

HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Renteswap)

Wetsartikelen:	Art. 6:228, 6:230, 6:162 BW; art. 6:278 BW
Kernwoorden:	Renteswap; dwaling; zorgplicht; ongedaanmaking; schadevergoeding
Kern:	Als een overeenkomst van renteswap wordt vernietigd wegens dwaling, moet de dwalende worden gebracht in de situatie waarin die hoogstwaarschijnlijk zou hebben verkeerd als geen sprake was geweest van dwaling. Dat kan betekenen een volledige ongedaanmaking over en weer van de overeenkomst, maar niet als waarschijnlijk is dat de dwalende een ander financieel product had gekozen. In dat geval moet niet ongedaanmaking volgen maar aansluiting bij de hypothetische situatie met dat alternatieve product.
W.H. van Boom © versie 1 december 2022	

1. Casus en uitspraak

Achtergrond

In het verleden hebben banken renteswaps verkocht.¹ Dat zijn financiële producten die onderdeel uitmaken van complexe leningen. Die leningen werden verstrekt aan (onder meer) ondernemers met weinig financiële kennis en ervaring. Bij deze leningen was kort gezegd sprake van ten minste twee overeenkomsten: de overeenkomst van geldlening en een rentederivatenovereenkomst, de renteswap. Aan de ene kant leent de afnemer geld van de bank tegen een variabele rente volgens Euribor-standaard. Dat is een relatief lage kapitaalmarktrente, maar het is geen vaste rente. Dat levert voor ondernemers een risico op dat de kosten van hun krediet stijgen. Om het risico van toekomstige renteschommelingen af te dekken, sluit de afnemer een tweede overeenkomst met de bank, de derivatenovereenkomst. Daarbij draagt de afnemer het risico van rentestijging over aan de bank zodat de afnemer een vaste rentesom betaalt. Daartegenover staat dat de afnemer een premie aan de bank betaalt voor de 'inruil' (de 'swap') van de variabele voor een vaste rente. Die premie is in wezen het spiegelbeeld van de variabele rente: als de kapitaalmarktrente omhoog gaat, wordt de afnemer beschermd door de 'swap', maar als de kapitaalmarktrente *daalt* dan neemt de premie *toe*. Alleen daarom al is het woord 'swap' of 'ruil' in wezen misleidend: het is niet een ruil waarbij partijen over en weer eenmalig een goed of prestatie in de plaats van een andere geven (vgl. art. 7:49 BW), maar een wederkerige duurovereenkomst waarbij de prestaties van partijen gedurende de looptijd variabel zijn.

¹ Delen van deze bijdrage zijn ontleend aan W.H. van Boom, 'Art. 6:278 BW - slecht gekrijte keu leidt tot gescheurd laken', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluiterijd – Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 279 e.v.

De derivatenovereenkomst is geconstrueerd als een losse overeenkomst; ze kan in principe voortbestaan zonder de kredietovereenkomst en ze kan desgewenst worden 'aangehaakt' bij een andere kredietovereenkomst. Dat betekent dat als de geldlening zou worden beëindigd of vervroegd worden afgelost, de premieplicht uit de derivatenovereenkomst gewoon blijft voortbestaan. Wil de klant de derivatenovereenkomst stopzetten, dan moet deze vaak worden afgekocht ('unwinding' noemt men dat). Aan tussentijdse stopzetting zit dus een prijskaartje, en dat was afnemers niet altijd duidelijk. Bij almaar dalende rentestand wordt een rentederivaat een molensteen om de nek van de afnemer, en die daling is precies wat zich in de afgelopen jaren heeft voorgedaan. Vanaf 2008 is de Euribor (met een tussenpose tussen april 2010 en oktober 2011) in een glijvlucht geraakt; vanaf mei 2015 tot augustus 2022 is de rentestand zelfs negatief geweest.

Zoals vaker het geval is, dringen de inherente risico's van financiële producten pas echt goed door tot afnemers als ze zich verwezenlijken. De kosten van de swap bleken in veel gevallen langdurig hoger uit te pakken dan een 'gewone' vasterenteperiode. Dat doet de vraag rijzen: hoe komt het dat zoveel ondernemers deze producten hebben afgenomen, terwijl ze inherent gevaarlijker zijn dan een gewone geldlening tegen een vasterenteperiode? Het antwoord is kort gezegd: deels omdat sommige banken, gedreven door winstbejag, deze producten actief hebben aangeprezen als alternatief voor zo'n gewone lening, deels omdat de renteswapleningen bij aanvang werkelijk goedkoper waren en afnemers er dus ook belang bij hadden en zij zich niet genoeg verdiepten in de werking ervan, en deels omdat de contracten in onbegrijpelijke taal waren opgesteld. Zo gingen slagers en kinderdagverblijven maar ook kleine vastgoedinvesteerders overeenkomsten aan die zij maar half begrepen, waarbij ze blind voeren op verkooppraatjes en adviezen van tussenpersonen.

De afwikkeling van deze zaken heeft zich deels afgespeeld in individuele rechtszaken en deels via een door de betrokken banken opgezette regeling. Die regeling is totstandgekomen onder grote politieke druk: banken hebben onder invloed van die druk een buitenwettelijk 'uniform herstellkader' met een 'onafhankelijke derivatencommissie' opgetuigd die 'passende compensatie' kon bieden. Banken die eerst niet wilden meewerken, lieten zich op het Ministerie van Financiën in het gareel blaffen. Sommige bankiers hebben in de Tweede Kamer op enig moment zelfs schuld betuigd over de gang van zaken.

In een aantal rechtszaken is door afnemers aangevoerd dat zij bij het aangaan van de derivatenovereenkomst gedwaald hebben door onjuiste mededelingen van de bank of het achterwege blijven van goede informatie van de zijde van de bank (art. 6:228 BW). Ook is wel aangevoerd dat de bank de precontractuele zorgplicht heeft geschonden (art. 6:162 BW) door niet goed voor te lichten dan wel te waarschuwen en dat die schending tot aankoop schade heeft geleid. De eerste grondslag leidt strikt genomen tot vernietiging en ongedaanmakingsverbintenissen over en weer (art. 3:53 lid 1 jo. art. 6:203 lid 1 BW), terwijl de tweede grondslag tot schadevergoeding leidt zonder dat de overeenkomst wordt aangetast. Het bestaan van de overeenkomst is dan als het ware de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd.

Procedure en uitspraak

De procedure die leidde tot het hier besproken arrest betreft een onderneming die zich met groenvoorzieningen bezighoudt en met aan- en verkoop van onroerende zaken. ABN Amro heeft verschillende kredieten verstrekt met een variabele rente gekoppeld aan de Euribor. Op enig moment heeft de bank de voorwaarde gesteld dat het renterisico zou worden afgedekt. Daartoe is de afnemer verschillende renteswaps overeengekomen met de bank. Bij die gelegenheid werd steeds een brochure toegezonden waarin letterlijk werd beschreven dat aan 'unwinding' afhankelijk van de marktomstandigheden aanzienlijke kosten verbonden konden zijn. Ook werd in algemene zin

geadviseerd: “Wij adviseren u alleen een derivatentransactie te doen als u de aard van de transactie volledig begrijpt, de aan de transactie verbonden risico’s kunt overzien en de financiële gevolgen kunt dragen. Als u hiervan niet zeker bent, laat u zich dan nader informeren over de betreffende risico’s”. Op een later moment, bij het uitbreiden van het krediet van de ondernemer, heeft de bank geadviseerd omtrent het afsluiten van een zogeheten cancellable renteswap, die op bepaalde momenten ‘boetevrij’ kon worden beëindigd. De afnemer heeft er toen echter voor gekozen om een ‘gewone’ renteswap aan te schaffen. Weer later werd door de afnemer echter gekozen voor omzetting van een aantal renteswaps in een vorm van renteswap waarbij de premie tot een bepaald punt gemaximeerd zou blijven. Steeds heeft de afnemer getekend bij de verklaring dat de overhandigde stukken ‘ontvangen, gelezen en begrepen waren’.

De afnemer vordert in deze procedure (i) verklaring voor recht dat ABN Amro de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden bij het adviseren, het in rekening brengen van kosten, provisies en opslagen, (ii) vernietiging op grond van art. 6:228 BW en (iii) terugbetaling van alle in rekening gebrachte kosten die uit de renteswap voortgekomen zijn. Let wel: alleen de overeenkomst van renteswap wordt betrokken in deze vorderingen, niet de overeenkomst van geldlening. Dat zal, zo zullen we hierna zien, relevant zijn.

De rechtbank stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, omdat de te maken keuzes in deze zaak ook van belang zijn in veel andere, gelijksoortige rechtszaken. De eerste vraag die de Hoge Raad beantwoordt, is wanneer de bank de mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder b BW heeft voldaan. De Hoge Raad vat de stand van zaken op dat punt samen en komt – niet verrassend – tot het oordeel dat het dwalingsleerstuk ook kan worden toegepast op een renteswapovereenkomst:

“(…) 3.5.3 Op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, zal in het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De T. / Dexia), rov. 4.4.5.

3.5.4 De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De T. / Dexia), rov. 4.4.4 en 4.4.5.

3.5.5 De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zij volgt uit de bijzondere zorgplicht die op een dergelijke professionele aanbieder rust in verband met zijn maatschappelijke functie en deskundigheid. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico’s. Zie HR 5 juni 2009,

ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De T. / Dexia), rov. 4.4.5 en 4.8.4 en vgl. onder meer HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2191, rov. 3.3.3 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298 (Hypinvest), rov. (...)

3.5.6 De eerste prejudiciële vraag wordt op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. Omvang en inhoud van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de wezenlijke kenmerken en risico's van het product betreffen, zoals in het onderhavige geval het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Een en ander is in overeenstemming met de lijn in de jurisprudentie die is ingezet met HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De T. / Dexia). (...)"

De Hoge Raad voegt eraan toe dat voor een beroep op dwaling niet vereist is dat de dwalende nadeel heeft ondervonden door het sluiten van de overeenkomst:

"(...)Volgens vaste rechtspraak is voor een succesvol beroep op de in art. 6:228 BW vermelde vernietigingsgrond niet vereist dat degene die zich daarop beroept door het aangaan van de overeenkomst is benadeeld. Wel is vereist dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. (Vgl. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, rov. 3.4; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854 ([...]), rov. 3.4.2; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95 (Delta/S'Energy), rov. 3.3.) Het is daarbij aan degene die zich op dwaling beroept, te stellen en bij voldoende betwisting aannemelijk te maken dat hij zonder de dwaling de overeenkomst, of een of meer door hem aan te wijzen onderdelen daarvan, niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten (vgl. HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, NJ 1997/222 (Geerlofs Koeltechniek), rov. 3.3). (...)"

De volgende vraag betreft de wijze van afwickelen voor het geval het beroep op dwaling slaagt. Daarbij neemt de Hoge Raad als uitgangspunt twee gangbare manieren van uitleg van de overeenkomst van renteswapovereenkomst, de zogeheten geldstroomuitleg en de risico-uitleg. Veel maakt het niet uit hoe men de overeenkomst karakteriseert, zo blijkt uiteindelijk uit het arrest in r.o. 3.6.9. In beide gevallen moet worden gewaakt voor wat de Hoge Raad 'onevenwichtige resultaten' noemt.

"(...) 3.6.4 Vernietiging van een renteswapovereenkomst heeft in beginsel tot gevolg dat de door partijen op grond van die overeenkomst verrichte prestaties over en weer ongedaan moeten worden gemaakt (art. 3:53 lid 1 BW in verbinding met art. 6:203 lid 1 BW). Welke prestaties op grond van de overeenkomst zijn verricht, moet worden vastgesteld door uitleg van die overeenkomst. Die uitleg kan in een concreet geval meebrengen dat als prestaties uitsluitend worden aangemerkt de betalingen van de vaste rente door de cliënt enerzijds en van de variabele rente door de bank anderzijds (hierna ook: de geldstroomuitleg). Uit de uitleg kan ook volgen dat als prestatie van de bank mede is aan te merken dat zij het risico van een verandering van de rente geheel of gedeeltelijk van de cliënt overneemt (hierna ook: de risico-uitleg). Afhankelijk van de uitleg waartoe wordt gekomen, gelden bij de ongedaanmaking verschillende uitgangspunten. In het navolgende zal eerst de ongedaanmaking bij de geldstroomuitleg worden behandeld. De gevolgen van vernietiging bij de risico-uitleg komen hierna in 3.6.9 aan de orde.

3.6.5 Als de renteswapovereenkomst in een bepaald geval aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank uitsluitend bestaat in het betalen van de variabele rente (de geldstroomuitleg), dienen na vernietiging in beginsel de over en weer verrichte betalingen ongedaan te worden gemaakt. De cliënt wordt daardoor in de positie gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij geen rentederivaat zou zijn overeengekomen. Aldus verschillen de gevolgen van vernietiging wegens dwaling van de gevolgen van schending van de hiervoor in 3.5.5 bedoelde bijzondere zorgplicht. Bij een zorgplichtschending is de bank verplicht de schade te vergoeden die door die schending is ontstaan.

De gevolgen van de overeenkomst blijven bij een zorgplichtschending – anders dan bij een gegrond beroep op vernietiging – in stand.

3.6.6 Algehele ongedaanmaking van de over en weer verrichte betalingen zal in zaken waarin sprake is van dwaling bij rentederivaten tot onevenwichtige resultaten kunnen leiden. Dat houdt verband met het volgende. In de meeste gevallen waarin een renteswap ter vermindering van het risico van een stijging van de variabele rente werd afgesloten, heeft dat risico zich niet verwezenlijkt. Integendeel, deze rente is de afgelopen jaren, met een korte onderbreking, sterk gedaald (...). Algehele ongedaanmaking van de betalingen onder de renteswap levert de cliënt daardoor in veel gevallen het voordeel op dat hij zich achteraf kan onttrekken aan de voor hem, gegeven de renteswap, ongunstige marktontwikkelingen. Dat resultaat is gerechtvaardigd indien en voor zover de cliënt onder invloed van dwaling voor het afdekken van het renterisico als zodanig heeft gekozen. Als echter aannemelijk is dat de cliënt destijds ook geheel of gedeeltelijk voor het afdekken van het renterisico zou hebben gekozen als hij niet in dwaling zou hebben verkeerd, levert het een niet gerechtvaardigd resultaat op dat hij zich, in de wetenschap van de renteontwikkeling die zich inmiddels heeft voorgedaan, achteraf door een beroep op dwaling zou kunnen onttrekken aan de aan zijn keuze inherente gevolgen. Daarbij is van belang dat de cliënt de afgelopen jaren wel beschermd is geweest tegen het risico van een stijging van de variabele rente, en dat het hier gaat om een overeenkomst waarvan juist een wezenlijk kenmerk is dat de risico's van toekomstige ontwikkelingen worden verdeeld.

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

Dwaling over de afdekking van het risico van rentestijging als zodanig

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

Dwaling over andere aspecten van het rentederivaat

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

3.6.8 Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op dwaling op de hiervoor beschreven wijze te beperken. In dit verband kan worden gewezen op de volgende aanknopingspunten. Volgens art. 6:228 lid 2 BW kan de vernietiging niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Art. 6:230 BW biedt bij dwaling de mogelijkheid om op verlangen van een van partijen, in plaats van vernietiging, de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen op een manier die het nadeel van de dwalende afdoende opheft. Buiten de regeling van de dwaling zijn te noemen art. 3:54 lid 2 BW, dat voor misbruik van omstandigheden eenzelfde regeling kent als art. 6:230 lid 2 BW, art. 6:278 BW, waarin de gevolgen van de ongedaanmaking van een overeenkomst worden beperkt indien aan de keuze van een partij om de overeenkomst te ontbinden of op andere wijze ongedaan te maken, mede ten grondslag ligt dat de verhouding in de waarde van de prestaties inmiddels in haar voordeel is veranderd, en art. 3:53 lid 2 BW, dat bepaalt dat de rechter desgevraagd aan een

vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid dat een beroep op algehele vernietiging wegens dwaling moet afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW indien dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.6.9 Als de overeenkomst aldus wordt uitgelegd dat de prestatie van de bank niet bestaat in het verrichten van betalingen, maar in het overnemen van het renterisico (de risico-uitleg; zie hiervoor in 3.6.4) sluit de aard van deze prestatie uit dat zij voor het verleden ongedaan wordt gemaakt. Art. 6:210 lid 2 BW bepaalt voor zodanig geval dat, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van de ontvangst daarvan in de plaats treedt voor de ongedaanmaking, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Indien de dwaling van de cliënt geen betrekking heeft op de afdekking van het renterisico als zodanig, maar uitsluitend op andere aspecten van het rentederivaat, zoals het risico dat bij tussentijdse beëindiging een betalingsverplichting kan ontstaan, zal bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van de bank mede een rol kunnen spelen in welke positie de cliënt zou hebben verkeerd als hij voor een andere wijze van afdekking van het renterisico zou hebben gekozen. Op grond van art. 6:210 lid 2 BW, en zo nodig van art. 3:53 lid 2 BW, kunnen bij de risico-uitleg aldus dezelfde resultaten worden bereikt als bij de geldstroomuitleg.

3.6.10 Het is mogelijk dat een aan het product verbonden risico waarover de cliënt heeft gedwaald, zich niet heeft verwezenlijkt of zal verwezenlijken, zoals bijvoorbeeld het risico van een betalingsverplichting bij tussentijdse beëindiging in het geval dat de renteswap niet tussentijds beëindigd is. Deze omstandigheid sluit op zichzelf een beroep op dwaling wegens onbekendheid met dit risico niet uit. De cliënt heeft dit risico immers wel gelopen. Indien een beroep op dwaling in een dergelijk geval slaagt, kunnen de gevolgen daarvan op de hiervoor beschreven wijze worden beperkt, door na te gaan wat de cliënt ten tijde van het aangaan van de overeenkomst zou hebben gedaan als hij over het betrokken risico niet in dwaling zou hebben verkeerd.

3.6.11 Als er naast dwaling ook sprake is geweest van schending van een bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover die niet reeds is weggenomen door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed, indien deze vergoeding is gevorderd.

3.6.12 De tweede en de derde prejudiciële vraag worden op grond van het voorgaande als volgt beantwoord. De omstandigheid dat de dwalende geen nadeel heeft ondervonden en zal kunnen ondervinden van zijn onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de renteswapovereenkomst, staat niet eraan in de weg dat hij zich met succes beroept op dwaling (art. 6:228 BW). Hij zal daartoe moeten stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting aannemelijk moeten maken, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet, althans niet onder de overeengekomen voorwaarden, zou hebben gesloten. Bij het vaststellen van de gevolgen van de vernietiging van een renteswapovereenkomst moeten ongerechtvaardigde resultaten als hiervoor in 3.6.6 bedoeld worden voorkomen. Daarom zal de dwalende cliënt, indien aannemelijk is dat hij ook bij afwezigheid van de dwaling voor afdekking van het renterisico zou hebben gekozen, zoveel mogelijk in de toestand moeten worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst op het onderdeel of de onderdelen van de overeenkomst waarover hij dwaalde, niet in dwaling zou hebben verkeerd. Als er naast dwaling sprake is geweest van schending van de bijzondere zorgplicht van de bank, dient de daardoor veroorzaakte schade, voor zover zij niet reeds is vergoed door de ongedaanmaking van de prestaties als gevolg van de vernietiging wegens dwaling, volgens de daarvoor geldende regels te worden vergoed. (...)"

2. Commentaar

Wat de Hoge Raad hier doet, is een poging tot 'cherry picking' tegengaan. Als tijdens de looptijd van de kredietovereenkomst de rente is gedaald, kan het gunstig zijn voor de afnemer om achteraf de

kredietovereenkomst *niet* te vernietigen maar de derivatenovereenkomst *wel*. Als de uitkomst daarvan namelijk is dat de betaalde ‘premie’ onder de derivatenovereenkomst onverschuldigd is betaald, moet die worden terugbetaald en blijft voor de afnemer alleen de betalingsplicht over ten aanzien van de variabele Euribor onder de kredietovereenkomst. Zou vernietiging zo uitpakken, dan bevrijdt ze dus van de molensteen van de renteswap en maakt het achteraf mogelijk om te kiezen voor de variabele rente die lager uitpakte dan verwacht. Dat kan, aldus de Hoge Raad, tot onevenwichtige resultaten leiden.² Immers, het vernietigen van de derivatenovereenkomst met instandlating van de kredietovereenkomst tegen steeds lagere variabele rente levert een voordeel op wat niet zou zijn genoten als de rente was *gestegen*. De klant heeft door de renteswap bescherming genoten tegen een risico van rentestijging, ook al heeft dit risico zich niet verwezenlijkt,³ en *daarin* moet de waarde van de tegenprestatie worden gezien voor de toepassing van art. 6:210 lid 2 BW.

Daarom maakt de Hoge Raad onderscheid tussen verschillende scenario’s die zich in het hypothetische geval van goede voorlichting zouden hebben kunnen voordoen. Als het aannemelijk is dat de dwalende – zou hij goed zijn voorgelicht over de voor- en nadelen van het combineren van een kredietovereenkomst met een rentederivaat – zou hebben gekozen voor een *andere* manier om zich in te dekken tegen renteschommelingen, dan levert het toestaan van een vernietiging én ongedaanmaking van de betalingen uit de derivatenovereenkomst een ‘niet gerechtvaardigd resultaat op dat hij zich, in de wetenschap van de renteontwikkeling die zich inmiddels heeft voorgedaan, achteraf door een beroep op dwaling zou kunnen onttrekken aan de aan zijn keuze inherente gevolgen’.⁴ Daarom moet de klant, als komt vast te staan dat deze bij een juiste voorstelling van zaken het renterisico óók zou hebben afgedekt maar op een andere wijze, bijvoorbeeld met een kredietovereenkomst tegen een vaste rente, in de positie worden gebracht alsof hij *die* keuze zou hebben gemaakt. De wederzijdse ongedaanmakingsverplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht, aldus de Hoge Raad.⁵

En daarop laat de Hoge Raad in r.o. 3.6.8 een fraaie overweging volgen waaruit blijkt dat deze proportionele oplossing past in het systeem van de wet. Er wordt gewezen op de risicoedelingsregel van art. 6:228 lid 2 BW, op de aanpassingsmogelijkheid van art. 6:230 BW en art. 3:54 lid 2 BW, op art. 6:278 BW dat aanpassing mogelijk maakt bij tussentijds gewijzigde waardeverhoudingen, op art. 3:53 lid 2 BW dat aanpassing mogelijk maakt als de reeds ingetreden gevolgen van de rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, en – als klap op de vuurpijl – op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Hiermee zet de Hoge Raad een aantal wetsartikelen op een rij die de remedie van vernietiging tot aanvaardbare proporties terugbrengt volgens het beginsel ‘dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt’.⁶ In de sleutel van dat beginsel kunnen zeker art. 6:230 lid 2 BW en art. 3:54 lid 2 BW worden gezet, net als art. 6:278 BW en art. 6:248 lid 2 BW.⁷

² Afhankelijk van de uitleg van de derivatenovereenkomst, kan de prestatie die de bank verricht als een risico-overname worden beschouwd (de ‘risico-uitleg’) en zodoende het onderwerp worden van een terugbetalingsverbintenis als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW en art. 6:272 lid 1 BW. Een risico-overname is een prestatie die naar de aard niet ongedaan is te maken, en dus moet de waarde daarvan in beginsel worden geschat op de marktwaarde ten tijde van de ontvangst.

³ HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJB* 2019/2116 (*rentederivaat ING*), r.o. 4.5.3.

⁴ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJB* 2019/1565 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.6.6.

⁵ R.o. 3.6.7.

⁶ Bijv. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*). Daarover W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 99.

⁷ M.i. passen art. 6:228 lid 2 BW en art. 3:53 lid 2 BW minder goed in dit ‘stelsel van de wet’.

De Hoge Raad brengt een verband aan tussen de omstandigheden waaronder een beroep op het wilsgebrek dwaling wordt gedaan en de mate waarin ongedaanmaking, de ultieme remedie van de vernietiging toepassing behoort te vinden. Eigenlijk wordt door de Hoge Raad een tweedeling gemaakt tussen die gevallen waarin zonder het wilsgebrek de transactie *geheel* geen doorgang zou hebben gevonden en die waarin de transactie met deze wederpartij wel zou zijn doorgedaan maar *anders* zou zijn vormgegeven of op andere voorwaarden zou zijn gesloten.⁸ In dat tweede geval kan aanpassing om het geleden nadeel weg te nemen, een passender remedie zijn dan de algehele ongedaanmaking die uit art. 6:203 e.v. BW voortvloeit. Zo worden ‘onevenwichtige resultaten’ voorkomen.

Deze benadering versterkt de band tussen het schadevergoedingsrecht en het leerstuk van vernietiging. Weliswaar is de hoofdregel dat vernietiging wegens wilsgebreken ook mogelijk is als geen sprake is van enig nadeel,⁹ maar als aannemelijk is dat in de hypothetische situatie wel zou zijn gecontracteerd maar op andere voorwaarden, dan ligt het volgens de Hoge Raad voor de hand om niet volledig ongedaan te maken maar om te kijken hoe met een vergoeding in geld die ‘andere voorwaarden’ kunnen worden benaderd. Vernietiging geeft dan dus niet het recht om in de situatie te worden gebracht dat in het geheel niet zou zijn gecontracteerd, maar in de situatie die zou zijn ontstaan als zou zijn gecontracteerd zonder wilsgebrek. Dat is bepaald vernieuwend en wijkt af van het ‘alles of niets denken’ dat bij vernietiging wegens dwaling blijktens art. 3:53 lid 1 BW jo. art. 6:203 e.v. BW vooropstaat.

⁸ Immers, de Hoge Raad (r.o. 3.6.7) maakt onderscheid tussen gevallen waarin de dwalende bij afwezigheid van de dwaling niet voor het afdekken van het renterisico zou hebben gekozen (dus: geen aankoop derivaat) en gevallen waarin de dwalende voor een andere vorm van het afdekken zou hebben gekozen (dus bijvoorbeeld: een vastrentende kredietovereenkomst).

⁹ Zie voor dat uitgangspunt bij de wilsgebreken bijv. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, *NJ* 2001/159; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95, *NJB* 2017/314 en het onderhavige arrest, r.o. 3.6.3.