

Dwaling en schending van de zorgplicht in het kader van rentederivatenjurisprudentie

*Mr. M. P. R. Sardjoe**

Dit artikel betreft een onderzoek naar de wijze waarop de civiele rechter tot nu toe heeft geoordeeld of sprake is van dwaling of schending van de zorgplicht door banken in rentederivatenjurisprudentie. Uit het onderzoek blijkt dat niet eenduidig wordt geoordeeld en dat een richtinggevend uitspraak door de Hoge Raad gewenst is.

1 Inleiding

‘Rekening mkb-derivatendrama loopt op tot €2 mrd’, zo luidt de kop van een artikel in het Financieel Dagblad op 27 augustus 2018. ‘De banken die jarenlang hun zorgplicht hebben verzaakt bij de verkoop van derivaten aan Nederlandse mkb’ers betalen daar een hoge prijs voor.’¹

Uit dit artikel blijkt dat de problematiek rondom rentederivaten in het midden- en kleinbedrijf (mkb) al een lange tijd speelt en nog steeds erg groot is. Dit blijkt ook uit de vele zaken die aanhangig zijn gemaakt bij de civiele rechter, waarbij gedupeerde beleggers in veel gevallen primair zouden zien dat de derivatenovereenkomst vernietigd wordt als gevolg van dwaling.² De rechter oordeelt echter beduidend vaker dat sprake is van schending van de zorgplicht door de bank. Hoe beoordeelt de rechter of sprake is van dwaling of schending van de zorgplicht? Inmiddels zijn over dit onderwerp prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad, die zich onder meer over deze vraag zal buigen. Dit artikel betreft een onderzoek naar de wijze waarop de rechter tot nu toe heeft bepaald of sprake is van dwaling of van schending van de zorgplicht in rentederivatenjurisprudentie.

Ondertussen heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM), als gedragstoezichthouder op de financiële markten, verschillende rapportages uitgebracht over de rentederivatenproblematiek in het algemeen.³ Er is ook een Onafhankelijke Derivatencommissie door voormalig minister van Financiën Dijssel-

bloem benoemd om een uniform herstell kader vast te stellen, aan de hand waarvan wordt bepaald of en op welke wijze de banken mkb’ers dienen te compenseren.⁴

Naast de vele zaken blijkt de omvang van de problematiek ook uit de enorme hoeveelheid literatuur die aan dit onderwerp is gewijd.⁵ Klanten hebben bij het afnemen van rentederivaten niet altijd goed voor ogen welke risico’s rentederivaten kunnen meebrengen.⁶ Een negatieve waarde van het rentederivaat kan bijvoorbeeld enorme financiële schade voor klanten tot gevolg hebben (zie hierover verder in par. 2). Wanneer zij naar de rechter stappen, stellen gedupeerde klanten vaak onvoldoende geïnformeerd te zijn door de bank over de risico’s van rentederivaten. Hierbij doen zij in de meeste gevallen primair een beroep op dwaling en subsidiair op schending van de zorgplicht. Desondanks komt de rechter vaker tot het oordeel dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden en dat geen sprake is van dwaling. Een beroep op dwaling is slechts enkele keren toegewezen.⁷

4. B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken & R.J. Schimmelpenninck, Uniform herstell kader rentederivaten MKB, december 2016.

5. Zie bijv., en zeker niet uitputtend, L.A. van Amsterdam, Van ruilen komt huilen? Een bespreking van de renteswap-jurisprudentie, O&F 2013, p. 15-26; L.H.K. Bogers, Over de invulling van de bijzondere zorgplicht bij renteswaps en de verhouding tot de MiFID, Bb 2014, p. 141-147; D. Busch, De civiele zorgplicht van banken tegenover professionele beleggers – renteswaps met (semi-)publieke instellingen en het MKB, Ondernemingsrecht 2013, p. 177-184; V.Y.E. Caria, De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties, O&F 2014, p. 38-54; Th. Groenewald, Renteswaps in het mkb. Oneigenlijk gebruik – doeloverschrijding, WPNR 2016, p. 533-539; J.A. Möhlmann & M.R. Fidler, Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controverse?, FR 2016, p. 293-302.

6. De klanten die in dit artikel worden besproken, zijn in het algemeen niet-professionele beleggers in de zin van art. 1:1 Wft. Overigens worden in de civiele jurisprudentie consumenten particulieren genoemd en mkb’ers professionele partijen. Dit onderscheid tussen consumenten en professionele partijen in het civiele recht is niet hetzelfde als het onderscheid tussen niet-professioneel en professioneel uit de Wft, zie in dit verband bijv. I. Houben, Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer, AA 2017, p. 606; Caria 2014, p. 52.

7. Naar mijn weten zijn dit de volgende vier arresten: Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043; Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946.

* Mr. M.P.R. Sardjoe is advocaat bij Greenberg Traurig te Amsterdam.

1. Zie <https://fd.nl/ondernemen/1266919/rekening-mkb-derivatendrama-loopt-op-tot-2-mrd>.

2. Waar in dit artikel wordt gesproken over ‘rechter’, wordt daarmee de civiele rechter bedoeld.

3. Zie bijv. AFM, Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, maart 2015.

In dit artikel zal ik, door de relevante jurisprudentie te analyseren, onderzoeken welk juridisch beoordelingskader de rechter hanteert bij de vraag of sprake is van dwaling of schending van de zorgplicht met betrekking tot rentederivaten. Dit juridisch beoordelingskader zal niet eenduidig zijn, aangezien inmiddels prejudiciële vragen zijn gesteld aan de Hoge Raad om dit beoordelingskader te verduidelijken. De Hoge Raad heeft deze vragen nog niet beantwoord, dus ziet het jurisprudentieonderzoek slechts op uitspraken van rechtbanken en hoven die tot nu toe zijn geweest.

Als eerste zal ik de werking en risico's van rentederivaten introduceren, waarbij tevens het verband met de zorgplicht van de bank zal worden toegelicht (par. 2). Daarna volgt in paragraaf 3 een jurisprudentieanalyse, waarin ik de meest relevante rechtsoverwegingen uit rentederivatenjurisprudentie zal bespreken en waarmee het belang van de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zal worden aangetoond. Ik zal deze bijdrage afsluiten met een korte conclusie (par. 4).

2 Introductie van rentederivaten en het verband met de zorgplicht van de bank

2.1 Functie en werking van rentederivaten

Een derivatenovereenkomst wordt vaak voorafgegaan door een kredietovereenkomst, waarover in beginsel variabele rente wordt betaald aan de bank. De functie van rentederivaten is dan ook voornamelijk het afdekken van de risico's van variabele rente.⁸ Het onderscheid tussen de derivatenovereenkomst en de kredietovereenkomst is van groot belang voor de mate van zorg die een bank jegens de klant in acht dient te nemen. Dit komt later in deze paragraaf verder aan de orde.

Klanten sluiten doorgaans kredietovereenkomsten af met kredietinstellingen zoals banken. Dit gebeurt in beginsel vaker tegen een variabel rentepercentage dan tegen vaste rente. Geld lenen tegen variabele rente zorgt echter voor onzekerheid bij klanten door het risico dat de rente in de toekomst kan stijgen. Dit wordt ook wel het renterisico genoemd. Met een vaste rente zijn klanten beschermd tegen het renterisico, maar daarvoor betalen zij een hogere prijs dan voor variabele rente.⁹ Hier vinden rentederivaten hun werking: klanten sluiten een kredietovereenkomst met variabele rente af, waaraan een rentederivaat is gekoppeld om het renterisico van de variabele rente af te dekken.¹⁰ Het rentederivaat wordt in een aparte overeenkomst afgesloten.

Binnen het mkb-segment is de renteswap het meest overeengekomen type rentederivaat. Dit type komt dan ook in de meeste uitspraken aan de orde. Een voorbeeld van de werking van een renteswap ter verduidelijking: de klant sluit een kredietovereenkomst met de bank, waarvoor hij een variabele rente plus een renteopslag aan de bank verschuldigd is.¹¹ De variabele rente is vaak gelijk aan het Euribor-rentetarief, dat geldt voor interbancaire leningen in euro's. De renteopslag brengt het risico tot uitdrukking dat de bank loopt wanneer de klant de geldlening niet terugbetaalt.¹²

De klant betaalt onder de renteswapovereenkomst een vaste rente over een fictieve hoofdsom, die gelijk is aan het bedrag uit hoofde van de kredietovereenkomst. De bank betaalt weer een variabele rente aan de klant over ditzelfde fictieve bedrag. Op deze manier worden de variabele rente die de bank onder de renteswap aan de klant betaalt en de variabele rente die de klant uit hoofde van de kredietovereenkomst betaalt tegen elkaar weggestreept en voldoet de klant uiteindelijk een vast rentetarief aan de bank plus de renteopslag volgend uit de kredietovereenkomst.¹³

2.2 Risico's van rentederivaten

Rentederivaten zoals renteswaps kennen het voordeel van het afdekken van renterisico's, maar brengen ook risico's mee die enorme financiële gevolgen kunnen hebben voor de klant. Veel van deze risico's houden verband met een mogelijke negatieve (markt)waarde van een renteswap. Van een negatieve waarde is bijvoorbeeld sprake wanneer de (variabele) Euribor-rente daalt onder het niveau van de vaste rente die onder de renteswap wordt betaald.¹⁴ In dat geval verliest de renteswap zijn functie en kan de klant geconfronteerd worden met erg hoge kosten. Een aantal veelvoorkomende risico's van renteswaps wordt hieronder verder toegelicht.

Exitkosten

Als de klant de lening vroegtijdig wil aflossen, zal dit in beginsel betekenen dat de renteswapovereenkomst doorloopt. De klant zal dan ook van de renteswap af willen, omdat hij anders vaste rente moet betalen over een lening die al is afgelost. Indien de renteswap op dat moment een negatieve waarde heeft, brengt dat mee dat de klant het verschil tussen de lagere variabele Euribor-rente en de vaste rente onder de renteswap aan de bank moet vergoeden. De vervroegde beëindiging van de renteswapovereenkomst bij een negatieve waarde brengt in de regel dan ook hoge kosten met zich, die ook wel 'exitkosten' genoemd worden.¹⁵

8. Een derivaat kan ook om speculatieve redenen worden afgesloten. Deze functie valt echter buiten het bereik van deze bijdrage.

9. Zie bijv. Groenewald 2016, p. 533.

10. Zie bijv. R. van der Mast & B. Schuitemaker, De rentederivatenproblematiek; het equivalent van de woekerpolissen maar dan voor banken?, CO 2016, p. 8; Groenewald 2016, p. 533; E.P. Roelofsen, Een kritische beschouwing van de huidige stand van zaken met betrekking tot de jurisprudentie aangaande rentederivaten en het MKB, FR 2015, p. 191; C.E.M. Smeets, Van ruilen komt huilen?, V&O 2013, p. 156.

11. Knüppe, Kocken & Schimmelpenninck 2016, p. 16 en 57, punt 2.2.1.

12. W.P. Wijers, Zorgplicht bij rentederivaten in het mkb, TOP 2014, p. 606-614.

13. Zie onder meer R. Rijnhout, Sociale onrust en het civiele aansprakelijkheidsrecht, AA 2015, p. 646; A.M. Gunckel, Renteswaps in het MKB: een oplossing in zicht?, VFP 2016, p. 16.

14. Zie over de negatieve marktwaarde bijv. ook Busch 2013.

15. Gunckel 2016, p. 16; K.W.H. Broekhuizen & M.G.C.M. Peeters, Vervroegde beëindiging van swaps, TvE 2000, p. 79-84; Wijers 2014; Caria 2014, p. 39-40.

Marginverplichtingen

Een ander gevolg van een negatieve waarde van de renteswap kan zijn dat de klant tussentijds extra zekerheden moet stellen aan de bank. Deze marginverplichtingen houden kort gezegd in dat, indien de renteswap een negatieve waarde ontwikkelt die de klant (waarschijnlijk) aan de bank terug zal moeten betalen, de klant voldoende saldi beschikbaar moet hebben om aan deze potentiële verplichting te voldoen.¹⁶ Deze marginverplichtingen van de klant jegens de bank gaan vaak samen met een ‘allowancefaciliteit’. Dat is krediet dat de bank kan gebruiken om de gestelde zekerheden liquide te maken, maar blijkt vaak ook een doorlopende lening waar klanten uiteindelijk aan gebonden zijn.¹⁷

Verhoogde renteopslag

Zoals eerder aan de orde is gekomen, is de klant als gevolg van de kredietovereenkomst en renteswapovereenkomst enkel gehouden een vast rentetarief en een renteopslag aan de bank te voldoen. Het rentetarief is vast, maar de renteopslag kan door de bank worden verhoogd. Dit zorgt ervoor dat de balans van rentelasten verandert en toch meer rente moet worden betaald, terwijl klanten juist rentederivaten afsluiten om verzekerd te zijn van vaste rente.¹⁸ Hoewel het risico van een verhoogde renteopslag strikt genomen niet een risico is van het rentederivaat zelf, wordt dit risico in rentederivatenjurisprudentie een aantal keren meegenomen door de rechter in het oordeel en wordt dit risico volledigheidshalve genoemd.¹⁹

Mismatch

Tot slot is een veelvoorkomend risico dat de kredietovereenkomst en renteswapovereenkomst in de praktijk niet goed op elkaar aansluiten, ook wel mismatch genoemd. Hiervan kan sprake zijn indien de looptijd of de hoofdsom van het derivaat niet overeenkomt met het krediet. Als gevolg van de mismatch kan de klant, indien de renteswapovereenkomst op een bepaald moment eindigt en de kredietovereenkomst niet, wederom worden geconfronteerd met het renterisico.²⁰

Het laatstgenoemde risico ziet op het verschil tussen de kredietovereenkomst en de derivatenovereenkomst. Het verschil tussen deze overeenkomsten is ook van belang voor de kwalificatie van rechtsverhoudingen tussen bank en klant, zoals hieronder verder zal worden toegelicht.

2.3 Kwalificatie van de rechtsverhoudingen: de invloed op de zorgplicht van een bank

Het verschil tussen de kredietovereenkomst en de derivatenovereenkomst is, zoals eerder vermeld, van belang voor de

mate van zorg die een bank jegens een klant in acht dient te nemen.

Een kredietovereenkomst is in beginsel niets meer dan een geldlening, waarbij de verhouding schuldeiser (bank)-schuldenaar (klant) bestaat. De bank treedt daarin niet op als belangenbehartiger of adviseur, enkel als contractuele wederpartij (*principal-to-principal*). Dit hangt samen met het gegeven dat een kredietovereenkomst in het algemeen niet als ingewikkeld wordt gezien, dus is er in beginsel geen of minder sprake van informatieongelijkheid tussen de bank en de klant, met als gevolg dat deze rechtsverhouding geen zware zorgplicht voor de bank meebrengt.²¹

Bij het verlenen van een beleggingsdienst, waarvan sprake is bij een derivatenovereenkomst, treedt de bank daarentegen wel op als belangenbehartiger van de klant (*agent-principal*). Daardoor bestaat er grotere informatieongelijkheid tussen de bank en de klant dan bij een kredietovereenkomst, met als gevolg dat de bank een grotere mate van zorg jegens de klant in acht dient te nemen.²²

De strekking van de zorgplicht kan afhangen van meerdere omstandigheden, onder andere de vraag of de belegger als professioneel of niet-professioneel kan worden aangemerkt.²³ Ook kan de reikwijdte van de zorgplicht afhankelijk zijn van de soort beleggingsdienst waar het om gaat: execution only, beleggingsadvies of vermogensbeheer.²⁴ In de praktijk bestaat bij de klant soms verwarring of sprake is van een execution only-relatie of een adviesrelatie.²⁵ Dit zal samenhangen met het feit dat de renteswap vaak op initiatief van de bank onder de aandacht wordt gebracht bij de klant ter afdekking van het renterisico. In gevallen waarin niet geheel duidelijk is of sprake is van execution only of een adviesrelatie, wordt daarom vaak ervan uitgegaan dat de bank beleggingsadvies verleent. De

16. Zie bijv. Möhlmann & Fidder 2016, p. 295-296.
17. Gunckel 2016, p. 16; Möhlmann & Fidder 2016, p. 295-296; A.G.F. Ancery, Het swappen van mededelingsplichten, MvV 2017, p. 333.
18. Gunckel 2016, p. 16; Rijnhout 2015, p. 646; Wijers 2014.
19. Zie bijv. Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, r.o. 3.17-3.18; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.10; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, r.o. 3.9.
20. Smeets 2013, p. 159; Roelofsens 2015, p. 192.

21. B. Bierens, Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht, NTBR 2012, p. 15-27, zie bijv. ook Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, r.o. 4.16; Rb. Maastricht 19 januari 2011, ECLI:NL:RBMMA:2011:BP2357; Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, r.o. 3.4. Volgens art. 2 Algemene Bankvoorwaarden heeft de bank een zorgplicht, ongeacht wat de dienstverlening inhoudt; zie verder Ancery 2017, p. 333.
22. Overigens zal beleggingsdienstverlening vaak worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW, waardoor de zorgplicht van de bank wordt gebaseerd op art. 7:401 BW; zie bijv. Broekhuizen & Peeters 2016; Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, Pivaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht, AV&S 2009, p. 77.
23. A.C.W. Pijls, De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener, in: F.G.M. Smeele & M.A. Verburgh (red.), ‘Opgelegde bescherming’ in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 168-169.
24. Vgl. art. 4:18a Wft.
25. C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 549; AFM Rapportage Rentederivaten, 2013, p. 1; A. Gonzalez, Rentederivaten voor het MKB – een aantal ontwikkelingen op een rijtje, TvC 2014, p. 252-257.

bank lijkt immers de rol van adviseur op zich te nemen, waardoor een zwaardere zorgplicht geldt dan bij execution only.²⁶

3 Jurisprudentieanalyse

3.1 Dwaling en schending van de zorgplicht

In veel procedures met betrekking tot rentederivaten wordt door de klant van de bank primair een beroep gedaan op dwaling en subsidiair op schending van de zorgplicht.²⁷ Dit heeft vooral te maken met de ratio en gevolgen van beide rechtsmiddelen. Daarom zal ik de kernaspecten van beide rechtsmiddelen eerst toelichten, voordat een aantal relevante zaken met betrekking tot rentederivaten zal worden besproken.

Dwaling: ratio, vereisten en gevolgen

Uit artikel 6:228 van het Burgerlijk Wetboek (BW) volgen een waarheidsverplichting en een mededelingsplicht voor de bank. Deze plichten gelden ten aanzien van zaken waar de bank kennis van heeft.²⁸ Met betrekking tot rentederivaten betogen klanten bij een beroep op dwaling daarom meestal dat de bank hun onjuiste inlichtingen heeft verstrekt en/of dat de bank heeft nagelaten hen goed te informeren.²⁹ Er rust echter ook een onderzoeksplicht op de klant, waaruit volgt dat deze inspanningen dient te verrichten om de overeenkomst te begrijpen. Indien de rechter oordeelt dat de mededelingsplicht van de bank zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de dwalende, komt een beroep op dwaling in aanmerking voor toewijzing.³⁰

Bij vernietiging wegens dwaling wordt de rechtsverhouding tussen partijen hersteld naar de toestand waarin zij verkeerden vóór totstandkoming van de overeenkomst, met als gevolg dat zij zonder rechtsgrond hebben gepresteerd en daarom wederzijdse vorderingen uit onverschuldigde betaling verkrijgen.³¹ In een rentederivatenzaak betekent dit meestal dat de bank het Euribor-tarief onverschuldigd heeft betaald en de gedupeerde belegger het renteswaptarief. De bank zal dan de betaalde swaprente door de gedupeerde belegger (en eventuele andere betalingen zoals marginverplichtingen), verminderd met de door de bank betaalde Euribor-rente, moeten voldoen aan de gedupeerde belegger.³²

Schending van de zorgplicht: ratio, vereisten en gevolgen

Banken dienen in relatie tot hun klant een bepaalde mate van zorg in acht te nemen. Deze zorgplicht volgt ten eerste uit de wet: (1) uit publiekrechtelijke gedragsnormen uit de Wet op het financieel toezicht (Wft)³³ en (2) uit privaatrechtelijke normen uit het BW.³⁴ Dit houdt in dat de bank klanten onder meer dient te waarschuwen voor de risico's verbonden aan haar dienstverlening (waarschuwingsplicht) en dat zij verplicht is tot verstrekking van informatie in het belang van de klant (mededelingsplicht).³⁵ Ten tweede volgt de mate van zorg die banken in acht moeten nemen uit de 'bijzondere zorgplicht', zoals ontwikkeld in de civielrechtelijke jurisprudentie.³⁶

Bij schending van de (bijzondere) zorgplicht door de bank kunnen gedupeerde beleggers beroep doen op onrechtmatige daad of wanprestatie.³⁷ Bij zowel een geslaagd beroep op wanprestatie als een geslaagd beroep op onrechtmatige daad moet de bank de schade van de gedupeerde belegger vergoeden, tenzij geen sprake is van toerekenbaarheid aan de kant van de bank.³⁸ Deze schade kan bijvoorbeeld bestaan uit het verschil tussen de vaste rente die door de klant is betaald aan de bank, verminderd met de variabele rente die de bank heeft betaald aan de klant.³⁹ In de uitkomst ten aanzien van de schadevergoeding hoeft tussen een geslaagd beroep op dwaling en een geslaagd beroep op schending van de zorgplicht dus niet per definitie een groot verschil te bestaan. Toch bestaan in de gevolgen van de rechtsmiddelen wezenlijke verschillen, bijvoorbeeld door de aanname van eigen schuld op grond van artikel 6:101 BW. Bij toewijzing van een beroep op schending van de zorgplicht is daardoor ruimte voor schadeverdeling indien de schade het gevolg is van het eigen handelen van de klant of de schade daardoor is vergroot.⁴⁰ Dit is een groot verschil ten opzichte van dwaling, aangezien daar geen ruimte

26. Wijers 2014; Roelofsen 2015, p. 193; Ancery 2017, p. 333; Bogers 2014.

27. 27 Roelofsen 2015, p. 191.

28. M.W. Wallinga, De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenisrecht op financieel gebied?, WPNR 2016, p. 606-614; Ancery 2017, p. 335.

29. Jac. Hijma, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:228 BW, aant. 9.31 Renteswapovereenkomst (online, laatst bijgewerkt op 26 november 2015).

30. Overigens blijkt uit onder meer de effectenleasejurisprudentie dat de Hoge Raad hoge eisen stelt aan een succesvol beroep op dwaling. Zie bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822; zie in dit verband ook Gunckel 2016, p. 16-19.

31. Vgl. art. 6:228, 3:50, 3:51 en 6:203 BW.

32. Zie bijv. Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.18; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, r.o. 3.12.

33. Zie bijv. art. 4:19, 4:20, 4:22, 4:23, 4:24 en 4:90 Wft. Hoewel in enkele uitspraken van civiele rechters wordt verwezen naar publiekrechtelijke gedragsnormen (zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.5), wordt in dit artikel de focus gelegd op privaatrechtelijke regels met betrekking tot de zorgplicht van de bank.

34. De privaatrechtelijke normen zijn: de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, en – indien er sprake is van een overeenkomst van opdracht – ook de zorgplicht die een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen.

35. Zie bijv. K.J.O. Jansen, Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 508.

36. Zie bijv. B.T.M. van der Wiel, De marginverplichting bij handel in aandelenopties, MvV 2010, p. 149-157; HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, JOR 1998/116 m.nt. S.C.J.J. Kortmann; HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192.

37. Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 75; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/191. Overigens wordt in de literatuur verondersteld dat het verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad minder van belang is, omdat een beroepsfout die wanprestatie oplevert, ook een onrechtmatige daad kan inhouden.

38. Art. 6:162 BW voor onrechtmatige daad, art. 6:74 BW voor wanprestatie.

39. Zie bijv. Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9157, r.o. 5.2.

40. A.G.F. Ancery, Eigen schuld in beleggingsadvies, MvV 2016, p. 309-314.

bestaat voor het aannemen van een eigen schuld-correctie in de schadevergoeding.⁴¹

3.2 Analyse

Ondertussen heeft de rechter in verschillende uitspraken een beroep op dwaling of schending van de zorgplicht toegewezen. In deze subparagraaf zal een aantal relevante rechtsoverwegingen in deze uitspraken worden uitgelicht. Hieruit zal onder meer naar voren komen dat, hoewel er geen vast patroon van vereisten bestaat die de rechter hanteert bij zijn oordeel of sprake is van dwaling of schending van de zorgplicht, er enigszins een lijn te vinden is. Deze lijn is echter niet voldoende, zoals blijkt uit de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, die ik aan het einde van deze paragraaf zal bespreken.

Parallel effectenleasejurisprudentie

Een opvallende lijn in de uitspraken waarin het beroep op dwaling is toegewezen, is dat een zekere parallel zichtbaar is met de effectenleasejurisprudentie, in het bijzonder de Dexia-zaken.⁴² In de meeste effectenleasezaken is het beroep op dwaling verworpen, enerzijds doordat werd vastgesteld dat juiste informatie is verschaft en geen mededelingsplicht is geschonden door de bank, anderzijds doordat werd geoordeeld dat het dwalingsrisico bij de dwalende lag.⁴³ In De Treek/Dexia wees de Hoge Raad al op het verschil tussen onvoldoende of onjuist informeren over essentiële eigenschappen (ziet op dwaling) en het nalaten om te waarschuwen door de bank (ziet op schending van de zorgplicht).⁴⁴ In drie van de rentederivatenzaken waar dwaling is aangenomen, greep het Gerechtshof Amsterdam terug naar precies dezelfde overweging.⁴⁵ De gedupeerde belegger was volgens het hof in die zaken onwetend over essentiële kenmerken van de renteswap doordat de bank niet voldoende had geïnformeerd, met als gevolg dat het beroep op dwaling slaagde.⁴⁶ Toch is niet in elke zaak waar de gedupeerde belegger onwetend was over belangrijke risico's van de renteswap het beroep op dwaling toegewezen, dus kan niet

worden gesproken over een vast juridisch beoordelingskader.⁴⁷ Dit wordt later in deze analyse verder toegelicht.

Informatieplichten op grond van dwaling en schending van de zorgplicht

In rentederivatenjurisprudentie waarin een beroep op schending van de zorgplicht is aangenomen en het beroep op dwaling is afgewezen, blijkt dat vrij snel wordt aangenomen dat de bank heeft voldaan aan haar mededelingsplicht op grond van artikel 6:228 BW. Het verstrekken van een brochure door de bank lijkt hiervoor vaak voldoende, zolang de risico's worden vermeld die renteswaps kunnen meebrengen.⁴⁸ In die zaken wordt meer de nadruk gelegd op de verzaakte onderzoeksplicht van de gedupeerde belegger, die het voorlichtingsmateriaal grondig dient te bestuderen en daarover vragen dient te stellen bij onduidelijkheid. Dit blijkt onder meer uit de volgende rechtsoverweging, die in meerdere uitspraken voorkomt:

‘degene die een overeenkomst aangaat, moet voorkomen dat hij de overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken’.⁴⁹

De eigen verantwoordelijkheid van de belegger blijkt ook uit het gegeven dat de rechter van belang acht of een gedupeerde belegger een ondernemer is met ervaring met het afsluiten van kredieten en rentederivaten.⁵⁰ Indien de rechter in een zaak oordeelt dat de mededelingsplicht van de bank zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de gedupeerde belegger, brengt dat direct het gevolg mee dat het beroep op dwaling faalt en de overeenkomst dus niet zal worden vernietigd.⁵¹

41. Ter volledigheid over schending van de zorgplicht: de bank heeft ook de mogelijkheid van een beroep op rechterlijke matiging op grond van art. 6:109 BW als verzachting van de gevolgen bij een geslaagd beroep op schending van de zorgplicht. Een ander mogelijk verweer voor de bank is een beroep op art. 6:89 BW, wanneer de klant niet op tijd heeft geprotesteerd. Beide rechtsmiddelen hebben tot gevolg dat de schade deels of helemaal niet voor rekening komt van de bank, zie in dit verband onder meer W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, *Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding*, AA 2010, p. 189-194; T.S. Jansen, *Rechtsverwerking naar omstandigheden*: art. 6:89 BW, TOP 2013, p. 167.

42. Zie bijv. Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272 m.nt. E.L.A. van Emden, punt 15; A.G. Castermans, P.W. den Hollander, *Dwaling tussen privaatrecht en publiekrecht*, WPNR 2012, p. 563-574.

43. Castermans & Den Hollander 2012, p. 568.

44. Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647 m.nt. B.T.M. van der Wiel en I.J.F. Wijnberg.

45. Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, r.o. 3.5; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.9; Hof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4946, r.o. 2.11.

46. Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, r.o. 3.10-3.13; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.13-3.15.

47. Rb. Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:364, r.o. 4.4.4 en 4.7.1.

48. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.9.7; Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, r.o. 4.160; Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:453, r.o. 4.3.

49. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.9.7; Rb. Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7010, r.o. 4.6.3; Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, r.o. 4.87-4.95; Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19; Rb. Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4286, r.o. 4.6; Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429, r.o. 5.7; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:453, r.o. 4.3.

50. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7010, r.o. 4.6.2; Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.2-4.3.

51. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415; Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.9.7-4.9.9; Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, r.o. 4.87; Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586, r.o. 4.10.

De vraag of de bank heeft voldaan aan haar waarschuwingplicht uit hoofde van haar zorgplicht wordt door de rechter strenger beoordeeld. In zaken waarin het beroep op dwaling faalde, maar wel schending van de zorgplicht is aangenomen, overweegt de rechter namelijk meermaals dat de bank niet goed genoeg heeft gewaarschuwd voor de risico's. De rechter oordeelt daarbij herhaaldelijk dat de bank uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen dient te waarschuwen voor de specifieke risico's die rentederivaten kunnen meebrengen.⁵² In een enkele uitspraak stelt de rechtbank bij haar oordeel voorop:

‘dat hiervoor weliswaar is geoordeeld dat een eventuele dwaling voor rekening van [eiseres] moet blijven, maar dat dat niet meebrengt dat [de bank] dan ook niet kan worden verweten dat zij is tekortgekomen in haar waarschuwingplicht jegens [eiseres]. Het gaat bij de bijzondere zorgplicht immers om verder reikende waarschuwingplichten dan de plicht de inlichtingen te verschaffen als bedoeld in artikel 6:228 BW.’⁵³

Ook uit deze overweging blijkt dat de waarschuwingplicht die volgt uit de (bijzondere) zorgplicht door de rechter zwaarder wordt beoordeeld dan de mededelingsplicht waaraan door de bank moet worden voldaan om dwaling te voorkomen.

Verschillende gevolgen van dwaling en schending van de zorgplicht

Het verschil in de beoordeling van de informatieplichten uit hoofde van dwaling enerzijds en schending van de zorgplicht anderzijds kan liggen in de verschillende gevolgen die beide rechtsmiddelen meebrengen.

Een enkele keer overweegt de rechter namelijk:

‘Een beroep op dwaling leidt tot het zeer verstrekkende gevolg dat de overeenkomst geacht wordt niet te hebben bestaan. Een dergelijk gevolg grijpt diep in op de rechtsverhouding tussen partijen en kan zelfs jegens derden gevolgen hebben. Aan een beroep op dwaling mogen dan in een geval als het onderhavige zware, objectiveerbare eisen worden gesteld.’⁵⁴

Uit deze overweging blijkt dat vanwege de verstrekkende gevolgen van een geslaagd beroep op dwaling een schending van de mededelingsplicht niet snel aangenomen zal worden. Hierdoor zal snel worden geoordeeld dat de bank wel heeft voldaan aan haar mededelingsplicht. De criteria om vast te stellen of voldaan is aan de mededelingsplicht zouden duidelijk

ker en objectiever moeten worden, anders blijft onduidelijk of sprake is van dwaling of dat de waarschuwingplicht en daarmee de zorgplicht door de bank is geschonden.

Eigen schuld

Het verschil in gevolgen bij dwaling ten opzichte van schending van de zorgplicht komt onder meer tot uiting in de eigen schuld-correctie bij de schadevergoeding. In rentederivatenjurisprudentie verweert de bank zich vaak met de stelling dat, indien schending van de zorgplicht wordt aangenomen, de schade van de gedupeerde belegger als gevolg hiervan geheel of grotendeels voor zijn eigen rekening dient te blijven, omdat de belegger zelf verantwoordelijk is voor zijn financieringsbeslissingen en niets of onvoldoende heeft ondernomen om de schade tot een minimum te beperken.⁵⁵ De verdeling van schade na een geslaagd beroep op eigen schuld verschilt per zaak, maar de bank draagt vrijwel altijd de grootste schade.⁵⁶ Met betrekking tot eigen schuld overweegt de rechter dan ook meermaals dat de fouten van de gedupeerde belegger die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan de fouten aan de zijde van de bank, waardoor zij in haar zorgplicht tekort is geschoten.⁵⁷

Vergelijkbare zaken, maar niet dezelfde uitkomst

Uit de feiten van een zaak valt niet altijd op te maken of een beroep op dwaling zal slagen. Dit is recent ook door de Rechtbank Amsterdam opgemerkt, die prejudiciële vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad, die ik later in deze paragraaf zal toelichten.

Het komt wel eens voor dat een gerechtshof, op basis van exact dezelfde feiten en documentatie, anders dan de rechtbank, tot het oordeel komt dat sprake is van dwaling, bijvoorbeeld in X/de bank.⁵⁸ De rechtbank was van oordeel dat de risico's voor de gedupeerde belegger voldoende duidelijk hadden moeten zijn en wees op de eigen onderzoekplicht. Het hof oordeelt echter dat de risico's niet voldoende duidelijk bleken uit de voorlichting, met als gevolg dat de bank niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan. Het hof rept

52. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.20; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.12; Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429, r.o. 5.28.

53. Rb. Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7010, r.o. 4.16.2.

54. Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19.

55. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, r.o. 4.31; Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6594, r.o. 4.10-4.11; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:841, r.o. 3.16; Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429, r.o. 5.36.

56. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, r.o. 4.31 (40% schade voor de belegger, 60% schade voor de bank); Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6594, r.o. 4.11 (40% schade voor de belegger, 60% schade voor de bank); Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:841, r.o. 3.16 (30% schade voor de belegger, 70% schade voor de bank).

57. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, r.o. 4.31; Rb. Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6594, r.o. 4.11. Dit is ook in lijn met bijv. de optiehandel- en effectenleasejurisprudentie van de Hoge Raad, zie in dit verband bijv. HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 3.3. Zie in verband met effectenleasejurisprudentie bijv. A.J.E. van den Bergen, *Zorgplicht in effectenlease geschillen: over de waarschuwingplicht en onderzoekplicht van banken*, Bb 2009, p. 181-190.

58. Zie bijv. Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043; Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3906.

verder met geen woord over de eigen onderzoeksplicht van de klant in verband met dwaling, terwijl dit aspect keer op keer van invloed is geweest op het (gefaalde) beroep op dwaling in andere uitspraken.⁵⁹

In andere zaken waarin de gedupeerde belegger onwetend was over risico's van rentederivaten op grond waarvan een beroep op dwaling zou kunnen slagen, is toch geoordeeld dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden. De rechter overwoog in een aantal zaken dat, aangezien de toegewezen schadevergoeding hetzelfde zou bedragen als bij een geslaagd beroep op dwaling, het beroep op schending van de zorgplicht wordt toegewezen. In die zaken is geen schadeverdeling gemaakt op basis van eigen schuld, dus zou, op basis van de feiten, evengoed een beroep op dwaling kunnen worden toegewezen.⁶⁰ Hoewel het mogelijk is dat een rechter in hoger beroep op een andere uitkomst komt dan de rechter in eerste aanleg, is de lijn in de rentederivatenjurisprudentie zo onduidelijk dat dit onzekerheid meebrengt voor de partij die gaat procederen. Deze onduidelijkheid is aanleiding geweest voor de Rechtbank Amsterdam om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.

Prejudiciële vragen

Uit de zojuist aangehaalde jurisprudentie blijkt dat een aantal uitspraken van de rechtbank is vernietigd door het hof op grond van dwaling, terwijl dat in andere zaken, met grote gelijkenissen, niet is gebeurd.⁶¹ Om hierover duidelijkheid te krijgen heeft de Rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad.

De prejudiciële vragen zijn, kort gezegd, als volgt:

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 de eigenschappen van de renteswap, of dient de informatie te worden toegesneden op de wederpartij? Hoe verhoudt zich dat tot de effectenleasejurisprudentie?
2. Kan met vrucht een beroep op dwaling worden gedaan indien de risico's van de renteswap zich niet hebben gerealiseerd, en zich ook niet zullen realiseren, of in het geval dat 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)?

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?⁶²

Met deze vragen slaat de rechtbank de spijker op zijn kop: het zou de rechtszekerheid ten goede komen als er – wanneer de Hoge Raad deze vragen heeft beantwoord – een specifiek(er) juridisch kader ontstaat waaraan kan worden getoetst of een beroep op dwaling in een rentederivatenzaak zal slagen.

4 Conclusie

Al met al is er geen specifiek juridisch beoordelingskader gevonden dat de rechter hanteert bij de vraag of sprake is van dwaling of schending van de zorgplicht met betrekking tot rentederivaten, noch valt uit feiten op te maken wanneer sprake is van schending van de zorgplicht of dwaling.

De rechter lijkt niet eenduidig te oordelen als het gaat om de informatieplichten uit hoofde van beide rechtsmiddelen in rentederivatenjurisprudentie, waardoor onduidelijk is wanneer de renteswapovereenkomst vernietigd zal worden als gevolg van dwaling, of dat schadevergoeding wordt toegewezen of verdeeld tussen bank en klant als gevolg van onrechtmatige daad of wanprestatie. Het zou de voorspelbaarheid ten goede komen als de rechter met een vaster patroon oordeelt over vergelijkbare zaken. Inmiddels heeft de Rechtbank Amsterdam dat ook opgemerkt en liggen er prejudiciële vragen voor een richtinggevende uitspraak bij de Hoge Raad. Hier zal ongetwijfeld door de rechtspraak, in literatuur en natuurlijk door banken en beleggers met grote belangstelling naar worden uitgekeken.

59. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.9.7; Rb. Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7010, r.o. 4.6.3; Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:272, r.o. 4.87-4.95; Rb. Oost-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1320, r.o. 2.19; Rb. Amsterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4286, r.o. 4.6; Rb. Oost-Brabant 22 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4429, r.o. 5.7; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5415, r.o. 4.3; Rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 1 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:453, r.o. 4.3.

60. Zie bijv. Rb. Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:364, r.o. 4.4.4; Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9157, r.o. 4.4. en 4.18.

61. Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3674.

62. Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3674, r.o. 4.20.