

Eerste geslaagde beroep op dwaling in renteswapzaak leidt tot rechtsdwaling

MR. J.C.J. WOUTERS & MR. E. MAGNIN

Op 15 september 2015 heeft het Gerechtshof Amsterdam in hoger beroep uitspraak gedaan in een renteswapzaak. Het Hof is tot het oordeel gekomen dat de renteswapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand gekomen is. Wij menen dat de uitspraak zeker niet betekent dat voortaan in alle renteswapzaken het beroep op dwaling gehonoreerd zal worden. Voorts plaatsen wij kritische kanttekeningen bij de wijze waarop het Hof met het beroep op dwaling en met de rechtsgevolgen van het geslaagde beroep daarop is omgegaan. Wij onderschrijven overigens het oordeel dat in dit geval de renteswapovereenkomst terecht wegens dwaling vernietigd is. Wij doen echter geen poging om het arrest een plaats te geven in de bestaande jurisprudentie en literatuur. Bij onze bespreking van het arrest zal blijken dat wij een andere aanpak voor benadeelden van renteswaps voorstaan dan die wij tot nu toe in de jurisprudentie hebben aangetroffen.

Inleiding¹

Het is, voor zover wij weten, voor het eerst dat een rechter in een renteswapzaak het beroep van de benadeelde kredietnemer op dwaling honoreert. Het oordeel van het Hof² steunt op de vaststelling dat ING niet tijdig *de wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst heeft meegedeeld* (rov 3.13). De kredietnemer werd met deze wezenlijke kenmerken van de renteswap pas in 2012 geconfronteerd, terwijl de renteswap al was afgesloten op 22 april 2008. De kredietnemer is in actie gekomen nadat ING hem op 16 februari 2012 geïnformeerd had dat de debetrenteopslag verhoogd zou worden van 1,85% naar 3,04% (rov 3.1.10 en 3.1.13). De kredietnemer heeft ING meegedeeld dat hij zich misleid voelde vanwege deze verhoging van de renteopslag en dat hij op zoek zou gaan naar een andere bank. Daarop heeft ING laten weten dat hij de lopende geldleningen pas zou kunnen beëindigen als hij voor de nakoming van de marginverplichtingen uit hoofde van de renteswap aanvullende zekerheden zou stellen voor een bedrag van 1,35 miljoen euro. Daarop heeft de kredietnemer bij brief van 27 juni 2012 ING geïnformeerd over zijn ongenoegen over de gang van zaken en de renteswap buitengerechtelijk vernietigd (rov 3.1.14). Dat is in grote lijnen de gang van zaken.

Het oordeel van het Hof dat de renteswapovereenkomst onder invloed van dwaling is tot stand gekomen, blijkt slechts één aspect van de renteswapovereenkomst te betreffen, namelijk het inflexibele karakter daarvan. Het oordeel steunt echter ook op de met de renteswap gepaard gaande marginverplichtingen en een verstrekte allowance faciliteit. De vernietiging van de overeenkomsten waarin die verplichtingen en faciliteit waren opgenomen, was echter niet buitengerechtelijk gedaan en is ook niet in de procedure gevorderd. Buiten het

¹ Mr. J.C.J. (Jos) Wouters is advocaat in Hilversum. Mr. E. (Ebel) Magnin is jarenlang als partner werkzaam geweest op de afdeling banking en financing van Loyens & Loeff en is op dit moment partner bij Zeta Corporate Finance B.V. in Amsterdam. Mrs. Wouters en Magnin verlenen samen met een specialist in corporate finance bijstand aan benadeelden van renteswaps.

² ECLI:NL:GHAMS:2015:3842

inflexibele karakter van de renteswap zijn in de procedure geen eigenschappen van de renteswapovereenkomst zelf aan de orde gesteld die naar onze mening wezenlijk zijn voor de inhoud van de renteswapovereenkomst. De betekenis van de uitspraak van het Hof is dan ook beperkt. Daarnaast blijkt, als gevolg van de wijze van procederen, het geslaagde beroep op dwaling tot een dwaaltocht door het labyrint van de wettelijke regeling van onverschuldigde betaling te leiden.

Feiten

De kredietnemer in kwestie is de oprichter en eigenaar van een grote jeansketen met tachtig winkels in binnen- en buitenland, die daarnaast in privé winkelpanden koopt die hij vervolgens verhuurt (rov 3.1.1). In het voorjaar van 2008 benadert de ondernemer met het oog op het verkrijgen van een additionele lening zijn vaste contactpersoon bij ING.³ Die stelt als voorwaarde voor het aangaan van de nieuwe lening dat het renterisico op de nieuwe en bestaande geldleningen met een gezamenlijke waarde van 13,5 miljoen euro voor een bedrag van 6,75 miljoen euro wordt afgedekt, voor circa 50% derhalve. Op 7 april 2008 wordt de ondernemer vervolgens door ING voorgelicht over risicomanagement, waarbij een renteswap, een rentecap en een rentevastlening ter sprake komen. In de diverse offertes die door ING zijn uitgebracht, wordt steeds de voorwaarde herhaald dat het renterisico onder meer kan worden afgedekt met rentederivaten.

De ondernemer kiest voor een renteswap en die wordt op 22 april 2008 afgesloten. Het nominale bedrag is 10 miljoen euro en de vaste rente is 4,45%. Die wordt door de ondernemer geruild tegen de variabele driemaands-Euribor op die 10 miljoen. De einddatum van de renteswap is 1 mei 2015. Het arrest maakt geen melding van de effectieve datum van de renteswap, noch of deze amortiserend is. We nemen echter aan dat de effectieve datum 1 mei 2008 is geweest en dat de renteswap niet amortiserend was. Op wiens initiatief het is geweest de dekking te verhogen tot 10 miljoen, zijnde een dekkingsgraad van circa 70%, komt eveneens niet in het arrest naar voren.

Op 22 april 2008 wordt de nieuwe leningovereenkomst gesloten, waarbij de nieuwe (5,25 miljoen euro) en bestaande lening (8,284 miljoen euro) in één faciliteit worden gegoten met als hoofdsom 13,5 miljoen euro tegen een driemaands-Euribor-tarief en een debiteurenopslag van 83 basispunten. De looptijd van de nieuwe lening bedraagt 1 jaar. We nemen aan dat de effectieve datum van de lening ook 1 mei 2008 zal zijn geweest. Uit het arrest is eveneens niet op te maken of de nieuwe lening amortiserend is. We nemen aan van niet. Uit de feiten zoals die in het arrest naar voren komen, blijkt dat de looptijd van de lening en die van de renteswap niet aansluiten. De ondernemer liep dus de kwade kans dat ING de lening niet zou verlengen, waardoor een apart potentieel speculatief element door ING is geïntroduceerd.

In april 2009 wordt een nieuwe leningovereenkomst met een looptijd van wederom 1 jaar gesloten, die kennelijk ieder jaar met 1 jaar werd verlengd. De opslag op het driemaands-Euribor-tarief is daarbij aanvankelijk 0,83% en dat gaat via 1,60%, 1,95%, en 1,85% in februari 2012 naar 3,04%. Dat laatste is voor de ondernemer de aanleiding om over te gaan tot herfinanciering van de leningen en alle lopende geldleningen af te lossen. In oktober 2012 heeft de ondernemer uiteindelijk bij een andere bank een nieuwe lening afgesloten voor 14,1 miljoen euro en zijn leningen bij ING afgelost. Die bank hanteert een opslag van 1,50% op het driemaands-Euribor-tarief. Op 27 juni 2012 had de ondernemer ING schriftelijk over zijn ongenoegen over de gang van zaken geïnformeerd. Hij had financieel en juridisch advies ingewonnen op

³ Dat was toen ING Real Estate Finance B.V., die in 2010 als verdwijnende vennootschap gefuseerd is met ING Bank N.V.

basis waarvan hij concludeerde dat de in 2008 overeengekomen constructie ondeugdelijk was. Daarom vernietigt de ondernemer met die brief de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk.

Procedure bij de rechtbank

De ondernemer start een procedure bij de rechtbank Amsterdam tegen ING en vordert op basis van de buitengerechtelijke vernietiging veroordeling van ING tot betaling van 1,3 miljoen euro. Dat is het netto bedrag dat de ondernemer tot en met 1 november 2012 onder de renteswap aan ING betaald heeft. Het Hof zal dat later in zijn arrest het Nettobedrag noemen. Het gaat om het totaal van de bedragen, die het gevolg zijn van de driemaandelijke vaststelling van het bedrag dat de ondernemer aan de bank moet betalen, wegens de 4,45% rente die hij over het nominale bedrag van 10 miljoen euro verschuldigd is, verminderd met het totaal van de bedragen die hij in de betreffende periode iedere drie maanden van de bank ontvangt, omdat de bank hem iedere drie maanden het Euribor-tarief over dat nominale bedrag moet betalen. Dat is het kenmerk van de renteruil, die de renteswap is. De grondslag van de vordering is onverschuldigde betaling, die het gevolg is van de vernietiging van de renteswap. Die heeft namelijk ingevolge artikel 3:53, lid 1, BW terugwerkende kracht. Daarom moeten alle betalingen die onder de renteswap met ingang van de eerste driemaandelijke betalingen gedaan zijn, terugbetaald worden. Dat geldt voor beide partijen, de ondernemer en de bank. Om die reden is het saldo gevorderd en dat is het bedrag van € 1.352.254 (rov 3.19 van het arrest).

Uit het vonnis van de rechtbank Amsterdam⁴ blijkt dat in die instantie de insteek geweest is dat de ondernemer in de veronderstelling verkeerde dat het gehele rentepercentage op de aan hem verstrekte leningen gefixeerd was en dat daarmee de eenzijdige verhoging van de debetrenteopslag niet te rijmen was. De ondernemer stelt dat er sprake is van een wilsgebrek en van oneerlijke handelspraktijken. Het wilsgebrek is niet gespecificeerd. Uit het vonnis blijkt dat het gaat om een aantal door de ondernemer gestelde wilsgebreken, maar verdere bijzonderheden worden niet vermeld (rov 4.7 van het vonnis). De rechtbank komt tot het oordeel dat de presentatie van een toelichting op de renteswap door ING op een tweetal punten in algemene zin niet juist en/of onvolledig is geweest. Dat betreft (i) de fixering van de rente en (ii) de exitkosten en herfinanciering. Volgens de rechtbank komt uit het materiaal dat ING gebruikt heeft, onvoldoende naar voren dat de debetrenteopslag niet gefixeerd wordt door de renteswap, maar dat deze door ING kon worden aangepast. Omdat de ondernemer bewust en op eigen initiatief steeds kortdurende Euribor-leningen heeft afgesloten en daarbij onderhandeld heeft over de rentetarieven, heeft hij volgens de rechtbank echter blijk gegeven van een onderhandelbaar rentepercentage, wat niet strookte met de veronderstelling dat de gehele rente gefixeerd was ten gevolge van de renteswap (rov 4.4 van het vonnis).

Ook de exitkosten, waaronder de rechtbank verstaat *“potentiele kosten verbonden aan een voortijdig einde van de renteswap, en de (on)mogelijkheden ten aanzien van herfinanciering”* (rov 4.5 van het vonnis) zijn naar het oordeel van de rechtbank niet, althans onvoldoende duidelijk, naar voren gekomen in het door ING gepresenteerde informatiemateriaal. De rechtbank oordeelt echter dat ING wel duidelijk had aangegeven dat de renteswap een negatieve waarde kon krijgen en dat de noodzaak kon bestaan tot het aanhouden van zekerheden in dat verband. Daarom had de ondernemer naar het oordeel van de rechtbank als ervaren ondernemer en vastgoedbelegger bedacht moeten zijn op eventuele extra kosten in geval van herfinanciering.

De rechtbank wijst de vordering tot betaling van de 1,3 miljoen euro af, omdat niet gebleken was van de gestelde wilsgebreken en evenmin van oneerlijke handelspraktijken (rov 4.7 van het vonnis). Die vordering tot

⁴ ECLI:NL:RBAMS:2013:8687

betaling van 1,3 miljoen euro was bij de rechtbank primair ingesteld. Subsidiair was ook nog gevorderd ING te veroordelen tot betaling van € 620.766 “*ter zake van excessieve renteopslag*”. Daarbij gaat het om de debiteurenopslagen boven het driemaands-Euribor-tarief. De rechtbank is echter van oordeel dat de ondernemer bekend moest worden verondersteld met het bestaan van deze opslag die niet onder de renteswap viel en die door ING steeds bij het verlengen van de lening kon worden aangepast. Ook de subsidiaire vordering tot vergoeding van dit bedrag wordt daarom afgewezen. Uit de uitspraak van de rechtbank (rov 4.8 van het vonnis) wordt duidelijk dat de grondslag voor deze vordering schadevergoeding was. De rechtbank kwalificeert de vordering tot betaling van de 1,3 miljoen euro niet, maar dit moet een vordering uit onverschuldigde betaling geweest zijn, als gevolg van de vernietiging van de renteswapovereenkomst.

Procedure in hoger beroep

De ondernemer gaat in hoger beroep. Uit de uitspraak van het Hof blijkt dat bij memorie van grieven de eis gewijzigd is. Er wordt nu gevorderd *primair* (i) een verklaring voor recht dat de renteswapovereenkomst buitengerechtelijk is vernietigd op grond van bedrog, althans dwaling, althans misbruik van omstandigheden, (ii) ING te veroordelen tot (terug)betaling van alle onder de renteswap betaalde bedragen tot en met 1 november 2012 (het bekende bedrag van 1,3 miljoen euro), *subsidiair* (i) ING te veroordelen tot vergoeding van de door de ondernemer geleden schade en *meer subsidiair* ING te veroordelen tot betaling van € 620.766 uit hoofde van de excessieve renteopslag.⁵

Het Hof behandelt de grieven 6 en 7, die beide het beroep op dwaling ondersteunen, eerst. Grief 6 houdt in dat ING de ondernemer onvoldoende heeft voorgelicht over de marginverplichtingen en de allowance faciliteit. Met grief 7 betoogt de ondernemer dat hij bij een juiste voorstelling van zaken de renteswapovereenkomst niet zou hebben gesloten. Over die marginverplichtingen en die allowance faciliteit was, zo blijkt uit het vonnis van 27 november 2013, bij de rechtbank niet gedebatteerd. Kennelijk zijn in hoger beroep op dit punt de grondslagen van de eis aangevuld. Het Hof komt, anders dan de rechtbank, tot het oordeel dat de ondernemer de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd (rov 3.18) en daarbij spelen die marginverplichtingen en allowance faciliteit een beslissende rol. De vernietiging van de renteswapovereenkomst betekent dat de ondernemer en ING wederzijds vorderingen uit onverschuldigde betaling gekregen hebben. Daarop komen wij later in dit artikel terug.

De marginverplichting houdt in dat een kredietnemer met een renteswap onder omstandigheden geld moet bijstorten bij de bank.⁶ Een dergelijke verplichting komt uit de optiehandel. Als een belegger de aandelen of opties niet in portefeuille heeft, moet hij een bedrag reserveren (bijstorten) om aan eventuele toekomstige verplichtingen te voldoen. Een renteswap is echter geen beleggingsproduct, maar kent voor de klant wel eventuele toekomstige verplichtingen. Voor de bank ook, maar marginverplichtingen voor banken bestaan niet. Uit rov 3.3 van het arrest blijkt dat de ondernemer meent dat de marginverplichting verband houdt met de negatieve waarde van een renteswap. Dat is de contant gemaakte waarde van de toekomstige verplichtingen van (in dit geval) de ondernemer tot het betalen van het verschil tussen de swaprente en het driemaands-Euribor-tarief. In rov 3.4 is het standpunt van ING weergegeven. De margin moest worden aangehouden door de ondernemer om aan zijn actuele verplichtingen onder de renteswap te kunnen voldoen. Wat actuele

⁵ Die eis was ook al bij de rechtbank ingesteld en afgewezen.

⁶ Artikel 86 van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft

verplichtingen zijn, wordt niet uitgelegd. Een allowance faciliteit is een door ING verleend krediet buiten het door de ondernemer zelf aangevraagde krediet.

In het arrest worden beide elementen gecombineerd. Het krediet onder de allowance faciliteit kan kennelijk gebruikt worden om bij te storten uit hoofde van de marginverplichting. Het valt daarbij op dat de ING tegenover het Hof heeft aangevoerd dat de allowance faciliteit slechts een formaliteit was die diende als 'papieren tijger' voor de AFM ter nakoming van de zorgplicht van ING (rov 3.3), dat de allowance faciliteit een 'kosteloos extraatje' was (rov 3.10) en dat de allowance faciliteit ertoe strekte de gestelde zekerheden liquide te maken (rov 3.4). Het Hof constateert dat ING zelfs in de onderhavige procedures nog geen duidelijkheid schept over het karakter van de allowance faciliteit (rov 3.10) en dat ING de gekozen constructie verhult door te spreken van het 'liquide maken van zekerheden' (rov 3.10). Deze processuele opstelling van ING wordt dus duidelijk door het Hof afgekeurd.

Het Hof zet in rov 3.3 en 3.4 de standpunten van partijen omtrent de dwaling uiteen en gaat daar in rov 3.9 tot en met 3.12 op in. Het gaat dan met name over de informatieverschaffing ter zake van de marginverplichtingen en allowance faciliteit en de gevolgen daarvan voor de overgang naar een nieuwe financier. Het uitgangspunt daarbij is voor het Hof dat de overeengekomen renteswap uitsluitend tot doel had renterisico's voor de ondernemer af te dekken (rov 3.6). Het Hof is van oordeel dat ING meer informatie had moeten geven over de marginverplichtingen en allowance faciliteit en de gevolgen daarvan voor de overgang naar een nieuwe financier en concludeert vervolgens (in rov 3.13) dat de renteswapovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen. In dat verband constateert het Hof dat ING niet tijdig de wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst heeft meegedeeld. Kennelijk bedoelt het Hof daarmee dat de marginverplichtingen en de allowance faciliteit wezenlijke kenmerken van de renteswapovereenkomst zijn. Dat zijn zij voor renteswaps in het algemeen niet⁷, in het onderhavige geval ligt dat anders, omdat juist die marginverplichtingen en die allowance faciliteit de ondernemer bij de herfinanciering in de problemen brachten. Die problemen zijn er echter altijd bij herfinanciering. Als de renteswap niet wordt overgenomen door de nieuwe financier, dan staan de ondernemer twee opties open: (i) voortijdige beëindiging van de renteswap en betaling van de negatieve waarde of (ii) continuering van renteswap bij de huidige financier. In het laatste geval zal die financier zekerheid verlangen voor de verplichtingen uit de renteswap. Dat is wel een wezenlijk kenmerk van een renteswapovereenkomst.

Op basis van het – veronderstelde – doel van de renteswap had het Hof een uitspraak kunnen doen over de eis ING te veroordelen tot betaling van € 620.766 uit hoofde van de excessieve renteopslag. De ondernemer had namelijk gesteld dat hij zich door ING misleid voelde vanwege de verhoging van de renteopslag (rov 3.1.13). In het vonnis van de rechtbank wordt uit de brief van 27 juni 2012 geciteerd⁸. Daarin heeft de ondernemer gesteld dat hij een renteswap had afgesloten en in de veronderstelling was dat zijn financieringslast daarmee volledig was gefixeerd en dat het hem bij het afsluiten van de renteswap niet duidelijk was dat er een opslag bovenop de vaste rente betaald moest gaan worden. Dat was één van de gronden voor de buitengerechtigde vernietiging van de renteswapovereenkomst bij die brief van 27 juni 2012. Dat lijkt ons ook een wezenlijk kenmerk van de renteswapovereenkomst, maar dat is dus door het Hof niet in aanmerking genomen.

⁷ Zie AFM Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, maart 2015

⁸ Het Hof spreekt van de brief van 27 juni 2012. Wij nemen aan dat één van beide instanties de juiste datum geeft, maar hebben dat verder niet uitgezocht, en gaan uit van een brief van 27 juni 2012.

Verder valt op dat het Hof zich kennelijk niet heeft afgevraagd, wat het doel van ING bij het afsluiten van de renteswapovereenkomst was. Uit het arrest valt ook niet op te maken dat de ondernemer op dat punt in hoger beroep stellingen heeft betrokken. Het Hof heeft wel in aanmerking genomen dat het uitsluitend doel van de renteswapovereenkomst afdekking van het renterisico van de ondernemer was en die afdekking met de renteswap maar gedeeltelijk werd bereikt doordat de rentefixatie niet geldt voor de debiteurenopslag (rov 3.17). Wij nemen daarom aan dat het Hof van oordeel is dat het standpunt van ING dat de rentefixatie niet geldt voor de debetrenteopslag, terecht is. Dat zou in afwijking zijn van twee recente uitspraken van de rechtbank Amsterdam van 17 juni 2015 en 8 juli 2015.⁹

Voor het doel van de banken bij het afsluiten van renteswaps kan worden aangehaakt bij een uitspraak van Chris Buijink, voorzitter van de Nederlandse Vereniging van Banken. Die heeft in juni van dit jaar gesproken over *“de nasleep van miljarden aan rentederivaten die banken de afgelopen jaren hebben verkocht aan onwetende MKB-ondernemers”*¹⁰. De vraag is gerechtvaardigd waarom de banken dat gedaan hebben. Het antwoord is eenvoudig. De banken hebben er rekening mee gehouden dat de variabele rente zou gaan dalen. Met die wetenschap hebben zij de MKB-ondernemers tot het afsluiten van de renteswapovereenkomst gebracht en zij hebben aldus voor zichzelf het verschil tussen de swaprente en de lagere Euribor-rente op het oog gehad, met de bedoeling om dit bedrag aan het MKB te onttrekken. Dat doel is het wezenlijke kenmerk van de renteswapovereenkomsten die de Nederlandse banken met het MKB gesloten hebben. Dat was dus ook het doel van ING. Voor de ondernemer in kwestie heeft dit doel van ING tot consequentie gehad dat ING zich 1,3 miljoen euro heeft toegeëigend, welk bedrag de ondernemer anders zelf in zijn vermogen had kunnen behouden. Helaas is het debat daarover in de procedure die geëindigd is met het arrest van het Hof niet gegaan. Deze rentevisie hebben de banken aan de MKB-ondernemers onthouden en dat levert stellig een wilsgebrek op.¹¹

Een ander wilsgebrek is het feit dat in het informatiemateriaal, dat door ING is gebruikt bij de voorlichting van de ondernemer, als voordeel van de renteswap wordt gemeld dat daar geen premie voor behoeft te worden betaald en dus ‘niets kost’. Dat is onjuist. ING heeft de ondernemer een verborgen marge in rekening gebracht bij het afsluiten van de renteswap, zonder dit aan de ondernemer te melden. Die verborgen marge is het verschil tussen de contante waarde van het vaste been van de swap en de contante waarde van het variabele been van de swap op het moment van het afsluiten van de renteswap. Die twee contante waarden dienen gelijk te zijn, doch in de praktijk blijkt dat niet zo te zijn. Marges van 20 tot 30 basispunten zijn niet ongewoon. Door daarover te zwijgen, is de ondernemer op het verkeerde been gezet en is er ten minste sprake van dwaling, zo niet bedrog. Wij schatten de verborgen marge in dit geval op een bedrag in de orde van grootte van 120 tot 180 duizend euro.

⁹ ECLI:NL:RBAMS:2015:3906 en 4286

¹⁰ Financieele Dagblad van 3 juni 2015, p. 5

¹¹ Overigens blijkt uit het tussenarrest van 25 november 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4903) dat de ondernemer gevraagd heeft om informatie, inclusief stukken betrekking hebbend op de marge en andere voordelen behaald door ING op de renteswap. De ondernemer had een incident ex artikel 843a Rv opgeworpen. Dat incident is door het Hof gezamenlijk met de hoofdzaak behandeld. Aan de hand van het arrest van 15 september 2015 kan worden vastgesteld dat in het incident geen beslissing genomen is, dat dat zo blijft en dat de hoofdzaak verder gaat met een akte van de ondernemer over (de kosten van) de variant die het beste bij de positie van de ondernemer zou hebben gepast en over de wijze van berekening van de onverschuldigd betaalde bedragen. Het ziet ernaar uit dat deze zaak daarom geen informatie zal gaan opleveren over de marge en andere voordelen door ING behaald op de renteswap.

Het Hof wijst de primair gevorderde verklaring voor recht dat de ondernemer de renteswapovereenkomst op goede gronden wegens dwaling buitengerechtelijk heeft vernietigd, toe (rov 3.18) en behandelt dan in rov 3.19, 3.20 en 3.21 de gevolgen van die vernietiging. Daarop gaan wij hierna dieper in, want het resultaat van de betreffende overwegingen van het Hof is onbevredigend.

De gevolgen van de vernietiging

In rov 3.19 constateert het Hof dat aan de buitengerechtelijke vernietiging krachtens artikel 3:53, lid 1, BW terugwerkende kracht toekomt. Het Hof wijst erop dat de vernietiging ertoe leidt dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd en dat zij wederzijds vorderingen uit onverschuldigde betaling verkregen hebben als bedoeld in artikel 6:203 BW. In dat verband noemt het Hof de vordering van ING uit hoofde van het betaalde driemaands-Euribor-tarief en de vordering van de ondernemer uit hoofde van het betaalde renteswaptarief van 4,45%. Het saldo daarvan is € 1.352.254 en dat noemt het Hof het Nettobedrag. Op zichzelf is dit juist, maar het Hof heeft daarbij slechts de eis van de ondernemer gevolgd. Die had echter moeten uitleggen dat het driemaands-Euribor-tarief dat ING onder de renteswap betaalde, iedere drie maanden verrekend werd met het driemaands-Euribor-tarief dat de ondernemer onder de geldleningen betaalde. Dat zou mogelijk de latere beslissing van het Hof dat de prestatie van ING bestond uit het voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente (in rov 3.21) hebben voorkomen. De gevolgen van die beslissing zijn heel vervelend voor de ondernemer.

ING heeft betoogd dat zij niet verplicht kan worden om het Nettobedrag te betalen en daartoe aangevoerd dat op grond van artikel 6:210, lid 2, BW de waarde van de door ING geleverde prestatie die bij vernietiging van de renteswap door de ondernemer moet worden vergoed, precies gelijk is aan het Nettobedrag dat de ondernemer bij ING opeist (rov 3.20, eerste helft). Dat betekent dus dat de ondernemer niets ontvangt. Kennelijk verdedigt ING dat de aard van haar prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt. Daarmee heeft ING geprobeerd artikel 6:203, lid 2, BW onschadelijk te maken. Daarin is bepaald dat, als de onverschuldigde betaling een geldsom betreft, de vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot teruggave van een gelijk bedrag. De ondernemer heeft tegenover het verweer van ING gesteld dat de prestatie van ING reeds verdisconteerd is in de saldering van de betalingen die heeft geleid tot het Nettobedrag. Daarop volgt een soort alternatieve redenering dat ING in ieder geval het verschil zou moeten betalen tussen het vaste bedrag onder de renteswap plus de opslagen op de debetrente enerzijds en de betalingen die de ondernemer had moeten doen als hem een veel betere en op zijn positie passende renteafdekking was verstrekt (rov 3.20, tweede helft). Het is voor ons de vraag of die redenering wel mogelijk is op basis van de rechtsgrondslag onverschuldigde betaling. Het Hof heeft die vraag niet gesteld en dus ook niet beantwoord. Het ziet ernaar uit dat het tweede deel van dit verweer het Hof geïnspireerd heeft tot de uiteindelijke oplossing, maar daarbij is de ondernemer van de regen in de drup gekomen.

In rov 3.21 oordeelt het Hof dat de prestatie van ING in dit geval bestaat uit gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente. Kennelijk heeft ING dit in de procedure betoogd, en is dit niet weersproken door de ondernemer. De kwalificatie van de aard van de prestatie van ING door het Hof is verkeerd. Een renteswap is een renteruil, waarbij (in dit geval) de ondernemer iedere drie maanden 4,45% over het nominaal bedrag betaalt aan ING en ING het Euribor-tarief over dat bedrag aan de ondernemer betaalt. De aard van de prestatie van ING is dus de betaling van een geldsom, en niets anders. Omdat de ondernemer daarnaast op de lening ook nog het Euribor-tarief moet betalen, is het resultaat dat ING dat Euribor-tarief zelf betaalt. Daarmee wordt de schuld van de ondernemer aan ING uit hoofde van de rentebetaling op de lening gedelgd.

Het feit dat de ondernemer ook nog het Euribor-tarief op de geldlening moet betalen, speelt dus een rol. Dat werken wij uit. ING moet onder de renteswap iedere drie maanden het Euribor-tarief betalen over het nominale bedrag, of dat nu lager of hoger is dan de vaste rente van de renteswap. Als dat Euribor-tarief lager is dan de swaprente, betaalt de ondernemer het verschil, als dat Euribor-tarief hoger is dan de swaprente, betaalt ING het verschil tussen het hogere Euribor-tarief en de dan lagere swaprente. In beide gevallen wordt het Euribor-tarief op de geldlening door ING aan zichzelf betaald door middel van verrekening. In het eerste geval maakt ING winst, in het tweede geval leidt ING verlies. Als gevolg van de vernietiging van de renteswap bedraagt de vordering uit onverschuldigde betaling van de ondernemer in het eerste geval het verschil tussen de vaste rente en het Euribor-tarief, terwijl hij in het tweede geval geen aanspraak heeft uit onverschuldigde betaling, omdat ING het betreffende bedrag niet onverschuldigd betaald heeft, maar heeft aangewend om het Euribor-tarief te betalen op de geldlening.

Het is dus volgens ons onjuist dat de prestatie van ING bestaat uit het voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente. De prestatie van ING bestaat uit het betalen van het Euribor-tarief, ongeacht of dat hoger of lager is dan de swaprente. In ieder geval is er bij het aangaan van de renteswapovereenkomst nooit op gewezen dat de prestatie van ING zou bestaan uit het voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente. De prestatie van ING is nooit anders omschreven dan het betalen van het Euribor-tarief en daar tegenover stond de prestatie van de ondernemer om het swaptarief te betalen. De renteswap gecombineerd met de geldlening is steeds gepresenteerd, door alle banken trouwens, als de zekerheid dat er te allen tijde een vaste rente betaald zou worden. Afgezien dan van de debiteurenopslagen, die telkens wat weggemoffeld werden.

De prestatieplichten onder de renteswap nader beschouwd

De omschrijving die ING in het hoger beroep van haar prestatie gegeven heeft, is volstrekt nieuw. Deze is in de literatuur en jurisprudentie tot nu toe nergens vermeld. Deze omschrijving staat ook niet in het informatiemateriaal dat al die jaren van de zijde van ING gepubliceerd is. In het informatiemateriaal over de renteswap dat in het arrest geciteerd wordt, is deze omschrijving van de prestatie van ING dan ook niet terug te vinden. Het zal wel te maken hebben met het feit dat dit verweer van ING niet weersproken is en dat het Hof daarom niet anders kon dan dit verweer honoreren. Het verweer noopt echter tot een debat over kansberekening en dat debat is nu achterwege gebleven. De beschikbare, maar niet aangevoerde argumenten van de ondernemer in dat debat zouden het Hof tot de conclusie hebben moeten brengen dat ING ervan uitging dat het Euribor-tarief zou gaan dalen en dat ING daarom slechts een kleine kans zou lopen dat zij tot betalingen aan de ondernemer zou moeten overgaan. Er is dus geen sprake van dat ING een economisch volwaardige (tegen)prestatie geleverd heeft. Zij mocht verwachten niet of nauwelijks risico te lopen. Tegen die achtergrond is de discussie over de aard van de prestatie, die uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt, puur cosmetisch. Minst genomen zou het kanspercentage van het risico dat ING liep, ook in aanmerking genomen moeten worden bij vorderingen uit onverschuldigde betaling van de ondernemers met wie ING renteswaps heeft afgesloten.

De beslissing van het Hof dat (i) de prestatie van ING bestaat uit het voor haar rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente, en (ii) dat deze prestatie naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie, is dus onjuist. Daarom is ook de beslissing dat artikel 6:210, lid 2, BW, van toepassing is, niet juist. De redengeving dat de ondernemer toegestemd heeft een tegenprestatie te verrichten, bestaande uit het betalen van de swaprente, is daarom irrelevant. Niettemin is het betalen van de swaprente *niet* de tegenprestatie van de veronderstelde prestatie van ING, die naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie. Het

betalen van de swaprente door de ondernemer is de tegenprestatie van het betalen van de variabele rente door ING. Dat betekent dat ook om die reden artikel 6:610, lid 2, BW, *niet* van toepassing is.

Uitgaande van de door het Hof gehanteerde omschrijving van de prestatie van ING had de prestatie van de ondernemer overigens omschreven moeten worden als het voor zijn rekening nemen van het risico dat het Euribor-tarief lager wordt dan de swaprente. Beide omschrijvingen veronderstellen relevante kennis van weerskanten van het risico. De kennis was echter bij de bank wel en bij de ondernemer niet aanwezig en de bank heeft die kennis niet met de ondernemer gedeeld. Dat levert een existentiële dwalingsgrond op, als er al geen sprake is van bedrog en/of misbruik van omstandigheden.

Dat alles is echter niet van belang voor het kwalificeren van de prestaties onder de renteswap. Dat zijn betalingen van geldschulden, zowel door ING als door de ondernemer. De renteswap is waarschijnlijk op 1 mei 2008 ingegaan. Toen was het driemaands-Euribor-tarief 4,855%. Op de vaststellingsdagen 1 augustus 2008 en 1 november 2008 was het tarief steeds hoger dan de swaprente. Op 1 december 2008 was het tarief 3,816% en dus lager dan de swaprente. Dat is de jaren daarna voortdurend het geval geweest en dat bleef tot 1 mei 2015 (de einddatum van de renteswap) de situatie. Van 1 mei 2008 tot en met 1 mei 2015 heeft ING steeds het Euribor-tarief betaald en de ondernemer de swaprente, zowel vóór als na 1 december 2008. Dat betreft dus betaling van geldsommen. Met toepassing van artikel 6:203, lid 2, BW moeten dan gelijke bedragen worden terugbetaald.

Wat krijgt de ondernemer in handen?

Het Hof gaat dan, zij het op basis van dit foute uitgangspunt, verder met de redenering dat het Hof het niet redelijk acht om als waarde van de prestatie van ING het Nettobedrag te vergoeden. In plaats daarvan acht het Hof het redelijk het (rente)bedrag dat de ondernemer aan ING verschuldigd zou zijn geworden uit hoofde van de renteaafdekkingsvariant die het beste bij de positie van de ondernemer paste, als de aan ING te vergoede waarde in aanmerking te nemen. Het Hof maakt niet duidelijk waarom het niet redelijk is om als waarde van de prestatie van ING het Nettobedrag te vergoeden. Een dergelijke ingrijpende beslissing had natuurlijk wel gemotiveerd moeten worden.

Wij hebben gepoogd de redenering van Het Hof te volgen en op basis daarvan een berekening uitgevoerd. We pretenderen niet dat onze berekening de werkelijkheid vertegenwoordigt: het is slechts een model om de redenering van het Hof in numerieke zin te verduidelijken.

We hebben de vastrentende lening en het cap alternatief op basis van de volgende uitgangspunten berekend. ING stelde als voorwaarde dat het renterisico voor circa 50% zou worden ingedekt. De uiteindelijke dekkingsgraad is 70% geweest. Voor de vastrentende lening hebben wij om die reden als hoofdsom 10 miljoen euro genomen met een niet amortiserend profiel. Voorts hebben we als effectieve datum 1 mei 2008 aangehouden en als einddatum 16 oktober 2012, de datum dat alle leningen door de ondernemer zijn afgelost. In het presentatiemateriaal van ING wordt voor de 1-jarige vastrentende lening een tarief genoemd van 6,50%. De kapitaalmarktrente (zero coupon) op 1 mei 2008 bedroeg 3,91%. De impliciete verhoging bedroeg daarom 2,59%. Omdat het een 1-jarige lening betreft kan ING de impliciete opslag voor zover het het debiteurenrisico betreft, verhogen of verlagen. We hebben daarom de extra verhogingen/verlagingen die ING in rekeningen heeft gebracht boven de initiële opslag van 83 basispunten eveneens verwerkt in de impliciete opslag van de vastrentende lening. Voor het cap alternatief hebben wij eveneens een nominaal bedrag gehanteerd van 10 miljoen euro met een niet amortiserend profiel. Voorts hebben we dezelfde effectieve datum en einddatum aangehouden. Als premie voor de cap hebben we een bedrag van 150.000 duizend euro

aangenomen en ook dat deze op de effectieve datum is betaald. De onderliggende lening is dezelfde als die van de renteswap. We hebben een en ander gecompleteerd met de berekening van de betalingen door de ondernemer onder renteswap.

We hebben in onze berekeningen geabstraheerd van de verborgen marge die ING bij het afsluiten van de renteswap aan de ondernemer in rekening zal hebben gebracht, omdat deze is begrepen in de swaprente. Een grove berekening leert dat de contante waarde van deze marge tussen 120 en 180 duizend euro zal hebben bedragen.

In Tabel 1 presenteren we onze berekeningen.

Tabel 1

Item	Renteswap	Vastrentende lening	Cap Alternatief
Betaalde Termijnen	€ 2.013.625	€ 3.593.627	€ 1.496.079
Premie	€ 0	€ 0	€ 150.000
Totaal	€ 2.013.625	€ 3.593.627	€ 1.646.079

Bron: auteurs

In Tabel 1 hebben we alleen de betaalde swaprente in aanmerking genomen en niet de in rekening gebrachte debiteurenopslag. Uit Tabel 1 volgt dat de Vastrentende Lening veel duurder is dan het cap alternatief.

Volgens het Hof moet dus de ondernemer aan ING één van de alternatieve vergoedingen betalen die wij hebben uitgerekend. Dit is de wereld op zijn kop. ING heeft recht op terugbetaling van de betaalde Euribor-bedragen, maar die heeft ING gebruikt om de daarmee corresponderende rente op de leningen te betalen. Die schulden zijn gedelgd en daarom zijn die Euribor-bedragen al terugbetaald. Niettemin meent het Hof dat de ondernemer aan ING moet betalen, hetzij de vaste rente op de lening die in plaats van de variabelrentende lening zou zijn afgesloten, hetzij het bedrag dat onder de combinatie van een variabelrentende lening en een rentecap zou zijn betaald.

Onder de vastrentende lening zouden iedere drie maanden betalingen gedaan zijn. Over de hele looptijd van de renteswap is dat een substantieel bedrag. Immers, het rentetarief op de vaste lening ligt hoger dan de vigerende swaprente. Dat blijkt tevens uit het informatiemateriaal dat door het Hof deels is geciteerd in het arrest. Voor een rentecap zou de ondernemer bij de aankoop daarvan een premie moeten hebben betalen. Dat is een relatief bescheiden bedrag. Daarnaast zouden onder de variabelrentende lening, die een combinatie vormt met de rentecap, ook iedere drie maanden betalingen gedaan zijn. Daarvoor zijn de driemaands-Euribor-tarieven als gepubliceerd op www.euribor-rates.eu gehanteerd, ieder kwartaal volgend op 1 mei 2008. Het Hof lijkt zich dit belangrijke verschil niet te hebben gerealiseerd. Het heeft ook niet aangegeven welke renteafdekkingsvariant het beste bij de positie van de ondernemer paste.

Het Hof oordeelt tot slot dat het bedrag van de beste positie in mindering komt op het bedrag dat de ondernemer in totaal aan swaprente heeft betaald, waarbij dan ook nog rekening moet worden gehouden met eventuele verhogingen of verlagingen op grond van verschuldigde (rente)opslagen. Dit laatste begrijpen wij al helemaal niet, omdat het Hof de vordering van de ondernemer tot terugbetalen van deze opslagen eerder heeft afgewezen. Afgezien hiervan, hebben we de receptuur van het Hof letterlijk gevolgd en de relevante berekeningen gemaakt, waarbij we aangenomen hebben dat het Hof wil dat de opslagen op de lening die

gecombineerd is met de renteswap, in aanmerking genomen worden. Daarvoor hebben wij het bedrag gehanteerd dat door de ondernemer in de procedure is gevorderd: € 620.766. Wij volgen op dat punt het standpunt van de ondernemer, zoals weergegeven in rov 3.20.

De resultaten presenteren wij in Tabel 2.¹²

Tabel 2

Item	Renteswap	Vastrentende lening	Cap Alternatief
Bedrag	€ 2.013.625	€ 3.593.627	€ 1.646.079
Opslagen	€ 620.766		
Subtotaal	€ 2.634.391	€ 3.593.627	€ 1.646.079
Vershil =		-€ 959.236	€ 988.312

Bron: auteurs

Uit Tabel 2 blijkt dat, als het alternatief van de vastrentende lening wordt gehanteerd, het verschil tussen de betaalde swaprente plus opslagen negatief is. Betekent dat dan dat de ondernemer € 959.236 aan ING moet betalen? Wordt het cap alternatief als meest geëindigd voor de ondernemer beschouwd, dan is er een positief verschil tussen de betaalde swaprente en het cap alternatief. Betekent dit dan dat ING aan de ondernemer een bedrag van € 988.312 moet betalen?

Kortom wij hebben grote moeite te begrijpen wat hier bedoeld wordt.

Slotopmerkingen

Het Hof heeft de vastrentende lening in haar motivering betrokken. Dat staat haaks op de feiten. Immers, ING eiste dat het renterisico voor circa 50% zou dienen te worden afgedekt, bijvoorbeeld door rentederivaten. De vastrentende lening is in de voorlichting genoemd en de verschillen tussen de renteswap en deze lening zijn in het algemeen gepresenteerd. Uitgaande van de eis van ING dat het renterisico voor circa 50% diende te worden afgedekt, dan zou de nieuwe faciliteit dus hebben moeten bestaan uit een lening met als hoofdsom 6,75 miljoen euro, een looptijd van 1 jaar en een driemaands-Euribor-tarief en een lening met eveneens een hoofdsom van 6,75 miljoen euro, een looptijd van 1 jaar en een vast rentetarief.

In rov 3.23 laat het Hof weten dat er nog geen beslissing gegeven wordt, maar dat partijen in de gelegenheid gesteld worden om zich bij akte uit te laten over (de kosten van) de variant die het beste bij de positie van de ondernemer zou hebben gepast en de (wijze van) berekening van de onverschuldigd betaalde bedragen. Het Hof geeft partijen echter in overweging eerst in onderling overleg te proberen tot een vergelijk te komen.

¹² Wij moeten erop wijzen dat de berekeningen die wij in de Tabellen 1 en 2 hebben gepresenteerd door ons gemaakt zijn op basis van een aantal aannames. Wij hebben getracht de werkelijkheid zo getrouw mogelijk te benaderen, maar alleen aan de hand van concrete informatie van ING is het mogelijk het werkelijke beeld te geven. Over die informatie beschikken wij niet en die is ook niet te vinden in het tussenarrest in het incident van 25 november 2014 (zie noot 11) en evenmin in het arrest van 15 september 2015.

Het wil ons voorkomen dat in ieder geval de ondernemer een eminent belang heeft bij tussentijds beroep in cassatie. Dat is echter niet in het arrest voorzien. Daarvoor zal dus toestemming gevraagd moeten worden. Het lijkt ons niet moeilijk om van de zijde van de ondernemer het Hof te overtuigen dat rov 3.21 een misslag is. ING zal het daarmee wel niet eens zijn, maar het lijkt ons dat de processuele opstelling van ING zo innovatief is, dat de Hoge Raad er in ieder geval aan te pas moet komen.

Er is nog een aspect van de uitspraak van belang om te vermelden. De primaire vordering tot verklaring dat de renteswapovereenkomst terecht vernietigd is en ING te veroordelen tot (terug)betaling van alle onder de renteswap betaalde bedragen, maar beperkt tot het Nettobedrag, is in aangepaste vorm toegewezen. Het Hof is daarom niet toegekomen aan de subsidiaire vordering tot betaling van schadevergoeding. Dat is de meest simpele vordering in dit verband en die had partijen niet het labyrint van de wettelijke regeling van de onverschuldigde betaling ingevoerd. Uit het arrest valt niet af te leiden wat de grondslag van deze vordering is. Een vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat, is het in ieder geval niet. Er zullen dus in de processtukken vóór het tussenarrest al toereikende stellingen voor deze schadevergoeding betrokken moeten zijn. Als dat niet het geval is, ziet het er somber uit voor de ondernemer. Waarom hebben de advocaten van de ondernemer niet een alternatieve vordering tot het betalen van schadevergoeding ingesteld? De schadevergoeding wegens het niet adviseren van een rentecap is namelijk heel eenvoudig (in dit geval): het Nettobedrag, te verminderen met de aankooppremie van de rentecap en te vermeerderen met de pro resto-opbrengst van de rentecap. Vergoeding van die schade had trouwens al bij de rechtbank gevorderd kunnen worden. Het niet adviseren van een rentecap is te kwalificeren als een wilsgebrek, maar het is daarnaast zeker ook een fout advies van de bank, dat direct tot een aanspraak tot schadevergoeding leidt.