

De gevolgen van samenhang tussen een leningsovereenkomst en een renteswap

*Mr. R. J. W. Analbers**

1 Inleiding

In het baanbrekende¹ arrest Jans/FCN² van 23 januari 1998 heeft de Hoge Raad voor het eerst aanvaard dat een zodanige samenhang tussen afzonderlijke overeenkomsten kan bestaan dat de vernietiging of ontbinding van de ene overeenkomst – bijvoorbeeld als gevolg van een tekortkoming in de nakoming van een daaruit voortvloeiende verbintenis – de vernietiging of ontbinding kan rechtvaardigen van de andere overeenkomst, zelfs wanneer die andere overeenkomst gesloten is met een andere wederpartij. In het arrest Jans/FCN ging het (net als in het daaropvolgende arrest Meissner/Arenda³) om een particuliere (huur)koper die voor de financiering van de aankoop een separate financieringsovereenkomst met een derde was aangegaan, en werd de samenhang tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst door de Hoge Raad ontleend aan het derde lid van art. 7A:1576h van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hoewel dit niet expliciet uit het arrest Jans/FCN volgt,⁴ werd over het algemeen aangenomen dat de hoedanigheid van de partijen (in zowel Jans/FCN als Meissner/Arenda waren de huurkopers consumenten) van wezenlijk belang zou zijn voor de invulling van de maatstaf die de Hoge Raad voor het eerst in het arrest Jans/FCN heeft gegeven.

Op 20 januari 2012 heeft de Hoge Raad in het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort c.s.⁵ het oordeel van het Hof Amsterdam in stand gelaten met betrekking tot een huurkoopcasus die grotendeels gelijk was aan de casus van het arrest Jans/FCN. Het grote verschil was echter dat de huurko-

per in het geval van het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort c.s. geen consument was maar een ondernemer. De hoedanigheid van partijen is in cassatie echter geen onderwerp van discussie geweest, waardoor de Hoge Raad zich daarover in het arrest niet heeft uitgelaten. Het was zodoende nog steeds onduidelijk of (en zo ja, in welke mate⁶) de hoedanigheid van partijen van invloed zou kunnen zijn op de vraag of lotsverbondenheid tussen samenhangende overeenkomsten gerechtvaardigd zou zijn. Uit het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort c.s. kan echter wel worden afgeleid dat ook bij tussen (semi)professionele partijen gesloten overeenkomsten sprake kan zijn van lotsverbondenheid als gevolg van een verregaande samenhang tussen die overeenkomsten.

Het voorgaande valt eveneens af te leiden uit het arrest Euretco/Naeije van 3 februari 2012.⁷ In dat arrest ging het om een tussen twee professionele partijen gesloten koopovereenkomst ten aanzien van een pakket aandelen, waarbij de te betalen koopprijs vervolgens was omgezet in een lening die was opgenomen in een afzonderlijke leningsovereenkomst. De tekortkoming onder de koopovereenkomst rechtvaardigde volgens de Hoge Raad (in ieder geval) een opschorting onder de leningsovereenkomst.

De Rechtbank Noord-Nederland (hierna: rechtbank) heeft op 20 maart van dit jaar (onder verwijzing naar het arrest Jans/FCN) geoordeeld dat bij een leningsovereenkomst en een afzonderlijk gedocumenteerd rentederivaat tussen een bank en een professionele cliënt sprake was van samenhangende overeenkomsten.⁸ De rechtbank heeft echter niet geoordeeld dat de samenhang tussen de overeenkomsten met zich mee zou brengen dat een rechtmatige opzegging van de leningsovereenkomst ook tot een rechtmatige opzegging van het rentederi-

* Mr. R.J.W. Analbers is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam en adviseert en procedeert op het gebied van het vermogensrecht en insolventierecht. De auteur is niet betrokken geweest bij de in deze bijdrage behandelde procedure noch bij enige andere vergelijkbare procedure.

1. Het arrest Jans/FCN is door J.B.M. Vranken in zijn noot bij het arrest als spectaculair, nieuw en baanbrekend gekwalificeerd omdat het een ombuiging inhoudt van het op bilaterale relaties gestoelde verbintenissen- en overeenkomstenrecht.
2. HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. Vranken.
3. HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 m.nt. Vranken.
4. Vranken heeft in (de eerste alinea van) zijn noot bij Jans/FCN al opgemerkt dat het arrest tevens van toepassing is op niet-consumenten en dat hij ook toepassing van het leerstuk verwachtte op andere gebieden dan huurkoop.
5. HR 20 januari 2012, JOR 2012, 98 m.nt. Van Dongen.

6. Van Dongen merkt in alinea 6 van haar noot bij het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort c.s. terecht op dat de hoedanigheid van partijen van invloed zou kunnen zijn op het oordeel omtrent de gevolgen van samenhang tussen de overeenkomsten, maar dat die invloed niet doorslaggevend hoeft te zijn. Dit geldt in het bijzonder omdat men zich bij veel non-consumenten af kan vragen of wel sprake is van een professionele partij. Zo ging het in het Arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort c.s. bijvoorbeeld om een vennootschap onder firma met twee vennoten.
7. HR 3 februari 2012, JOR 2012, 201 m.nt. Van Dongen (Euretco/Naije).
8. Rb. Noord-Nederland 20 maart 2013, JOR 2013, 207 m.nt. Strijbos.

vaat zou leiden. De vraag is of dat terecht is. Voor de beantwoording van die vraag zal ik in deze bijdrage eerst in meer detail ingaan op de achtergrond bij het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten, waarna ik in zal gaan op het vonnis van de rechtbank. Ik zal ten slotte afsluiten met een conclusie.

2 Samenhangende overeenkomsten

Zoals ik in de inleiding al heb opgemerkt, heeft de Hoge Raad in meerdere arresten geoordeeld dat een zodanige samenhang tussen afzonderlijke overeenkomsten kan bestaan dat de vernietiging of ontbinding van de ene overeenkomst de vernietiging of ontbinding van de andere overeenkomst kan rechtvaardigen. Naar aanleiding van dit oordeel rijst op de eerste plaats de vraag wanneer sprake is van samenhangende overeenkomsten.⁹ Van Laarhoven kwalificeert samenhangende overeenkomsten als overeenkomsten waar een feitelijk-economische samenhang tussen bestaat.¹⁰ Volgens Verhagen is sprake van samenhangende overeenkomsten als de contractspartijen door middel van de verschillende overeenkomsten een gemeenschappelijk doel proberen te verwezenlijken.¹¹ Als voorbeeld kan men daarbij denken aan grote financieringstransacties die doorgaans bestaan uit een veelvoud aan (lenings)overeenkomsten en aktes. Al deze documenten hebben uiteindelijk een gemeenschappelijk doel: het verschaffen van financiering door de ene partij aan de andere partij. Bij dergelijke transacties is het overigens wel gebruikelijk dat de verbondenheid tussen de verschillende overeenkomsten al contractueel is geregeld door middel van zogeheten *cross-default*-bepalingen.¹²

Het is (echter) ook mogelijk dat verschillende overeenkomsten een gemeenschappelijk doel proberen te verwezenlijken en/of een feitelijk-economische samenhang hebben, maar dat geen *cross-default*-bepalingen in die overeenkomsten zijn opgenomen. De vraag dient zich dan aan wat in een dergelijk geval rechtvaardigt dat afgeweken wordt van het beginsel dat de overeenkomsten afzonderlijk beoordeeld dienen te worden. Dit geldt in het bijzonder wanneer men zo ver gaat om lotsverbondenheid tussen de overeenkomsten te accepteren. Zipro heeft het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten

– onder verwijzing naar de eerdergenoemde bijdragen van Van Laarhoven en Verhagen – gekwalificeerd als een buitenwettelijke vorm van derdenwerking en verwant aan het leerstuk van de voortbouwende overeenkomsten als opgenomen in art. 6:229 BW.¹³ Deze kwalificatie geeft op zichzelf echter nog geen grondslag om de lotsverbondenheid tussen de samenhangende overeenkomsten te rechtvaardigen.

In het arrest Jans/FCN oordeelt de Hoge Raad dat de vraag of lotsverbondenheid moet worden aanvaard, dient te worden beantwoord aan de hand van uitleg van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden.¹⁴ Opvallend is dat de Hoge Raad verwijst naar uitleg van *de rechtsverhouding* in plaats van uitleg van de verschillende (samenhangende) overeenkomsten. Verhagen is van mening dat uit het arrest Jans/FCN volgt dat tussen de deelnemers aan een groep van samenhangende overeenkomsten een aan het vertrouwensbeginsel ontleende rechtsverhouding bestaat die door de redelijkheid en billijkheid beheerst wordt en buitencontractuele verbintenissen in het leven roept.¹⁵ Daarmee is echter nog geen verklaring gegeven voor de lotsverbondenheid tussen samenhangende overeenkomsten die volgens de Hoge Raad afhankelijk is van de uitleg van die rechtsverhouding. Volgens Verhagen is die verklaring te vinden in het *causa*-beginsel: omdat de verschillende overeenkomsten een gezamenlijk doel hebben, werkt het lotgeval van de ene overeenkomst door in de andere overeenkomst.¹⁶

Ik ben van mening dat de Hoge Raad met de passage ‘uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden’ (slechts) bedoeld heeft dat gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval. De rechtsverhouding waar de Hoge Raad naar verwijst, omvat de volledige verhouding die tussen de diverse contractspartijen bestaat als gevolg van de afzonderlijke overeenkomsten, de al dan niet aan het vertrouwensbeginsel ontleende invloed daarop van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarin (tevens) besloten ligt dat gekeken dient te worden naar het achterliggende doel van de contractspartijen en hun hoedanigheid. Wat het doel van partijen is geweest, dient vastgesteld te worden aan de hand van uitleg van de overeenkomsten, hetgeen eveneens wordt ingekleurd door de hoedanigheid van de contractspartijen. Als zodanig kunnen de specifieke omstandigheden van het geval via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een rechtvaardiging bieden voor de lotsverbondenheid van de samenhangende overeenkomsten.

3 Procedure rechtbank

Eerder dit jaar berichtten diverse media over rentederivaten die door banken aan (mkb-)ondernemers waren verkocht om

9. Samenhangende overeenkomsten maken onderdeel uit van het meervattende begrip samenhangende rechtsverhoudingen (zie daarover uitgebreid: M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006). Bij samenhangende rechtsverhoudingen kan het ook gaan om gevallen waar er wel sprake is van een rechtsverhouding tussen partijen, terwijl er geen enkele contractuele relatie tussen die partijen bestaat. Deze rechtsverhouding vloeit volgens Van Laarhoven in een dergelijk geval voort uit de zorgplicht die partijen jegens elkaar hebben.

10. Van Laarhoven 2006.

11. H.L.E. Verhagen, *Groepen van contracten. Drie beginselen van contractenrecht*, in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 223.

12. Het is vanzelfsprekend ook mogelijk dat de contractspartijen juist uitdrukkelijk overeenkomen dat er geen sprake is van verbondenheid tussen de verschillende overeenkomsten (zie daarover ook Verhagen 2007, p. 243).

13. E.-J. Zipro, *Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting*, MvV 2012, p. 101-106 alsmede alinea 3.7.1 van de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 3 februari 2012, JOR 2012, 201 (Eurectco/Naeije).

14. HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. Vranken, r.o. 3.4.2.

15. Verhagen 2007, p. 233-234.

16. Verhagen 2007, p. 241-242.

het renterisico op leningen met een variabele rente af te dekken.¹⁷ Op 25 september van dit jaar publiceerde de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een kritisch rapport¹⁸ waarin werd geconcludeerd dat de dienstverlening van banken bij het verkopen van derivaten aan onder meer mkb-ondernemers tekortschoot.¹⁹ Bij de in de media genoemde gevallen was het doorgaans het geval dat de ondernemers geen renterisico wisten te lopen op de door hen afgesloten leningen. Daarbij werd geen vaste rente in de leningsovereenkomst afgesproken, maar werd – volgens de ondernemers op advies van de bank – gebruik gemaakt van een variabele rente in de leningsovereenkomst, die vervolgens door middel van een rentederivaat werd geswapt tegen een vaste rente. Als zodanig zou de ondernemer in een economisch vergelijkbare situatie komen te verkeren als deze zou hebben verkeerd wanneer in de leningsovereenkomst een vaste rente zou zijn afgesproken.

In de procedure bij de rechtbank ging het (eveneens) om een mkb-onderneming (te weten accountantskantoor FMA B.V.; hierna: FMA), die ten behoeve van de financiering van een nieuw te bouwen kantoorpand een lening van ruim € 900.000 wilde afsluiten bij haar huisbank ABN AMRO Bank N.V. (hierna: de bank²⁰). FMA wilde geen risico lopen ten aanzien van de rente en daarom stelde FMA als voorwaarde dat de lening tegen een vaste rente zou zijn. De bank kwam vervolgens met een offerte op basis waarvan een hypothecaire financiering verstrekt zou worden tegen een variabele rente (Euribor), die zou worden verhoogd met een rentemarge van 0,8%. Omdat het variabele Euribortarief vervolgens via een apart rentederivaat (hierna: renteswap) tegen een vast rentepercentage van 4,1% zou worden geswapt zou voor FMA alsnog (effectief) een vaste rentelast van 4,9% gelden. FMA ondertekent de relevante documentatie – waarin door de bank ook verschillende algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard – en de bouw van het pand gaat van start.

In de loop van 2007 lost FMA een bedrag van € 100.000 vroegtijdig op de lening af. Dit bedrag wordt wel op het nominale bedrag van de lening in mindering gebracht, maar het nominale bedrag van de renteswap blijft onveranderd. Aldus is

een zogeheten ‘*overhedge*’ ontstaan.²¹ Pas in februari 2010 lijkt er – op initiatief van FMA – voor het eerst contact te zijn over de ontstane *overhedge*. De bank laat FMA per brief weten dat de aflossing van € 100.000 niet in mindering is gebracht op het nominale bedrag van de renteswap. FMA laat de bank daarop weten dat dit volgens haar tot gevolg heeft gehad dat zij effectief € 3300 te veel aan rente heeft betaald. In reactie daarop stelt de bank dat een wijziging van de renteswap niet automatisch plaatsvindt en apart overeengekomen had moeten worden. De bank schetst vervolgens een aantal scenario’s over de wijze waarop omgegaan zou kunnen worden met de *overhedge*. Zo zou FMA (1) de al afgeloste € 100.000 weer op kunnen nemen, (2) de *overhedge* kunnen handhaven of (3) de renteswap kunnen aanpassen aan het saldo van de lening. De kosten voor de aanpassing van de renteswap zouden echter € 11.900 bedragen. Omdat er onduidelijkheid bestond bij FMA over de renteswap geeft de bank aan dat deze bereid is om de helft van deze kosten alsmede de helft van de € 3300 aan te veel betaalde rente voor haar rekening te nemen.

Tegelijkertijd met het voorstel met mogelijke oplossingen voor de *overhedge* stuurt de bank een aparte brief aan FMA met de mededeling dat zij – op basis van de toepasselijke (algemene) voorwaarden van de leningsovereenkomst – per 1 april 2010 de renteopslag van 0,8% zal verhogen tot 2,25%. Als reden voor de verhoging van de renteopslag voert de bank aan dat zij daartoe genoodzaakt zou zijn door strengere kapitaaleisen. FMA is zeer ontstemd over deze plotselinge verhoging van de renteopslag en wijst de bank erop dat het een verhoging van de renteopslag met 181% betreft. De bank blijkt bereid om de verhoging uit te stellen tot 1 juli 2010. Gedurende die periode vindt overleg plaats tussen de bank en FMA, maar partijen komen niet nader tot elkaar. De opstelling van de bank beweegt FMA er uiteindelijk toe om op 29 juni 2010 zowel de leningsovereenkomst als de renteswap op te zeggen en FMA betaalt het volledige uitstaande bedrag onder lening terug.

In reactie op de opzegging van de renteswap door FMA zoekt de bank om voor voldoende saldo op de bankrekening bij de bank te zorgen, zodat de negatieve waarde van de renteswap betaald kan worden. De bank meldt daarbij dat zij de renteswap per 19 oktober 2010 zal beëindigen. Op die datum laat de bank aan FMA weten dat de renteswap is beëindigd en dat de bank als gevolg daarvan en op basis van de toepasselijke algemene voorwaarden nog recht heeft op betaling van € 127.300. FMA weigert echter te betalen, waarna de bank FMA heeft gedagvaard voor de rechtbank en schadevergoeding vordert wegens onrechtmatige opzegging van de renteswap.

21. Onder *overhedge* wordt de situatie begrepen dat de nominale waarde van het derivaat hoger is dan het bedrag dat uitstaat onder de lening. Als zodanig wordt er bij een *overhedge*, in geval van een renteswap waarbij de variabele rente tegen een vaste rente wordt geswapt, voor een hoger bedrag dan noodzakelijk het variabele renterisico afgedekt.

17. Zie o.m. het artikel ‘Verstrikt in de fuik van de swap’ in de Volkskrant van zaterdag 13 juli 2013.

18. Zie <www.afm.nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2013/sep/rapport-rentederivaten.aspx>.

19. Zie ook het artikel ‘Banken in de fout bij verkoop derivaten’ in Het Financieel Dagblad van 25 september 2013.

20. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de relatie met FMA ergens in 2010 is overgegaan op Deutsche Bank N.V. (hierna: Deutsche). Als voorwaarde voor een fusie tussen Fortis en ABN AMRO had eurocommissaris Kroes gesteld dat ABN AMRO een gedeelte van haar zakelijke klanten af zou stoten. Deze relaties zijn in 2010 overgenomen door Deutsche. Omdat uit het vonnis niet duidelijk wordt wanneer de overgang van de lening en de renteswap van ABN AMRO naar Deutsche precies heeft plaatsgevonden (en ten behoeve van de leesbaarheid), zal ik zowel ABN AMRO als Deutsche (blijven) aanduiden als de bank.

De rechtbank oordeelt (r.o. 4.12) na een aantal uitvoerige overwegingen dat de opzegging van de renteswap door FMA weliswaar onrechtmatig was, maar dat gelet op de omstandigheden FMA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet gehouden is tot vergoeding van meer dan 30% van de schade die de bank geleden zou hebben als gevolg van het eenzijdig opzeggen van de renteswap door FMA:

‘Een en ander tegen elkaar afwegend is FMA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid naar het oordeel van de rechtbank tot niet meer gehouden dan vergoeding van 30% van de schade die het gevolg is van het voortijdig en eenzijdig opzeggen van de swapovereenkomst door FMA. Bij haar beoordeling heeft de rechtbank, naast de samenhang tussen de contracten en de verwijten aan de zijde van partijen over en weer, de maatschappelijke positie van partijen betrokken, waarbij krachtens vaste rechtspraak fouten van de bank – gelet op het feit dat de bank ter zake bij uitstek deskundig en professioneel mag worden geacht – in beginsel zwaarder wegen dan fouten aan de zijde van haar klant (vgl. HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103).’

In de bovenstaande rechtsoverweging stelt de rechtbank dat zij haar oordeel heeft gebaseerd op een combinatie van diverse juridische leerstukken, waaronder dat van de samenhangende overeenkomsten.²² In een eerdere rechtsoverweging (r.o. 4.8) was de rechtbank reeds – en onder verwijzing naar onder meer het arrest Jans/FCN – tot het oordeel gekomen dat bij de leningsovereenkomst en de renteswap sprake was van samenhangende overeenkomsten:

‘De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat zij, met FMA, van mening is dat sprake is van zodanig samenhangende contracten dat de euriborleningen niet los beoordeeld kunnen worden van de daarmee samenhangende renteswap (vgl. HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 en recent HR 3 februari 2012, LJN BU3162). (...) Met die samenhang zal de rechtbank derhalve bij haar overige beoordeling rekening houden.’

De rechtbank wijst er bij de onderbouwing van haar oordeel in de eerste plaats op dat het doel van partijen is geweest om door middel van de renteswap de variabele rente die partijen in de leningsovereenkomst waren overeengekomen, te fixeren. In de tweede plaats wijst de rechtbank op de precontractuele onderhandelingen tussen FMA en de bank, waaruit blijkt dat de wens van FMA om een vaste rente te krijgen op voorstel van de bank werd ingevuld door middel van de renteswap. Gelet op deze omstandigheden zal het oordeel van de rechtbank niet tot veel verbazing leiden.

22. Zoals eerder opgemerkt, beperk ik mij in deze bijdrage tot het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten. Stribos besteedt in zijn noot bij het vonnis in het bijzonder aandacht aan de op de bank rustende zorgplicht.

Zoals uit het bovenstaande citaat blijkt, merkt de rechtbank in rechtsoverweging 4.8 nog expliciet op dat zij bij haar overige beoordeling rekening zal houden met de samenhang tussen de leningsovereenkomst en de renteswap, maar in de daaropvolgende rechtsoverweging lijkt de rechtbank vast te lopen als zij ingaat op de geconstateerde discrepantie tussen de voorwaarden van de leningsovereenkomst en de renteswap die zich moeilijk verhoudt met de samenhang tussen die overeenkomsten, alsmede het eerder geïdentificeerde doel van partijen. Op basis van de (algemene) voorwaarden van de leningsovereenkomst was de bank bevoegd om de renteopslag eenzijdig te verhogen, maar wanneer de bank van die bevoegdheid gebruik zou maken, was FMA op haar beurt bevoegd om de leningsovereenkomst op te zeggen. De voorwaarden van de renteswap voorzagen echter niet in een voortijdige opzegging door FMA in geval van een beëindiging van de leningsovereenkomst. FMA zou dus na de opzegging van de leningsovereenkomst gebonden blijven aan de renteswap, terwijl deze (in de woorden van de rechtbank) ‘zinledig’ zou zijn geworden.²³

Opvallend is dat de rechtbank in dit kader geen aandacht heeft besteed aan de brief waarin de bank bij FMA heeft aangekondigd dat zij de renteswap per 19 oktober 2010 zou beëindigen. In deze brief verwijst de bank naar de bevoegdheid die zij op basis van de algemene voorwaarden van de renteswap heeft om deze tussentijds te beëindigen op het moment dat de leningsovereenkomst bij de bank beëindigd zou worden.²⁴ In het onderhavige geval was dus eigenlijk sprake van de situatie dat de bank de bevoegdheid had om de renteswap te beëindigen zodra de lening terugbetaald zou worden door FMA, terwijl FMA deze bevoegdheid zelf niet had. Gelet op de vrijheid die contractspartijen in beginsel hebben, is er niets op tegen dat geen (volledige) gelijkheid tussen hun rechten en/of verplichtingen onder overeenkomsten bestaat. De schoen begint echter te wringen wanneer de (algemene) voorwaarden eenzijdig worden opgelegd door de ene partij en deze op basis van die voorwaarden feitelijk de mogelijkheid heeft om haar wederpartij te dwingen de relatie te beëindigen, terwijl de wederpartij als gevolg daarvan ook nog eens volledig schadeplichtig wordt. In het onderhavige geval ging het zelfs nog een stap verder. De bank had de bevoegdheid om de renteopslag op de lening eenzijdig te verhogen. Wanneer FMA deze verhoging niet zou accepteren, had zij de bevoegdheid om de leningsovereenkomst te beëindigen, maar dit gold niet voor de renteswap, althans niet zonder verplicht te worden om de waarde daarvan volledig aan de bank te vergoeden. Als FMA wel de leningsovereenkomst op zou zeggen maar de renteswap in stand zou laten, kon de bank deze echter alsnog beëindigen en diende FMA eveneens de volledige waarde daarvan aan de bank te vergoeden.

Dat de bevoegdheden van de bank dusdanig vergaand waren, lijkt de rechtbank niet te onderkennen. De rechtbank verbindt geen gevolgen aan de samenhang tussen de leningsover-

23. Zie ook noot 25.

24. Zie alinea 2.21 van het vonnis van de rechtbank.

eenkomst en de renteswap voor de geconstateerde discrepantie en beperkt zich vervolgens eigenlijk tot de schadeplichtigheid van FMA (r.o. 4.11):

‘De rechtbank is van oordeel dat, gelet op de incongruentie tussen de bevoegdheid van FMA de kredietovereenkomst op te zeggen als gevolg van een eenzijdige verhoging door de bank van de renteopslag zonder diens gevolge schadeplichtig te worden enerzijds en de schadeplichtigheid van FMA in geval van opzegging van de renteswap om dezelfde reden anderzijds, alsmede gelet op de schending van de op de bank rustende zorgplicht bij het verhogen van de variabele renteopslag, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar zou zijn als voortijdige en eenzijdige beëindiging door FMA van de renteswap tot gevolg zou hebben dat zij op basis van het swapcontract en de daarbij behorende algemene voorwaarden het volledige nadeel aan de zijde van de bank als gevolg van de beëindiging zou moeten dragen. Dat laat onverlet dat ook FMA een verwijt gemaakt kan worden met betrekking tot de wijze waarop de renteswap is geëindigd en de schade die daardoor is ontstaan. Naar het oordeel van de rechtbank had ook van FMA verwacht mogen worden dat zij rekening hield met de gerechtvaardigde belangen van de bank. (...) Bovendien heeft FMA de euriborleningen vervroegd afgelost terwijl zij op dat moment wist dat daarmee het renteswapcontract zinledig zou worden en zulks tot een aanzienlijke schadepost zou leiden. FMA heeft in dat verband onvoldoende weersproken dat zij de mogelijkheid heeft gehad om de renteswap mee te nemen naar haar nieuwe financier waardoor de schade (veel) lager zou zijn geweest dan thans het geval is.’²⁵

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de bank ten opzichte van FMA ten onrechte gebruik gemaakt van de bevoegdheid om de renteopslag op de lening te verhogen en heeft de bank als zodanig haar zorgplicht jegens FMA geschonden. Dit lijkt de belangrijkste reden voor de rechtbank om de schadevergoedingsplicht van FMA te verminderen op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat volgens de rechtbank tevens sprake is van samenhangende overeenkomsten lijkt daarbij slechts een ondersteunend argument te zijn, hetgeen opmerkelijk is omdat de rechtbank zelf in rechtsoverweging 4.8 juist de indruk heeft gewekt dat zij veel belang hecht aan dat oordeel. Nu de rechtbank in het vonnis ook nog eens expliciet heeft verwezen naar de arresten Jans/FCN en Euretco/Naeije lag het voor de hand dat de rechtbank de maatstaf zoals die in het arrest Jans/FCN is geformuleerd ook daadwerkelijk had toegepast. Dit heeft de rechtbank niet

25. Volledigheidshalve merk ik op dat het oordeel van de rechtbank in de voorlaatste zin van r.o. 4.11 onjuist is. Het enkele feit dat een renteswap niet langer een daadwerkelijk renterisico afdekt (en daarom door de rechtbank als zinledig wordt aangemerkt), maakt nog niet dat er schade ontstaat. Het is de opzegging van de renteswap die mogelijk tot schade heeft geleid, omdat de renteswap een bepaalde waarde vertegenwoordigde die als gevolg van de opzegging teniet is gegaan.

gedaan, terwijl dit tot een wezenlijk andere uitkomst had kunnen – en wellicht ook moeten – leiden.

Wanneer de maatstaf uit het arrest Jans/FCN was toegepast op de leningsovereenkomst en de renteswap zou de relevante vraag zijn geweest of die overeenkomsten zodanig met elkaar samenhangen dat de ontbinding van de leningsovereenkomst tot gevolg heeft dat ook de renteswap niet in stand kan blijven. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van uitleg van de rechtsverhouding tussen FMA en de bank in het licht van de omstandigheden. Zoals eerder opgemerkt, was het achterliggende doel van FMA en de bank bij de leningsovereenkomst en de renteswap dat een lening verschaft zou worden aan FMA tegen een vaste rente, waarbij op voorstel van de bank gebruik werd gemaakt van de renteswap.²⁶ Als zodanig ligt het aannemen van lotsverbondenheid al voor de hand. Dat de voorwaarden van de leningsovereenkomst en de renteswap niet goed op elkaar aansloten, doet daar niet aan af. Uit het arrest Jans/FCN volgt immers dat de ontbindingsbevoegdheid die het gevolg is van een tekortkoming onder de ene overeenkomst de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt, ook jegens een andere partij en zelfs wanneer die andere partij niet is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

Gelet op de wijze waarop de voorwaarden van de leningsovereenkomst en de renteswap verschilden, lijkt er overigens simpelweg sprake te zijn geweest van slordigheid aan de zijde van de bank. Het valt als zodanig eveneens te verdedigen dat die discrepantie/slordigheid voor rekening van de bank zou moeten komen als degene die eenzijdig de documentatie heeft opgesteld en die ter zake bij uitstek deskundig en professioneel mag worden geacht.²⁷ Dit geldt temeer omdat het goed op elkaar laten aansluiten van (de contractuele bepalingen van) een leningsovereenkomst en een renteswap doorgaans geen bijzonder gecompliceerde exercitie is. Uit de casus blijkt daarnaast dat FMA ervan uitging dat de renteswap enkel tot doel had om de rente op de lening te fixeren en vertrouwd op de verbondenheid van de lening met de renteswap. Dat vertrouwen zou ook in de weg (moeten) staan aan een beroep van de bank op het feit dat de renteswap niet in de mogelijkheid voorzag dat FMA deze mocht beëindigen op het moment dat de leningsovereenkomst beëindigd zou worden (terwijl de bank dit in een dergelijk geval wel mocht).

Als de rechtbank de maatstaf uit Jans/FCN had toegepast, dan had deze, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval (in het bijzonder het feit dat FMA zich genoodzaakt zag om de leningsovereenkomst op te zeggen omdat de bank in weerwil van haar zorgplicht vasthield aan een verhoging van de renteopslag met 181%), zeer wel tot het oordeel kunnen komen dat lotsverbondenheid tussen de leningsovereenkomst en de renteswap aanvaardbaar zou moeten worden. Als zodanig zou FMA bevoegd zijn geweest om zowel de leningsover-

26. Zie r.o. 4.8 van het vonnis van de rechtbank.

27. Zie ook r.o. 4.12 van het vonnis van de rechtbank.

eenkomst als de renteswap op te zeggen zonder schadevergoedingsplichtig te worden jegens de bank.²⁸

4 Slot

Waar door twee partijen de variabele rente op een lening door middel van een separate renteswap gefixeerd wordt, zal in de regel sprake zijn van samenhangende overeenkomsten. Of die samenhang er ook toe leidt dat lotsverbondenheid tussen beide overeenkomsten dient te worden aanvaard, moet vastgesteld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Als lotsverbondenheid tussen de leningsovereenkomst en de swap niet gewenst is, verdient het aanbeveling dat dit in de overeenkomsten uitdrukkelijk wordt bepaald. Wanneer de overeenkomsten in dat kader eenzijdig en/of onduidelijk zijn opgesteld of daarover andersluidende mededelingen zijn gedaan – zoals in de casus die voorlag bij de rechtbank – loopt de opstellende partij het risico dat haar wederpartij met succes een beroep op de lotsverbondenheid van de overeenkomsten kan doen.

28. Geen van de partijen heeft appèl ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Er zal dus (helaas) geen nieuw oordeel over deze kwestie komen.