Afgesproken Bedrag gerapporteerd. (...)

Positie Overzicht Derivaten

Rapportage Datum 03 januari 2008

Afgesproken Bedrag (EUR) 434.000

Benutting Afgesproken Bedrag (EUR) marktwaarde -64.041

Benutting Afgesproken bedrag 15%

(...)”

- 2.14. Op 14 juni 2010 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [eiser] en Rabobank. In het daarvan opgemaakte verslag is het volgende opgenomen:

“(...) Diverse zaken uitgelegd en gekeken wat voor hem slim is om te doen, aflossen, welke lening, overnemen door BV, dividend uitkeren, Box I of III lening, etc. Maar discussie verzandt op dat wil ik wel bekijken maar kan de rente niet omlaag, ik wil variabel en vind de rente te hoog. Daarnaast is het lastig om zijn renteswap terug te brengen als hij extra wil aflossen, vindt dit erg ingewikkeld en blijft met het gevoel zitten dat hij daar verkeerd in is voorgelicht (bank ipv klantbelang).

(...)”

- 2.15. Bij brief van 17 december 2010 heeft Rabobank aan [eiser] een nieuw TIF ter ondertekening toegestuurd. Daarbij heeft Rabobank aangegeven dat de rentetransacties negatief zijn opgelopen doordat de geld- en kapitaalmarktrentes zijn gedaald. Daarom is het afgesproken bedrag verhoogd van EUR 434.000,= naar EUR 558.000,=, aldus Rabobank in de brief. [eiser] heeft dit TIF op 27 april 2011 ondertekend.

- 2.16. Bij brief van 2 april 2014 heeft Rabobank aan [eiser] geschreven, voor zover hier van belang:

“Je hebt aangegeven niet tevreden te zijn met de advisering in 2007 toen je een financiering bent aangegaan voor de nieuwbouw van het bedrijfspand dat verhuurd wordt aan Iveco. Je hebt destijds de financiering afgedekt met een rentederivaat en je geeft aan dat er geen alternatieven voor het afdekken van de rente zijn besproken.

Of er destijds alternatieven zijn besproken kan ik ruim zes jaar na dato niet meer achterhalen.

Wat uit het dossier blijkt is dat de financiering in 2007 volledig gestructureerd is op de toen bekende huurstream bij aanvang. Lening (...) is toen aflossingsvrij gemaakt om daar bij aan te sluiten.

Wat ik verder kan herleiden is dat je positief stond tegenover een gesprek met een treasury adviseur en dat er ten aanzien van de looptijd voor het afdekken van de rente er ook gesproken is over 20 jaar afdekken. Dit is uiteindelijk op advies van de treasury adviseur neerwaarts bijgesteld naar 15 jaar. (...)”

- 2.17. Bij brief van 20 juli 2015 heeft de voormalige advocaat van [eiser] – kort gezegd – de renteswap vernietigd wegens dwaling en schadevergoeding gevorderd wegens schending van de zorgplichten. Daarnaast heeft [eiser] Rabobank verzocht om zowel met terugwerkende kracht vanaf 2009 als voor de toekomst, jaarlijks kosteloos vervroegde aflossingen toe te staan voor 10% van de oorspronkelijke hoofdsom.

3 Het geschil

- 3.1. [eiser] vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad – samengevat – dat de rechtbank primair

voor recht verklaart dat de renteswap en de aan de renteswap ten grondslag liggende overeenkomsten waaronder de OFD en de overeenkomsten met betrekking tot het Afgesproken Bedrag zijn vernietigd, althans deze te vernietigen met veroordeling van Rabobank tot terugbetaling van het uit dien hoofde aan haar betaalde vermeerderd met rente,

en voor recht verklaart dat Rabobank oneerlijke handelspraktijken heeft verricht en/of toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)plichten jegens [eiser] en/of onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser] , en Rabobank te veroordelen tot vergoeding van de hierdoor door [eiser] geleden schade vermeerderd met rente, op te maken bij staat;

subsidiar

voor recht verklaart dat Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)plichten jegens [eiser] en/of onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en de aan de renteswap ten grondslag liggende overeenkomsten waaronder de OFD en de overeenkomsten met betrekking tot het Afgesproken Bedrag te ontbinden, Rabobank te veroordelen tot ongedaanmaking van de over en weer verrichte prestaties te vermeerderen met rente en haar te veroordelen tot vergoeding van de door het onrechtmatig handelen geleden schade vermeerderd met rente, op te maken bij staat;

meer subsidiair

de aan de renteswap ten grondslag liggende overeenkomsten waaronder de OFD en de overeenkomsten met betrekking tot het Afgesproken Bedrag met toepassing van artikel 6:230 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) wijzigt dan wel de renteswap uit te leggen in de door [eiser] aangegeven zin;

nog meer subsidiair

voor recht verklaart dat de overeenkomst aldus wordt uitgelegd dat [eiser] zonder vergoeding van de negatieve waarde extra tussentijdse aflossingen kan doen en dat het vasthouden aan het overeengekomen nominale bedrag en het in rekening brengen van de rente over die hoofdsom op grond van artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar is,

alles met veroordeling van Rabobank in de buitengerechtigde incassokosten en de kosten van het geding, vermeerderd met rente.

3.2. [eiser] legt aan zijn vorderingen – kort gezegd – ten grondslag dat toen hij in 2010 extra aflossingen op de Leningen wilde doen, bleek dat daardoor een discrepantie zou ontstaan tussen de hoofdsom van de renteswap en de hoofdsom van de Leningen. Daardoor zou de renteswap voor een deel een speculatief product worden. Om die reden eiste Rabobank dat de hoofdsom van de renteswap bij vervroegde aflossingen van de Leningen dienovereenkomstig zou worden verlaagd. [eiser] zou als gevolg daarvan een forse negatieve waarde verschuldigd zijn. Rabobank heeft hem echter voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet gewaarschuwd voor het risico van een negatieve waarde. [eiser] verkeerde juist in de veronderstelling dat vervroegde aflossingen geen enkel probleem zouden zijn, aangezien deze op grond van de kredietovereenkomsten mogelijk waren. Voor [eiser] was het om fiscale redenen noodzakelijk dat hij de in privé afgesloten leningen zo spoedig mogelijk zou aflossen, omdat de rente niet aftrekbaar was. Daarom is in de in 2005 afgesloten kredietovereenkomst een extra mogelijkheid tot vervroegde aflossing opgenomen. [eiser] heeft dit ook specifiek met Rabobank besproken. Daarnaast had Rabobank voorafgaand aan het sluiten van de renteswap meegedeeld dat een renteswap een flexibel instrument was dat geheel naar eigen wensen kon worden ingericht.

3.3. De renteswap is volgens [eiser] dan ook tot stand gekomen onder invloed van dwaling. Bij een juiste voorstelling van zaken zou [eiser] de renteswap niet hebben gesloten. [eiser] heeft gedwaald over (1) het feit dat de renteswap een negatieve waarde kon ontwikkelen waardoor geen sprake meer zou zijn van de aan [eiser] voorgehouden flexibiliteit in de zin dat hij (zonder grote bijkomende kosten vanwege die negatieve waarde) vervroegd zou kunnen aflossen op de onderliggende Leningen, (2) de inhoud en consequenties van het (met de mogelijkheid van een negatieve waarde samenhangende) Afgesproken Bedrag en de marginverplichtingen die aan de renteswap verbonden zijn, (3) de verborgen provisies, althans bankmarge, (4) de bij Rabobank aanwezige rentevisies en (5) een overhedge in verband met het bouwdepot.

Artikel 6:228 lid 2 BW vindt geen toepassing nu voorafgaand aan het afsluiten van de renteswap slechts mondeling voorlichting is gegeven en slechts drie pagina's schriftelijke informatie is verstrekt. Die informatie was onvoldoende om de verborgen risico's te doorgronden, te meer daar

[eiser] onvoldoende tijd is gegeven aangezien de renteswap is afgesloten op de dag waarop hij de informatie kreeg. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met [eiser] achtergrond, zoals zijn opleidingsniveau en het feit dat hij onbekend was met rentederivaten.

- 3.4. Daarnaast stelt [eiser] dat bedingen in de renteswapovereenkomst, en de daaraan ten grondslag liggende overeenkomsten met bijlagen, met betrekking tot de negatieve waarde en het Afgesproken Bedrag oneerlijke bedingen zijn en (ambtshalve) door de rechtbank op grond van artikel 6:233 BW dienen te worden vernietigd en dat Rabobank in strijd met de op haar rustende zorgplicht [eiser] voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet althans niet afdoende heeft geïnformeerd over de aard, de werking en de risico's daarvan. Tenslotte is volgens [eiser] sprake van ontoelaatbare "Selbsteintritt". Rabobank handelde bij het afsluiten van de renteswap zowel als contractspartij als als lasthebber namens [eiser]. Artikel 7:416 BW bepaalt dat dit slechts mag als de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van lastgever en lasthebber is uitgesloten. Dit was hier niet het geval, aldus nog steeds [eiser].
- 3.5. Rabobank heeft – zakelijk weergegeven – betoogd dat [eiser] de financiering wilde laten aansluiten op de te verwachten huurinkomsten van het nieuw te bouwen pand en dat dit werd bereikt door de renteswap. De reden was dat [eiser] "geen negatieve cashflow" wilde hebben in dit project. De aflossingsverplichting werd daarop aangepast. Daarvoor diende Lening I aflossingsvrij te worden gemaakt en zou aan de financiering van de nieuwbouw de voorwaarde worden verbonden dat [eiser] EUR 4.500,= per maand zou aflossen vanaf het moment dat hij huurinkomsten zou ontvangen van Iveco Nederland B.V. [eiser] heeft destijds niet kenbaar gemaakt dat hij de wens had om extra af te lossen. Integendeel, besproken is nu juist dat [eiser] slechts de door hem verwachte huurinkomsten voor aflossing zou aanwenden.
- 3.6. [eiser] heeft niet gedwaald. Tijdens de voorlichtingsgesprekken zijn de eigenschappen en risico's van een renteswap aan de orde geweest. In de schriftelijk verstrekte informatie is de mogelijkheid van een negatieve waarde en de daarmee samenhangende marginverplichtingen en de noodzaak voor het Afgesproken Bedrag vermeld. Het Afgesproken Bedrag is het bedrag waarmee de marktwaarde van de renteswap negatief mag zijn zonder dat dit voor Rabobank aanleiding geeft voor het nemen van maatregelen. In het TIF zijn [eiser] wensen vastgelegd en is hij geattendeerd op de risico's van het aangaan van een rentederivaat en op de noodzaak om de documentatie en de transactie te begrijpen alvorens deze aan te gaan. In het TIF wordt verwezen naar de Bijlage Verschaffing van Dekking (zie 2.8) en in de OFD tevens naar de Bijlage Informatie Financiële Derivaten (zie 2.7), waarin eveneens de mogelijkheid van een negatieve waarde en het Afgesproken Bedrag staan vermeld. Tenslotte is een en ander meegedeeld in de 'gepersonaliseerde' brochure (zie 2.11). De daarin vermelde flexibiliteit ziet op andere eigenschappen van de renteswap dan waarop [eiser] doelt. [eiser] had ten tijde van het sluiten van de renteswap niet de wens om vervroegd af te lossen zodat de negatieve waarde hem niet had weerhouden van het afsluiten van de renteswap.

Het is niet juist dat [eiser] de renteswap niet was aangegaan als hij had geweten dat Rabobank een marge in rekening brengt over de door hem onder de renteswap betaalde rente. Het is gebruikelijk en een feit van algemene bekendheid dat banken een marge in rekening brengen. Dit had daarom bij [eiser] bekend moeten zijn.

Ook geldt dat het Afgesproken Bedrag en de marginverplichtingen niet of nauwelijks relevant zijn voor [eiser] nu Rabobank geen aanvullende zekerheden heeft verlangd en dat ook niet zal doen. De hoogte van het Afgesproken Bedrag heeft geen invloed op de financierbaarheid van [eiser]. De vorderingen van [eiser] zijn opportunistisch en een beroep op vernietiging is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar nu [eiser] de daaraan ten grondslag gelegde gestelde dwaling slechts gebruikt om achteraf alsnog te kunnen profiteren van de daling van de Euribor. Daarnaast komt Rabobank een beroep toe op de artikelen 6:230 lid 2, 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2, 6:212 lid 1, 6:278 en 6:210 lid 2 BW.

De gestelde dwaling moet in ieder geval voor rekening komen van [eiser] daar het op zijn weg had gelegen om nadere informatie bij Rabobank op te vragen indien bij hem onduidelijkheid bestond

over de kenmerken en risico's van de renteswap, aldus Rabobank.

Ten aanzien van de dwaling doet Rabobank ook een beroep op verjaring.

Het beroep van [eiser] op de regelgeving ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken gaat niet op nu hij niet als consument maar in de uitoefening van zijn bedrijf handelde bij het aangaan van de renteswap. Rabobank heeft ook voldaan aan de zorgplicht die zij jegens [eiser] in acht behoorde te nemen. Een renteswap was, gelet op de toenmalige renteontwikkeling en de wens van [eiser] om het renterisico af te dekken, een geschikt product, de voorlichting was tijdig, voldoende en adequaat en Rabobank heeft alternatieven besproken. [eiser] heeft geen schade geleden door de renteswap en als daarvan wel sprake is, is deze het gevolg van een aan hem toe te rekenen omstandigheid.

Er is geen sprake van ontoelaatbare Selbsteintritt aangezien er geen sprake was van lastgeving, of van het uitvoeren van orders en als daarvan wel sprake was, dan was deze toegestaan en tenslotte heeft [eiser] de beweerdelijk onbevoegd verrichte rechtshandeling bekrachtigd, aldus steeds Rabobank.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. De rechtbank laat het verjaringsverweer voor wat het is (mede omdat [eiser] betwist dat de eigenschappen waarover hij stelt te hebben gedwaald alle voldoende kenbaar waren uit de door Rabobank aan hem ter beschikking gestelde documentatie) en ziet aanleiding eerst de meest vergaande stelling van [eiser], te weten dat hij bij het aangaan van de renteswaps heeft gedwaald in de zin van artikel 6:228 BW, te behandelen, omdat [eiser] stelt dat hij op grond van dwaling de renteswap bij brief van 20 juli 2015 buitengerechtelijk heeft vernietigd. Aan de orde is derhalve de vraag of [eiser] heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswap.
- 4.2. De rechtbank ziet aanleiding eerst de twee laatste in 3.3 genoemde dwalingsgronden te bespreken. [eiser] heeft gesteld dat Rabobank bij haar advisering aan [eiser] ten onrechte het angstbeeld heeft gecreëerd dat Euribor-rente zou gaan stijgen. De analisten van Rabobank hebben in september 2007 echter al aangegeven dat Euribor-rente zou gaan dalen in plaats van stijgen, aldus [eiser]. Naar het oordeel van de rechtbank mist deze stelling feitelijke grondslag. Uit het door [eiser] overgelegde overzicht van het verloop van Euribor-rente in 2007 en 2008 blijkt dat van een (substantiële) daling van Euribor in deze periode geen sprake is geweest. In december 2007 en in oktober 2008 was de Euribor zelfs hoger dan in oktober 2007, de maand waarin [eiser] de renteswap heeft afgesloten.
- 4.3. In aanvulling hierop wordt het volgende overwogen. Met de renteswap beoogde [eiser] zijn renterisico af te dekken voor een periode van 15 jaar. Zoals ter comparitie namens Rabobank is betoogd, is bij het afdekken van het renterisico voor de lange termijn niet de verwachting voor de korte termijn doorslaggevend, maar die voor de lange termijn. Het door [eiser] overgelegde overzicht maakt geen melding van een verwachting met betrekking tot de rentetarieven vanaf 2008. Dat Rabobank in september/oktober 2007 verwachtte dat de 3-maands Euribor ook in de periode vanaf 2008 tot 2022 zou dalen kan daaruit niet worden afgeleid. Nu [eiser] zijn stelling dat Rabobank verwachtte dat de voor hem in 2007 bij het afsluiten van de renteswap relevante rentetarieven ook op de langere termijn zouden dalen niet met andere bewijsstukken heeft onderbouwd, stranden de daarop gegronde vorderingen.
- 4.4. [eiser] heeft voor het eerst ter comparitie gesteld dat er gedurende ruim een half jaar (voor een deel) een "overhedge" is geweest. Het bouwdepot is immers in delen uitbetaald, waarbij pas op 1 juli 2008 het niveau van Lening II is bereikt, aldus [eiser]. Naar het oordeel van de rechtbank kan deze stelling evenmin leiden tot vernietiging van de renteswap op grond van dwaling. [eiser] heeft

immers nagelaten feitelijk en concreet te stellen, dat indien hij hiervan op de hoogte was geweest, hij de renteswap niet had gesloten.

- 4.5. De rechtbank zal thans de twee eerste in 3.3 weergegeven dwalingsgronden – negatieve waarde en Afgesproken Bedrag /marginverplichtingen – bespreken. Vooropgesteld wordt dat weliswaar niet in geschil is dat voorafgaand aan het sluiten van de renteswap een of meer gesprekken hebben plaatsgevonden tussen [eiser] en Rabobank, maar gesteld noch gebleken is dat daarbij is gesproken over de mogelijkheid dat zich een negatieve waarde zou voordoen en dat in dat verband zou worden afgesproken tot welk maximum de markwaarde van de renteswap negatief zou mogen zijn zonder dat dit aanleiding voor de bank zou geven voor het nemen van maatregelen.
- 4.6. Rabobank heeft haar betwisting van de dwaling in zoverre onderbouwd met een verwijzing naar de door haar aan [eiser] verstrekte documentatie, maar [eiser] heeft aangevoerd dat dit gelet op het bepaalde in artikel 4:20 Wft, dat ten tijde van het aangaan van de renteswap van toepassing was, en het ten tijde van het aangaan van de renteswap geldende artikel 58c leden 1 en 2 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) onvoldoende is. Ook heeft hij betoogd dat de informatie over de negatieve waarde in de documentatie te algemeen is en dat de werking van de marginverplichtingen en het Afgesproken Bedrag had moeten worden uitgelegd.
- 4.7. Kern van het geschil is dan ook of Rabobank met verstrekking aan [eiser] van de documentatie, die hiervoor is weergegeven in 2.4., 2.6. tot en met 2.9. en 2.11., heeft voldaan aan haar informatieplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 onder b BW.
- 4.8. In de twee door [eiser] ondertekende TIFs is hij gewezen op de mogelijkheid van financiële risico's en dat het van belang is dat hij de documentatie althans de transactie begrijpt, alvorens hij deze tekent. Daarin wordt verder gesproken van een marktwaarde die dagelijks kan worden geraadpleegd. Ook in de OFD wordt meegedeeld dat er risico's aan de transactie zijn verbonden, evenals dat de bank mogelijk aanvullende dekking vraagt voor verliezen. Daarnaast wordt daarin verwezen naar de Bijlage Informatie Financiële Derivaten en de Bijlage Verschaffing van Dekking. In de Bijlage Informatie Financiële Derivaten wordt [eiser] er nogmaals op gewezen dat hij de transactie alleen moet aangaan als hij die volledig begrijpt en wordt onder het kopje "Rente swap" melding gemaakt van het risico dat de klant onder de renteswap minder ontvangt dan hij moet betalen en dat er sprake is van een mogelijk verlies. In de Bijlage Verschaffing van Dekking vermeldt Rabobank een "MTM waarde" die als een actuele waarde van de renteswap kan worden beschouwd en dat bij beëindiging mogelijk een bedrag betaald moet worden. Daarnaast wordt ook hier meegedeeld dat de klant dekking moet verschaffen en dat bij beëindiging van de renteswap mogelijk een bedrag betaald moet worden. Tenslotte is in de brochure "Renteruil naar vaste rente" meegedeeld dat bij het afsluiten van een renteswap (een 'renteruil') niet meer wordt geprofiteerd van rentedalingen, dat er eventueel zekerheden worden gevraagd en dat bij aflossing van de onderliggende financiering verplichtingen resteren uit hoofde van de renteruil. Verder wordt vermeld dat bij beëindiging zal worden vastgesteld welk bedrag de klant terug krijgt of juist moet betalen.
- 4.9. In een aantal vergelijkbare zaken is in dit verband door onder andere deze rechtbank (zie bijvoorbeeld rechtbank Amsterdam 9 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2280) en het gerechtshof 's-Hertogenbosch (15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052) en in lijn met de jurisprudentie zoals ontwikkeld in de effectenlease-arresten van de Hoge Raad van 5 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ([partij] /Dexia), ECLI:NL:HR:2009:BH2811 ([partij] / [partij]) en ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon) overwogen dat uitgangspunt is dat degene die een overeenkomst aangaat, moet voorkomen dat hij de overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Van hem – zeker indien hij ondernemer is – mag worden verlangd dat hij kennis neemt van de met betrekking tot een renteswap verstrekte informatie en deze voldoende grondig bestudeert, en dat hij, indien hij die

niet begrijpt of daarover aanvullende vragen heeft, zich tot de bank wendt om zich nader te laten informeren, voordat hij besluit een renteswapovereenkomst af te sluiten. Indien hij dat niet heeft gedaan dient een onjuiste voorstelling van zaken voor zijn rekening te blijven zodat het beroep op dwaling faalt.

- 4.10. Het hiervoor onder 4.9. genoemde vonnis van deze rechtbank is vernietigd door het gerechtshof Amsterdam bij arrest van 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946. Hetzelfde geldt voor de vonnissen van deze rechtbank van 27 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8687, respectievelijk 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3906. Deze vonnissen zijn vernietigd bij arresten van respectievelijk 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842 (eindarrest 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5275), respectievelijk 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043. In al deze arresten oordeelt het hof dat het beroep op dwaling slaagt en verklaart het hof voor recht dat de renteswapovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd.
- 4.11. Het hof heeft daartoe in het eerstgenoemde arrest kort gezegd overwogen dat op de bank een zorgplicht rust die kan meebrengen dat de bank als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan de renteswap verbonden risico's. Bij de beantwoording van de vraag of deze waarschuwingplicht in het concrete geval daadwerkelijk bestaat, en zo ja, hoever deze strekt, dienen alle ter zake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren onder andere de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt. Gezien de omstandigheden van het geval, waaronder de tussen de bank en haar cliënt bestaande adviesrelatie, kon de bank volgens het hof niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. Op grond daarvan kwam het hof tot het oordeel dat de bank met de schriftelijke informatie die zij had verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de renteswap niet heeft voldaan aan de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub b BW.
- 4.12. De rechtbank acht het met het oog op een efficiënte rechtspleging aangewezen om dienaangaande de hierna in 4.20. onder 1 te formuleren prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Hiervoor is het volgende redengevend. Allereerst ziet de rechtbank een grote mate van gelijkheid tussen de in de drie genoemde zaken berechte gevallen en de feiten en standpunten in de onderhavige zaak, en in vele andere zaken die bij deze en andere rechtbanken aanhangig zijn. Thans staan in Amsterdam – naast deze zaak en een andere zaak waarin de rechtbank voornemens is prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad – alleen al zeven zaken voor vonnis en zijn daarnaast nog tien zaken aanhangig. Het is de rechtbank bekend dat ook bij andere rechtbanken nog renteswapzaken aanhangig zijn. Voorts is van belang dat de rechtbank Amsterdam (en ook het gerechtshof 's-Hertogenbosch in ten minste één geval) enerzijds en het gerechtshof Amsterdam anderzijds herhaaldelijk verschillend hebben geoordeeld over een beroep op dwaling in het kader van een renteswapovereenkomst.
- 4.13. Rabobank heeft als verweer tegen de tweede dwalingsgrond als weergegeven in 3.3. aangevoerd dat het Afgesproken Bedrag en de marginverplichtingen niet of nauwelijks relevant zijn voor [eiser] nu Rabobank geen aanvullende zekerheden heeft verlangd en dat ook niet zal doen. Daarmee beoogt zij kennelijk te betogen dat deze bepalingen niet relevant kunnen zijn geweest voor [eiser] bij het aangaan van de renteswap, omdat de risico's die hier worden beschreven zich niet hebben gerealiseerd en/of omdat de bank aan deze bepalingen geen uitvoering heeft gegeven, zodat [eiser] geen nadeel heeft ondervonden van hetgeen ten aanzien van het Afgesproken Bedrag en de marginverplichtingen is overeengekomen. Ook heeft Rabobank betoogd dat [eiser] door de ten onrechte op dwaling gegronde vernietiging op oneigenlijke wijze tracht alsnog te profiteren van de gedaalde Euribor-rente.
- 4.14. Daarmee doet zich de vraag voor in hoeverre met vrucht een beroep op dwaling kan worden gedaan indien de risico's van een aan een overeenkomst ten grondslag liggend product zich niet hebben verwezenlijkt en zich niet zullen verwezenlijken. De vraag doet zich ook voor in het geval

dat de wederpartij – de bank – aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd, geen uitvoering heeft gegeven, waardoor de bepaling geen nadelig gevolg kan hebben voor de dwalende. Dit laatste geldt in het onderhavige geval ten aanzien van het Afgesproken Bedrag en de marginverplichtingen. Rabobank heeft immers, zoals zij onweersproken heeft gesteld, geen aanvullende zekerheden verlangd en toegezegd dit ook niet te zullen doen. De hoogte van het Afgesproken Bedrag heeft dan ook, anders dan [eiser] stelt, geen invloed op de financierbaarheid van [eiser] . Deze vraag is ook in vele andere op soortgelijke feiten en standpunten gebaseerde geschillen in renteswapzaken aan de orde.

- 4.15. Indien strikt wordt vastgehouden aan de jurisprudentie als ontwikkeld in HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559 ([partij] / [partij]), r.o. 3.4 en HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 ([partij] / [partij]), r.o. 3.4.2, kan dit leiden tot de door Rabobank geschetste situatie: het achteraf profiteren van een gedaalde Euribor-rente terwijl de renteswap was aangegaan ter afdekking van het opwaartse renterisico. Ook dient zich dan de vraag aan hoe in een dergelijke situatie kan 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 ([partij] / [partij]), r.o. 3.4.2). Daarnaast doet zich de vraag voor hoe Rabobank in de genoemde situatie met een beroep op artikel 6:230 BW, dat aan de wederpartij van degene die zich op dwaling beroept 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, de vernietiging zou kunnen voorkomen. Dit alles leidt tot de hierna in 4.20. onder 2 opgenomen vragen.
- 4.16. Thans zal de rechtbank de derde in 3.3. weergegeven dwalingsgrond behandelen: [eiser] stelt dat hij niet wist dat Rabobank in het renteswaptarief een verborgen provisie, althans marge heeft verdisconteerd. Hij stelt dat hij de renteswapovereenkomst niet zou hebben gesloten indien hij dat had geweten. Rabobank heeft dit betwist, stellende dat zij ervan uitging dat het een feit van algemene bekendheid is dat banken marges hanteren zodat [eiser] daarmee bekend moet zijn geweest.
- 4.17. Gesteld noch gebleken is dat de vraag of in het door [eiser] onder de renteswapovereenkomst aan Rabobank te betalen rentetarief van 4,985% een bankmarge is verwerkt, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aan de orde is geweest. Vaststaat verder dat [eiser] het door Rabobank aangeboden tarief heeft aanvaard. De vraag rijst daarom of en hoe onder die omstandigheden voor Rabobank kenbaar was – of kenbaar kon zijn – dat voor [eiser] relevant was of in het tarief een bankmarge was verwerkt en dat hij de renteswap niet zou hebben willen afsluiten indien hij dit zou hebben geweten. Aan de orde is daarom de vraag of met vrucht een beroep op dwaling kan worden gedaan als niet is gebleken dat de eigenschap waarover zou zijn gedwaald ten tijde van het afsluiten van de (renteswap)overeenkomst aan de orde is geweest of een rol heeft gespeeld bij de overwegingen van de klant om de overeenkomst aan te gaan (verwezen wordt naar r.o. 3.4.3 in HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398, waarin is overwogen dat niet met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan indien een eigenschap in de overeenkomst is verdisconteerd). Ook deze vraag speelt in vele soortgelijke zaken en ook hier acht de rechtbank het voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen in renteswapzaken van belang om de hierna in 4.20. onder 3 weergegeven vraag te stellen.
- 4.18. Tenslotte is de vraag aan de orde of [eiser] heeft gedwaald doordat Rabobank hem in de brochure “Renteruil naar vaste rente” heeft voorgelaten dat de renteswap een flexibel product is, welke flexibiliteit volgens [eiser] zag op de mogelijkheid om tussentijds af te lossen maar die volgens Rabobank zag op andere aspecten van de swap. Met deze dwalingsgrond doet [eiser] , naar de rechtbank begrijpt, een beroep op artikel 6:228 lid 1 onder a BW dat bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, vernietigbaar is indien de dwaling is te wijten aan een inlichting

van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten.

- 4.19. Overwogen wordt dat de formulering in de brochure weliswaar suggereert dat de daarin genoemde flexibiliteit mede ziet op de mogelijkheid om de renteswap tussentijds te beëindigen, nu in de alinea over de flexibiliteit is vermeld dat een renteruïl op elk moment kan worden beëindigd. Vastgesteld moet echter worden dat in dezelfde alinea is vermeld dat bij beëindiging op basis van de marktomstandigheden zal worden vastgesteld welk bedrag de klant hiervoor terug krijgt of juist moet betalen.

Rabobank heeft daarnaast gemotiveerd bestreden dat Rabobank ten tijde van het aangaan van de renteswap wist dat [eiser] van plan was om tussentijds meer op de Leningen af te lossen dan de overeengekomen maandelijkse aflossing van € 4.500,=. Tegenover deze betwisting heeft [eiser] zijn stelling dat hij dit van plan was en dat Rabobank hiervan op de hoogte was, onvoldoende concreet onderbouwd. Of het ontbreken van deze wetenschap voldoende is om te kunnen oordelen dat Rabobank mocht aannemen dat de renteswapovereenkomst ook zonder de in de brochure vermelde flexibiliteit zou worden gesloten, hangt af van het antwoord op de vraag of hetgeen in de door Rabobank verstrekte documentatie is opgenomen over de negatieve waarde en de verplichting om bij beëindiging van de renteswap een betaling te doen, voldoende is. Alleen in dat geval mocht Rabobank uit het achterwege blijven van vragen door [eiser] ter zake afleiden dat hij daaromtrent voldoende was geïnformeerd en dat de mogelijke betalingsverplichting bij additionele tussentijds aflossingen voor hem geen reden was om de renteswap niet aan te gaan en dat hij die dus ook zou zijn aangegaan indien in de brochure flexibiliteit niet was opgenomen als een kenmerk van de renteswap. Nu de beoordeling van deze dwalingsgrond afhankelijk is van de antwoorden op de prejudiciële vragen, zal dit punt pas in een later stadium ten volle worden besproken.

Prejudiciële vragen

- 4.20. Al het voorgaande leidt ertoe dat de rechtbank voornemens is om aan de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen te stellen. Op de voet van artikel 392 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zullen partijen eerst in de gelegenheid worden gesteld om zich uit te laten over het voornemen deze vragen te stellen, alsmede over de inhoud daarvan. De thans beoogde vragen luiden:

1. Kan aan de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW worden voldaan door uitsluitend in algemene productinformatie inlichtingen te geven over eigenschappen van een aan een overeenkomst ten grondslag liggend product, of dient de informatie te worden toegesneden op de wederpartij, althans mondeling te worden gegeven? Zo niet, hoe verhoudt zich dat tot de in HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 ([partij] /Dexia) ontwikkelde jurisprudentie?
2. Kan met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan indien de risico's (eigenschappen waarop een beroep op dwaling wordt gegrond) van een aan een overeenkomst ten grondslag liggend product zich niet hebben gerealiseerd en ook niet zullen realiseren of in het geval dat de wederpartij – de bank – aan de bepaling in de standaarddocumentatie die aan de dwaling ten grondslag wordt gelegd, geen uitvoering heeft gegeven (en toezegt daaraan ook geen uitvoering te zullen geven), kortom in gevallen waarin het aangaan van de (renteswap)overeenkomst dus op geen enkele manier voor de dwalende enig nadelig gevolg heeft (gehad) of kan hebben?

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

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 ([partij] / [partij]), r.o. 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. Kan met vrucht een beroep worden gedaan op dwaling als niet is gebleken dat de productkenmerken waarover zou zijn gedwaald ten tijde van het afsluiten van de renteswap aan de orde zijn geweest of een rol hebben gespeeld bij de overwegingen van de klant (vergelijk HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9398)?

5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. stelt partijen in de gelegenheid om zich op de rol van **27 juni 2018** schriftelijk uit te laten over het voornemen de hiervoor in 4.20 vermelde prejudiciële vragen te stellen, alsmede over de inhoud daarvan,
- 5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.E. van der Pol en in het openbaar uitgesproken op 30 mei 2018.