

Bancaire zorgplicht en dwaling bij het aangaan van renteswaps

Prof.mr. D. Busch*

Hoge Raad 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499 (*ABN AMRO Bank N.V. / X c.s.*)

1 Inleiding

In heel Europa zijn bedrijven en (semi-)publieke instellingen in de financiële problemen gekomen door het afsluiten van renteswaps. Velen waren zich onvoldoende bewust van de risico's die aan dit soort producten verbonden zijn. In eerdere annotaties berichtte ik al over problemen met renteswaps in Schotland en Spanje.¹ In deze annotatie is het vizier gericht op problemen met renteswaps in Nederland. De uitspraak van de Hoge Raad die thans ter bespreking voorligt gaat over de relatie tussen de bancaire zorgplicht en het dwalingsleerstuk bij het aangaan van renteswaps.²

2 Werking en risico's van renteswaps

Maar eerst een korte beschrijving van de werking en risico's van renteswaps. Leningen aan bedrijven en (semi-)publieke instellingen worden niet zelden verleend tegen een variabele rente, bestaande uit de vigerende basisrente (Libor of Euribor³) plus een renteopslag. Omdat de basisrente fluctueert, fluctueert ook de rente die op de lening moet worden betaald. Lange tijd steeg de basisrente voor-

namelijk, met als gevolg een stijging van de fundingkosten voor bedrijven en (semi-)publieke instellingen. Veelal tegelijk met het afsluiten van de lening (danwel niet lang daarna) werd tussen de leningnemer en de leninggever (of een andere bank) een renteswap (in het Nederlands: een renteruilcontract) afgesloten ter afdekking van het risico van een rentestijging. De leningnemer 'ruilt' zijn variabele rente dan tegen een vaste rente met de bank. Kortom, het risico van een rentestijging is boven het niveau van de afgesproken vaste rente voor rekening en risico van de bank.⁴ Uiteraard moet er door de cliënt wel worden betaald voor het afsluiten van het swapcontract. Bovendien is het swapcontract voor de cliënt alleen gunstig zolang de vaste swaprente *lager* is dan de variabele rente op de onderliggende lening. Als de vaste swaprente *hoger* is dan de variabele rente, betaalt de leningnemer immers meer dan hij zou hebben betaald zonder swapcontract. Dan zou hij immers alleen de lagere variabele rente moeten betalen. Mede als gevolg van de financiële crisis en het monetaire beleid van de Europese Centrale Bank (ECB) is de basisrente de afgelopen jaren sterk gedaald,

* Met dank aan prof.mr. V.P.G. de Serière voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze annotatie.

1 Zie Court of Session 21 augustus 2012 [2012] CSOH 133 (*Grant Estates Ltd. and ors v. Royal Bank of Scotland*), AA20130212, m.nt. D. Busch; HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11 (*Genil 48 SL e.a. / Bankinter SA e.a.*), AA20130667, m.nt. D. Busch.

2 Op dezelfde dag wees de Hoge Raad nog een ander arrest inzake renteswaps en dwaling: ECLI:NL:HR:2019:1500 (*ING Bank N.V. / X*). In dat

arrest en in het arrest dat in deze annotatie wordt besproken, bouwt de Hoge Raad voort op zijn prejudiciële beslissing d.d. 28 juni 2019 inzake dwaling bij renteswaps (ECLI:NL:HR:2019:1046), *JOR* 2019/223, m.nt. F.P.C. Strijbos. De *ING*-zaak is (tezamen met de thans ter bespreking voorliggende *ABN AMRO*-zaak) eveneens geannoteerd door F.P.C. Strijbos, zie *JOR* 2019/253.

3 Libor: London Interbank Offered Rate; Euribor: Euro Interbank Offered Rate.

4 Het risico van een rentestijging is boven het

niveau van de afgesproken vaste rente weliswaar voor rekening en risico van de bank, maar deze zal haar blootstelling ('exposure') onder de swap in de praktijk weer afdekken door een spiegelbeeldige transactie met een derde. Dit gegeven verklaart ook waarom de swap als een afzonderlijke transactie wordt afgesloten, 'los' van de onderliggende lening. De wederpartij van de tegengestelde transactie wil immers niets te maken hebben met de relatie tussen bank en leningnemer.

met als gevolg dat in veel gevallen de vaste swaprente hoger werd dan de variabele rente op de onderliggende lening – het swapcontract heeft dan een negatieve waarde voor de cliënt. Veel leningnemers wilden daarom hun swapcontracten vroegtijdig beëindigen, ook omdat de bank bij een negatieve waarde onderpand vraagt om het kredietrisico op de cliënt af te dekken ('margin calls'). Een swapcontract met een negatieve waarde kan weliswaar tussentijds worden beëindigd, maar dat brengt in de regel dan wel (hoge) kosten mee voor de cliënt.⁵ Ook komt het voor dat het op enig moment gewenst is een onderliggende lening vroegtijdig af te lossen. Het swapcontract loopt in dat geval in principe door. Het swapcontract kan ook dan vroegtijdig worden beëindigd, maar dat brengt in de regel dan wel weer (hoge) kosten mee. Ook was het veel leningnemers ontgaan dat met een renteswap enkel de variabele basisrente op de onderliggende lening wordt geruild tegen een vaste rente. De additionele renteopslag die de bank in rekening brengt valt niet onder de werking van de renteswap. In de onderliggende leningdocumentatie staat veelal opgenomen dat de bank de renteopslag eenzijdig kan verhogen. Van die bevoegdheid is veelvuldig gebruik gemaakt, dit tot verbazing van veel leningnemers, die juist dachten dat zij door het afsluiten van een renteswap de te betalen rente hadden gefixeerd.⁶

3 Feiten

De feiten lagen in de ter bespreking voorliggende zaak op hoofdlijnen als volgt. X exploiteerde een recreatiestrand. X heeft ABN AMRO Bank N.V. (hierna: de Bank) op een goed moment gevraagd naar de mogelijkheden om de aankoop te financieren van het recreatiestrand. Op 19 juni 2007 is tussen X en de Bank een kredietovereenkomst tot stand gekomen bestaande uit leningen van € 650.000 en € 425.000, beide tegen een variabele rente gebaseerd op het éénmaands Euribortarief vermeerderd met een opslag van 1,35% per jaar. Niet lang daarna heeft X met de Bank een renteswap afgesloten teneinde het opwaartse renterisico op deze onderliggende leningen af te dekken. Op 20 juni 2007 hebben vertegenwoordigers van de Bank en X telefonisch gesproken over het sluiten van een renteswap. Bij brief van dezelfde dag (op 27 juni 2007 namens X ondertekend en geretourneerd aan de Bank) heeft de Bank voor zover relevant het volgende bericht:

'Door ondertekening van deze bevestiging verklaart Cliënt:

- naar tevredenheid te zijn ingelicht door de Bank over de Transactie en alle benodigde informatie, waaronder een beschrijving en uitleg van de Bank te hebben ontvangen;
- dat Cliënt zelfstandig – of eventueel met behulp van door Cliënt ingeschakelde (financiële) adviseurs – deze Transactie heeft geanalyseerd;
- dat Cliënt zich realiseert dat de Bank uw contractspartij is en niet uw (financieel) adviseur [curs. DB].
- dat de Transactie past in de risicobeheersing strategie van de Cliënt;
- dat de in deze bevestiging vastgelegde variabelen van de Transactie volledig en correct zijn.'

Op 17 februari 2012 is het krediet vervroegd afgelost in verband met de verkoop van de onderneming van X aan een derde. In dat kader heeft de Bank de renteswap beëindigd en de negatieve marktwaarde ervan (€ 168.900) bij X in rekening gebracht. Na volledige voldoening heeft de Bank de ten gunste van haar en ten laste van X gevestigde zekerheden (rechten van hypotheek) vrijgegeven. Bij brief van 13 november 2012 aan de Bank heeft de advocaat van X de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd. De rechtbank Amsterdam wees de daarop gebaseerde vorderingen af, maar het hof Amsterdam wees de vorderingen deels toe. Vervolgens is cassatieberoep ingesteld.

4 Hof Amsterdam

Laten we eerst een blik werpen op het eindarrest van het hof Amsterdam in deze zaak.⁷

Adviesrelatie of louter handelen als wederpartij?

Niet zelden voeren banken in procedures het verweer dat zij geen zorgplicht hebben in relatie tot de koper van de renteswap, omdat zij niet de adviseur van de koper zijn, maar slechts diens contractuele wederpartij (handelen voor eigen rekening).⁸ Hierbij doen banken stevast een beroep op een standaardclausule in renteswapcontracten die expliciet bepaalt dat de bank de koper niet adviseert over de renteswap maar slechts diens contractuele wederpartij is. Meestal kruipt het bloed echter waar het niet gaan kan en kan aan de hand van e-mails en bijvoorbeeld getuigenverklaringen worden vastgesteld dat de bankmedewerker die de renteswap heeft verkocht de koper wel degelijk geadviseerd heeft de renteswap af te sluiten, een en ander in weerwil van de duidelijke contractuele bepa-

5 Die kosten bestaan uit een beëindigingsvergoeding ('termination payment') die gewoonlijk gelijk is aan de marktwaarde van de swap voor de resterende looptijd, en banken willen daarnaast ook nog wel een (voornamelijk administratieve) 'breakage fee' in rekening brengen. In de discussies over de hoge beëindigingskosten komt overigens meestal niet goed uit de verf dat de bank zelf doorgaans ook 'termination payments' verschuldigd is als ze de swap met een tegengestelde transactie heeft afgedekt.

6 Bij een negatieve rente doet zich tot slot de complicatie voor dat de geldnemer mogelijk is blootgesteld aan een dubbele rentebetalingverplichting.

Leningnemers zijn zich van deze complicatie veelal niet bewust

7 Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946.

8 Zie ook: A.G.F. Ancery, 'Het swappen van mededelingsplichten', *MvV* 2017, p. 332-340, op p. 333. Zie over het onderscheid tussen enerzijds advies (en andere vormen van beleggingsdienstverlening) en anderzijds handelen voor eigen rekening in breder perspectief: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. UvA), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 138 e.v.; D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten*

(Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht; VHI-reeks deel 130), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 101 e.v. Zie over dit onderscheid voorts HvJ EU 22 maart 2018, gevoegde zaken C-688/15 en C-109/16, ECLI:EU:C:2018:209 (*Agnieszka Anisimovienė e.a. tegen bankas 'Snoras' AB, in liquidation e.a.*), AA20180386, m.nt. D. Busch; Commissie van Beroep Kifid 19 april 2018 (2018-028), *JOR* 2019/11, m.nt. K. Frielink, eveneens beschikbaar via www.kifid.nl/uitspraken/ (omwille van de transparantie zij vermeld dat uw annotator een van de bindend adviseurs was die de Kifid-beslissing heeft gewezen).

ling. Nederlandse civiele rechters hebben er in dit soort gevallen weinig moeite mee om de contractuele clausule te negeren en af te gaan op de feitelijke gang van zaken. De uitspraak van het hof Amsterdam vormt hierop geen uitzondering.

Het hof memoreert dat hij al in het tussenarrest heeft overwogen dat tussen partijen vaststaat dat zij een kredietrelatie hadden en dat X sinds de jaren 90 cliënt van de Bank was. Het initiatief tot het aangaan van de renteswap was geheel afkomstig van de Bank. Zij heeft X uitgenodigd voor een speciaal voor haar belegde voorlichtingsbijeenkomst. Partijen hebben met de renteswap beoogd de risico's te beperken die zijn verbonden aan een mogelijke stijging van het op het krediet toepasselijke éénmaands Euribortarief. Zonder de kredietovereenkomst en de bestaande kredietrelatie zou de renteswap niet zijn gesloten (r.o. 2.8).

Onder deze omstandigheden mocht X in beginsel gerechtvaardigd ervan uitgaan dat bij het sluiten van de renteswap haar belangen werden behartigd door de Bank. De renteswap is gesloten in het kader van de bestaande kredietrelatie, in samenhang met een verstrekte financiering en is gepresenteerd door de Bank als zijnde in het belang van X als cliënt en niet als voorwaarde voor de financiering. X mocht er daarom van uitgaan dat de Bank jegens haar optrad als dienstverlener en niet enkel als haar tegenpartij. De wijze waarop de Bank is opgetreden kan redelijkerwijs niet als enkel handelen voor eigen rekening worden gekwalificeerd. Gelet op de aard van de verleende dienst, het aan X aanbevelen van een specifiek financieel instrument – een renteswap – die voor haar geschikt is ter afdekking van haar renterisico, gaat het om een op de omstandigheden van de persoon van de cliënt toegespitste aanbeveling, zodat X door de Bank is geadviseerd (r.o. 2.9).

Zorgplicht

Volgens het hof rustte op de Bank in het kader van haar advisering een op artikel 7:401 BW gebaseerde zorgplicht. Deze *kon* meebrengen dat de Bank als op het punt van kredietverstrekking en renteswaps bij uitstek professionele partij was gehouden X 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 (r.o. 2.12).

Zorgplicht en onderzoeksplicht

Waartoe leidt de bancaire zorgplicht in dit concrete geval? Volgens het hof allereerst tot het volgende. Teneinde in het onderhavige geval aan haar zorgplicht als adviseur te kunnen voldoen moest de Bank de informatie inwinnen die redelijkerwijs relevant was voor het te geven advies. Zij moest daarom onderzoek doen naar de financiële

positie van X, mede met het oog op de extra (margin)verplichtingen die een renteswap kan meebrengen, en naardiens kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid (ken-uw-cliënt-regels). Niet is gesteld of gebleken dat de Bank een dergelijk onderzoek heeft gedaan (zij meende immers dat er helemaal geen adviesrelatie bestond) om op basis van de uitkomst daarvan te kunnen beoordelen of een renteswap voor X geschikt was. Niet is gesteld of gebleken dat X kennis had van en ervaring had met een product als het onderhavige. Aangenomen moet daarom worden dat X ter zake als ondeskundig en onervaren moet worden aangemerkt (r.o. 2.13).

Zorgplicht en waarschuwingplicht

Een onderzoeksplicht zoals het hof die hier aanneemt is een standaard ingrediënt van de bancaire zorgplicht. Een ander standaard ingrediënt van de zorgplicht is de waarschuwingplicht. Het hof Amsterdam neemt een aanloopje. Ten aanzien van het geadviseerde product geldt dat een renteswap in combinatie met langlopende leningen met een variabele rente een complex samenstel is van producten waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Een renteswap is een financieel instrument dat niet op de reguliere beurs wordt aangeboden of verhandeld en waarvan X als niet-professionele partij niet geacht kan worden de kenmerken en risico's te kennen en te overzien. Het gaat om een derivatentransactie waarbij in geval van tussentijdse beëindiging een negatieve waarde kan ontstaan die voor rekening en risico komt van de cliënt (r.o. 2.13).

Op basis van dit een en ander en gezien de adviesrelatie tussen partijen rustte op de Bank voorafgaand aan het sluiten van de renteswap de verplichting X in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van deze derivatentransactie. Zij kon niet volstaan met het verstrekken van schriftelijke algemene, gestandaardiseerde informatie. Op verschillende plaatsen in de overgelegde documentatie wordt in algemene termen gewezen op het feit dat een derivatentransactie is gerelateerd aan een bepaalde onderliggende waarde. Die waarde van de renteswap is afhankelijk van de fluctuaties in de prijs c.q. de koers van die onderliggende waarde. Verder wordt erop gewezen dat bij een tussentijdse beëindiging van de renteswap aan de cliënt in voorkomende gevallen een negatieve waarde in rekening wordt gebracht. Op basis van die informatie alleen is echter niet voldaan aan de verplichting om X in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van een renteswap en dan met name de risico's die zijn verbonden aan een tussentijdse beëindiging daarvan. In de verstrekte informatie wordt immers niet uitgelegd wat in het geval van X de 'onderliggende waarde' is en hoe en onder welke omstandigheden de 'prijs c.q. koers' daarvan kan fluctueren en wat een 'unwinding' precies inhoudt. In de documentatie wordt geen rechtstreeks verband gelegd tussen het variabele Euribortarief en de gevolgen van een (sterke) daling daarvan voor de renteswap, noch wordt

daarin (aan de hand van voorbeelden) concreet gemaakt welke gevolgen dat heeft voor de negatieve waarde van de renteswap en welk concreet financieel risico X loopt in geval van tussentijdse beëindiging in een dergelijke situatie en de gevolgen daarvan. Voor X kon op basis van de verstrekte informatie dan ook niet duidelijk zijn wat een negatieve waarde precies inhield, hoe die waarde zou worden vastgesteld en welke financiële consequenties dat in voorkomende gevallen voor hem zou kunnen hebben (r.o. 2.14).

Tot zover niets nieuws onder de zon

Tot zover eigenlijk niets nieuws onder de zon: (1) dat het hof de feitelijke gang van zaken (waarin de Bank X adviseert over de renteswap) laat prevaleren boven de standaardclausule in het renteswapcontract (die expliciet bepaalt dat de Bank de koper *niet* adviseert over de renteswap maar slechts diens contractuele wederpartij is) mag gelet op de wilsvertrouwensleer (art. 3:33 en 3:35 BW) weinig verbazing wekken; (2) dat de bancaire zorgplicht ook geldt in relatie tot andere niet-professionele klanten dan particulieren (en dus ook geldt jegens de bedrijfsmatig handelende X) is inmiddels algemeen geaccepteerd, dus ook dat aspect is eigenlijk niet verrassend; en (3) dat de bancaire zorgplicht kan resulteren in onderzoeks- en waarschuwingsplichten is vaste rechtspraak van de Hoge Raad.⁹ In cassatie heeft de Bank tegen al deze aspecten van het arrest van het hof Amsterdam terecht geen klachten geformuleerd.

Waarschuwingplicht en dwaling

Maar dan wordt het interessant. In de effectenlease-arresten van 5 juni 2009 maakt de Hoge Raad een strikt onderscheid tussen waarschuwingplichten uit hoofde van de zorgplicht enerzijds en mededelingsplichten binnen het kader van het dwalingsleerstuk anderzijds. De Hoge Raad oordeelde dat de banken de kopers van effectenleaseproducten enerzijds onvoldoende hadden gewaarschuwd voor het risico van een restschuld binnen het kader van de op de banken rustende bijzondere zorgplicht, maar dat zij anderzijds voldoende schriftelijke standaardinformatie hadden verstrekt binnen het kader van het dwalingsleerstuk.¹⁰ In de literatuur is dit onderscheid wel bekritiseerd als te gekunsteld.¹¹

Ook het hof Amsterdam toont zich in de onderhavige uitspraak een criticaster van dit onderscheid. Het hof komt tot het oordeel dat de bank met de schriftelijke informatie die zij heeft 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. Weliswaar rustte op X ook een

verplichting om de wel verstrekte informatie zorgvuldig door te lezen en, als de inhoud daarvan haar niet geheel duidelijk was, aan de Bank om opheldering te vragen. X mocht echter, in aanmerking genomen de rol van de Bank als adviseur, redelijkerwijs ervan uitgaan dat de Bank haar juist en volledig zou informeren omtrent de kenmerken en risico's van het product en dat de Bank als adviseur haar belang voor ogen had. Daarvan uitgaande en gezien het gebrek aan ervaring en deskundigheid aan de zijde van X ten aanzien van het product, kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij geen nadere vragen heeft gesteld (r.o. 2.15).

Daarbij neemt het hof Amsterdam verder in aanmerking dat X zich tot de Bank had gewend in het kader van de kredietverstrekking. Zij hoefde er in beginsel niet op bedacht te zijn dat de Bank haar tevens een derivatenproduct wilde verkopen en dus niet alleen optrad als kredietverstrekker, maar tevens als beleggingsdienstverlener. De Bank heeft nog gesteld dat X werd bijgestaan door een accountant en dat dit relevant is bij de beantwoording van de vraag of een eventuele dwaling voor rekening dient te komen van X, maar de Bank heeft niet concreet toegelicht welke kennis en ervaring de betreffende accountant had met betrekking tot het onderhavige product en ook niet dat en waarom de kennis van de accountant in de gegeven omstandigheden kan worden tegengeworpen aan X (r.o. 2.15).

De bank stelt dat zij X mondeling heeft geïnformeerd over de eigenschappen van de renteswap en heeft van die stelling bewijs aangeboden. Het hof is van oordeel dat de Bank de stelling van X, inhoudende dat de Bank niet heeft voldaan aan de verplichting om X in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie waren verbonden, onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Het enkele hiervoor aangehaalde verweer van de Bank dat de in de memorie van grieven beschreven eigenschappen van de renteswap zijn uitgelegd, volstaat daartoe in de gegeven omstandigheden niet. Met name is van belang dat de Bank niet gemotiveerd duidelijk maakt dat en hoe zij X in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft gewaarschuwd voor de aan de derivatentransactie verbonden risico's. Bij gebreke daarvan moet ervan worden uitgegaan dat de Bank die waarschuwing niet heeft gegeven en wordt aan bewijslevering niet toegekomen (r.o. 2.16 en 2.17).

Al met al heeft (de advocaat van) X de renteswap volgens het hof Amsterdam rechtsgeldig buitengerechtig vernietigd en wijst de daarop gebaseerde vorderingen uit onverschuldigde betaling deels toe (r.o. 2.18-2.31 en 4). Er wordt cassatieberoep ingesteld.

9 Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T. / Dexia*); HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis / X*); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, AA20120752, m.nt. D. Busch (*Rabobank / X*).

10 Zie o.a. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:

BH2815 (*De T. / Dexia*). Zie nader § 5 hierna.

11 Zie bijvoorbeeld W.L. Valk, 'Dwaling, tekortkoming en effectenlease', *NTBR* 2009, p. 237; C.W.M. Lieveise in haar annotatie onder *JOR* 2009/199; W.H. van Boom in zijn noot onder *JA* 2009/116-118. Zie ook A.G. Castermans &

P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht', *WPNR* 2012, afl. 6940. Meer begrip voor de benadering van de Hoge Raad valt te bespeuren bij A.J.P. Schild, 'Mededelingsplichten komen van Venus, waarschuwingsplichten van Mars', *WPNR* 2009, afl. 6821, p. 939-940.

5 Hoge Raad

Cassatiemiddel

Onderdeel 1.1 van het door de Bank ingestelde cassatiemiddel keert zich tegen de hierboven (geparafraseerd) weergegeven r.o. 2.10-2.17 van het eindarrest van het hof Amsterdam en betoogt dat het, gelet op onder meer HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T. / Dexia*) een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beoordeling of in een geval als het onderhavige sprake is van (een schending van) een mededelingsplicht in de zin van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW. Het hof heeft ten onrechte de mededelingsplicht van de Bank mede ingevuld aan de hand van een uit hoofde van de zorgplicht op de Bank rustende waarschuwingsplicht om X in niet mis te verstane bewoordingen te informeren over de risico's die aan de derivatentransactie verbonden waren, aldus het onderdeel.

Onderdeel 1.2 klaagt onder andere dat het hof ten onrechte betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat de Bank bij het aangaan van de renteswap in een adviesrelatie stond met X, omdat die adviesrelatie er niet toe kan leiden dat X op grond van art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW een waarschuwings-, informatie- of onderzoeksplicht had. Onderdeel 1.3 voegt daaraan toe dat het hof ten onrechte uit een veronderstelde onderzoeksplicht heeft afgeleid dat de Bank gehouden was X indringend en in niet mis te verstane bewoordingen te informeren.

Juridisch kader

Bij de beoordeling van deze klachten stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een onder invloed van dwaling tot stand gekomen overeenkomst is vernietigbaar onder meer indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten (art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW) (r.o. 4.2.1, 1e alinea).

Op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, zal in het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. Omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval (r.o. 4.2.1, 2e alinea).

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 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.5.2-3.5.4 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T. / Dexia*), r.o. 4.4.4 en 4.4.5 (r.o. 4.2.1, 3e alinea).

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 ervaring van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. Zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.5.2-3.5.5 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De T. / Dexia*), r.o. 4.4.4, 4.4.5 en 4.8.4 (r.o. 4.2.1, 4e alinea).

De mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, moet voorts worden onderscheiden van een uit een adviesrelatie voortvloeiende verplichting tot advisering. De kern van die laatste verplichting is dat de adviseur een of meer aanbevelingen doet in het belang van zijn cliënt en de daartoe benodigde inlichtingen inwint (r.o. 4.2.2).

Wat betreft de mededelingsplicht waarvan schending ten grondslag kan liggen aan een beroep op dwaling, is uitgangspunt dat daaraan, ook bij een rentederivaat als in deze zaak aan de orde is, 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 het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Zie HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.5.6 (r.o. 4.2.3).

Het is mogelijk dat het door de bank ter voldoening aan de op haar rustende zorgplicht verrichte onderzoek of de – in voorkomend geval – door haar als adviseur ingewonnen inlichtingen, informatie opleveren die voor de bank relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan de

cliënt moet verstrekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert, bijvoorbeeld doordat de kennis of ervaring van de cliënt verschillen van wat de bank in het algemeen mag verwachten. In een dergelijk geval bestaat aanleiding om in zoverre van het hiervoor in 4.2.3 genoemde uitgangspunt af te wijken (r.o. 4.2.4).

Waarschuwingsplicht versus mededelingsplicht

Uit het voorgaande volgt dat het hof diende te beoordelen of de Bank, mede in het licht van hetgeen haar bekend was over de kennis en ervaring van X, de informatie heeft gegeven waarvan zij in de omstandigheden van het geval mocht aannemen dat deze geschikt was om te voorkomen dat X de renteswap zou aangaan onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken (r.o. 4.2.5).

De onderdelen 1.1 en 1.2 voeren terecht aan dat het hof, door in r.o. 2.14 van het arrest *a quo* te overwegen dat, mede gezien de adviesrelatie tussen partijen, op de Bank de verplichting rustte X in niet mis te verstane bewoordingen volledig, juist en begrijpelijk te informeren over de kenmerken en risico's van de derivatentransactie, heeft blijkgegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de bedoelde overweging, gelezen in samenhang met de overwegingen 2.15 en 2.17, blijkt dat het hof de op de Bank rustende mededelingsplicht in het kader van art. 6:228 BW onvoldoende heeft onderscheiden van de op haar rustende zorgplicht, en van de verplichtingen die uit de tussen partijen bestaande adviesrelatie konden ontstaan, en daardoor aan de mededelingsplicht van de Bank in het kader van artikel 6:228 BW zwaardere eisen heeft gesteld dan uit het hiervoor in 4.2.1 tot en met 4.2.4 overwogene volgen (r.o. 4.2.6).

Mededelingsplicht en adviesrelatie

De onderdelen 1.1 en 1.3 betogen voorts dat het hof bij de beoordeling van de omvang van de mededelingsplicht geen acht had mogen slaan op de voor de Bank uit de adviesrelatie met X en haar zorgplicht voortvloeiende onderzoeksplicht. Onderdeel 1.3.1 voegt daaraan toe dat de door het hof aangenomen verplichting tot het verrichten van onderzoek, of het niet verricht zijn van dat onderzoek, in ieder geval niet tot gevolg mag hebben dat op de Bank op de voet van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW een meer indringende mededelingsplicht rust dan anders het geval zou zijn. Deze klachten falen op grond van hetgeen hiervoor in 4.2.4 is overwogen. Tot de omstandigheden van het geval waarvan de omvang en inhoud van de mededelingsplicht afhankelijk zijn, kan ook de informatie behoren die de bank verkrijgt door nakoming van haar zorgplicht of van haar verplichtingen uit een adviesrelatie (r.o. 4.2.7).

Onderdeel 1.3.2 klaagt dat het hof in r.o. 2.10 tot en met 2.17 van het beroepen arrest heeft blijkgegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft nagelaten (kenbaar) te onderzoeken en vast te stellen waartoe het onderzoek zou hebben geleid dat de Bank volgens het hof had behoren te verrichten. Het subonderdeel voert daarnaast aan dat, indien het onderzoek ertoe zou heb-

ben geleid dat een renteswap wel een geschikt of passend middel was voor het door X gewenste doel, geen concrete aanleiding bestaat voor een meer concrete mededelingsplicht uit hoofde van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW (r.o. 4.2.8).

Het eerste gedeelte van de klacht slaagt naar het oordeel van de Hoge Raad. Zolang niet is komen vast te staan waartoe het onderzoek van de Bank zou hebben geleid, kan immers niet worden vastgesteld of er een feitelijke grond was om de op de Bank rustende mededelingsplicht aan de omstandigheden van het geval aan te passen (zie hiervoor in 4.2.4) (r.o. 4.2.9).

Het tweede gedeelte van de klacht faalt. Als uit onderzoek van de Bank zou zijn gebleken dat een renteswap voor X geschikt of passend was, betekent dat niet dat er met betrekking tot de renteswap geen mededelingsplicht meer zou bestaan. Die omstandigheid brengt immers niet mee dat X bij het aangaan van de renteswapovereenkomst een juiste voorstelling van zaken had ten aanzien van de relevante kenmerken en risico's daarvan (r.o. 4.2.9).

Al met al vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof Amsterdam en verwijst de zaak naar het hof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing (r.o. 7).

6 Wat leert ons dit arrest?

Wat leert ons dit arrest? Om te beginnen dit: de Hoge Raad houdt vast aan het strikte onderscheid tussen enerzijds de waarschuwingsplicht uit hoofde van de zorgplicht, en anderzijds de mededelingsplicht uit hoofde van het dwalingsleerstuk. Ook in relatie tot renteswaps kan een bank als uitgangspunt aan zijn mededelingsplicht voldoen door in gestandaardiseerde productinformatie inlichtingen te verstrekken, die de lezer die zich redelijke inspanningen getroost, inzicht biedt 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 het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging.

Maar van dat uitgangspunt kan worden afgeweken. Het is mogelijk dat het door de bank ter voldoening aan de op haar rustende zorgplicht verrichte onderzoek of de – in voorkomend geval – door haar als adviseur ingewonnen inlichtingen, informatie opleveren die voor de bank relevant is om te beoordelen welke informatie zij aan de cliënt moet verstrekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert, bijvoorbeeld doordat de kennis of ervaring van de cliënt verschillen van wat de bank in het algemeen mag verwachten. In zoverre zijn de bancaire zorgplicht en het dwalingsleerstuk dus geen volstrekt gescheiden werelden. De uit de bancaire zorgplicht voortvloeiende onderzoeksplicht kan ertoe leiden dat als dit onderzoek zou zijn verricht door de bank, duidelijk zou zijn geworden dat het enkel verstrekken van standaardinformatie onvoldoende was geweest om te voorkomen dat de klant onder invloed van dwaling zou hebben gecon-

tracteerd. In bepaalde gevallen lijkt het dus niet uitgesloten dat een bank een klant alleen dan ervoor kan behoeven dat hij onder invloed van dwaling contracteert, als hij uitdrukkelijk wordt gewaarschuwd voor de risico's van een renteswap of een ander complex financieel product. En zo houdt de Hoge Raad de deur toch nog op een kier om het strikte onderscheid tussen de bancaire zorgplicht

en het dwalingsleerstuk in bepaalde gevallen te kunnen relativeren. In elk geval ligt na verwijzing de vraag voor waartoe het onderzoek van de Bank zou hebben geleid. Zodra die vraag is beantwoord kan worden vastgesteld of er een feitelijke grond was om de op de Bank rustende mededelingsplicht aan de omstandigheden van het geval aan te passen. Ik ben benieuwd naar het vervolg. ■