

# ECLI:NL:PHR:2018:1036

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	14-09-2018
Datum publicatie	04-10-2018
Zaaknummer	17/04829
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:2298, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Overkreditering bij een hypothecair krediet. Art. 51 Wfd. Zorgplicht. Diende de kredietaanbieder de door de tussenpersoon opgegeven (naar later blijkt: onjuiste) inkomensgegevens te controleren?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2018, afl. 6, p. 312 JA 2019/61

## Conclusie

Zaaknr: 17/04829

mr. M.H. Wissink

Zitting: 14 september 2018

Conclusie in de zaak van:

Hypinvest B.V., voorheen Amstelstaete Hypotheken B.V.

tegen

1. [verweerder 1]

2. [verweester 2]

Deze zaak betreft overkreditering bij een hypothecair krediet. Door de tussenpersoon zijn onjuiste inkomensgegevens verstrekt waardoor de kredietaanbieder is uitgegaan van een te hoog inkomen. Het middel klaagt over de oordelen dat verweerders in cassatie zelf geen onjuiste inkomensgegevens hebben verstrekt, dat de zorgplicht is geschonden nu de kredietaanbieder de verstrekte inkomensgegevens niet heeft gecontroleerd, dat er geen 100% eigen schuld is en dat de vordering niet is verjaard. In navolging van het hof wordt eiseres aangeduid als Amstelstaete en verweerders gezamenlijk als [verweerder 1] en afzonderlijk als [verweerders] .

### 1. Feiten <sup>1</sup>

1.1 Amstelstaete hield zich bezig met het verstrekken van hypothecaire geldleningen via tussenpersonen.

1.2 In 2006 heeft [verweerder 1] zich gewend tot S&L Star B.V. (hierna: S&L Star), handelend onder de naam Finenzo Nijverdald, een hypotheekadviseur, voor advies over het oversluiten van zijn hypothecaire geldlening. Indirect bestuurder en aandeelhouder van S&L Star was [betrokkene 1] .

1.3 Bij zijn verzoek aan S&L Star heeft [verweerder 1] aangegeven dat hij lagere maandlasten wenste en een deel van de hypothecaire geldlening wilde aanwenden voor de aanschaf van een tweedehands auto en een caravan.

1.4 S&L Star heeft namens [verweerder 1] een aanvraag voor een hypothecaire geldlening ingediend bij Zwitserleven, de gevolmachtigde van Amstelstaete. Bij de aanvraag was een door [verweerder 1] , [verweerder 2] en [betrokkene 1] ondertekende inkomensverklaring gevoegd. Daarin stond vermeld dat [verweerder 1] een jaarlijks inkomen had van € 43.176,- en [verweerder 2] van € 27.500,-. Verzocht werd om een zogenaamde "90% self certified" geldlening.

1.5 In werkelijkheid was het inkomen van [verweerder 1] , bestaande uit een WAO-uitkering en een arbeidsongeschiktheidsrente, totaal € 40.176,-. Na zijn pensioen, op 17 maart 2007, zou dat inkomen terugvallen naar € 28.123,-. [verweerder 2] had in werkelijkheid in het geheel geen inkomen. Zij hadden een hypothecaire geldlening met een restant hoofdsom van € 193.000,-. De executiewaarde van de woning was € 380.000,-.

1.6 Op 20 november 2006 heeft Amstelstaete offerte gedaan aan [verweerder 1] voor een hypothecaire lening van € 342.000,-. Daarin wordt onder meer vermeld:

"Finenzo Nijverdald B.V. treedt namens Amstelstaete Hypotheken B.V. op als bemiddelaar voor hypotheek Van Betere Huize en kan u tevens adviseren over dit product."

1.7 Bij op 7 december 2006 verleden hypotheekakte heeft [verweerder 1] tot zekerheid voor de betaling van de lening van € 342.000,- hypotheek verleend aan Amstelstaete op zijn woning in de gemeente Ambt-Hardenberg.

1.8 Op de hypotheeklening zijn de Algemene Voorwaarden van Betere Huize oktober 2006 van toepassing verklaard. Artikel 14 van deze voorwaarden luidt voor zover hier van belang als volgt:

"In de meeste gevallen heeft u bij de totstandkoming van uw lening gebruik gemaakt van de diensten van een deskundig en onafhankelijk tussenpersoon (uw hypotheekadviseur). Voor alle duidelijkheid en om eventuele misverstanden te voorkomen tekenen wij hierbij aan dat een dergelijk tussenpersoon door u wordt ingeschakeld, zijn diensten verricht ten behoeve van u en daarbij onafhankelijk is van Zwitserleven en Amstelstaete Hypotheken B.V. De tussenpersoon zal dan ook worden beschouwd als uw vertegenwoordiger. Het is verstandig uw wensen ten aanzien van uw lening duidelijk met uw tussenpersoon door te spreken. Handelen en nalaten van de tussenpersoon jegens Zwitserleven zullen immers door Zwitserleven worden beschouwd als uw eigen gedragingen."

1.9 De maandelijkse lasten van de hypothecaire lening bedroegen € 1.496,25. Een gedeelte van het door de lening verkregen bedrag werd door [verweerder 1] op advies van S&L Star gestort in een beleggingsfonds, Falcinvest Specialist Finance Fund (hierna: Falcinvest). Het was de bedoeling om met maandelijkse onttrekkingen aan de belegging bij Falcinvest de maandelijkse lasten van de lening te voldoen. Per 1 oktober 2008 heeft Falcinvest de onttrekkingen aan het beleggingsdepot stopgezet. Daardoor kon [verweerder 1] niet meer aan zijn maandelijkse verplichtingen jegens Amstelstaete Voldoen.

1.10 S&L Star is eind 2013 failliet verklaard.

1.11 De woning van [verweerder 1] is in mei 2015 voor € 265.000,- verkocht. Na aflossing van de lening resteerde nog een vordering van € 120.006,- van Amstelstaete op [verweerder 1] .

## **2 Procesverloop**

2.1 In deze procedure vordert [verweerder 1] , kort samengevat, (i) een verklaring voor recht dat Amstelstaete toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [verweerder 1] , althans haar zorgplicht jegens [verweerder 1] heeft geschonden en gehouden is de hieruit voortvloeiende schade te vergoeden en (ii) veroordeling van Amstelstaete tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat. De rechtbank Den Haag heeft de vorderingen toegewezen met veroordeling van Amstelstaete in de proceskosten.<sup>2</sup>

2.2 Amstelstaete is in hoger beroep gegaan van dit vonnis. In zijn arrest van 11 juli 2017 heeft het hof Den Haag, voor zover in cassatie van belang, in de eerste plaats het beroep van Amstelstaete op verjaring verworpen (rov. 4.2-4.4) alsmede – mede in verband met het verjaringsberoep – de stelling dat sprake is van hypotheekfraude door [verweerder 1] . Voorts oordeelde het hof dat Amstelstaete de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden (rov. 7.2-7.4) en, in verband met het beroep van Amstelstaete op eigen schuld, dat de billijkheid niet eist dat de schadevergoedingsverplichting van Amstelstaete geheel vervalt (rov. 10.3).

2.3 Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank voor zover daarin voor recht is verklaard “dat Amstelstaete toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens [verweerders] en gehouden is de schade die hieruit voor [verweerders] voortvloeit te vergoeden”. In plaats daarvan verklaart het hof voor recht dat Amstelstaete haar zorgplicht jegens [verweerder 1] heeft geschonden<sup>3</sup> en voorts gehouden is de schade die hieruit voor [verweerder 1] voortvloeit te vergoeden.<sup>4</sup> Het hof bekrachtigt het vonnis voor het overige, met veroordeling van Amstelstaete in de kosten van het hoger beroep.

2.4 Bij een op 11 oktober 2017 ingediende procesinleiding heeft Amstelstaete tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 11 juli 2017. [verweerder 1] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. [verweerder 1] heeft nog gedupliceerd.

## **3 Bespreking van het cassatiemiddel**

3.1 Het cassatiemiddel bevat vier onderdelen, verdeeld in subonderdelen, en een veegklacht. Amstelstaete heeft aangevoerd dat [verweerder 1] zelf onjuiste gegevens heeft verstrekt, en wel met opzet zodat sprake is van hypotheekfraude. Het hof heeft deze stellingen verworpen in rov. 4.3 en 6.2. Hiertegen keert zich onderdeel 1.

Voorts heeft Amstelstate aangevoerd dat zij niet gehouden was de verstrekte inkomensgegevens te controleren. Het hof verwerpt dit standpunt in rov. 7.2-7.4. Hiertegen keert zich onderdeel 2.

Onderdeel 3 betreft het debat over eigen schuld. Onderdeel 4 bestrijdt het oordeel dat de vordering niet is verjaard.

*Onderdeel 1: de inkomensverklaring en het aanvraagformulier; hypotheekfraude?*

3.2 Amstelstaete heeft gesteld dat [verweerder 1] zelf een inkomen heeft opgegeven dat hoger lag dan zijn werkelijke inkomen en die gegevens tweemaal heeft bevestigd. Zij verbond daaraan de

gevolgtrekking dat [verweerder 1] direct bij het aangaan van de lening in 2006 op de hoogte was van de overkreditering zodat de vordering is verjaard omdat zij eerst in 2012 aansprakelijk is gesteld (rov. 4.1). Het hof verwerpt dit argument onder meer met de volgende overweging:

“4.3 Daarbij komt dat [verweerder 1] tegen het in 4.1 onder (a) genoemde argument heeft ingebracht dat hij de juiste gegevens omtrent het inkomen heeft verstrekt aan de tussenpersoon en dat deze op juiste wijze zijn verwerkt in het financieringsadvies en in de hypotheeklastenberekening. Het aanvraagformulier is door [verweerder 1] ondertekend voordat de inkomensgegevens waren ingevuld, omdat de tussenpersoon naar diens zeggen de pensioengegevens nog moest berekenen. Achteraf blijkt dat de tussenpersoon de inkomensgegevens heeft gewijzigd in de inkomensverklaring zodat deze ook fout staan op het aanvraagformulier. Op het aanvraagformulier moet een valse handtekening zijn geplaatst. [verweerder 1] is dat pas te weten gekomen toen hij in 2012 op zijn verzoek gegevens van Amstelstaete ontving. Tegenover deze gemotiveerde betwisting heeft Amstelstaete onvoldoende bewijs geleverd dat [verweerder 1] zelf een hoger inkomen dan het werkelijke inkomen heeft opgegeven en zij heeft voor haar stelling ook geen voldoende gespecificeerd bewijs aangeboden. Daarom kan niet van de juistheid van deze stelling worden uitgegaan.”

Ook verwerpt het hof de grief, dat [verweerder 1] hypotheekfraude heeft gepleegd door onjuiste inkomensgegevens te verstrekken:

“6.2 Fraude is een vorm van bedrog. Vereist is dus dat bij [verweerder 1] opzet voorzat om de hem verweten gedragingen te verrichten. In het verweer van [verweerder 1], weergegeven onder 4.3, dat erop neerkomt dat niet hij, maar S&L Star de verkeerde inkomens heeft ingevuld, ligt besloten dat hij betwist dat hij opzettelijk Amstelstaete verkeerde gegevens heeft verschaft. Daartegenover heeft Amstelstaete onvoldoende gesteld om de gevolgtrekking te rechtvaardigen dat sprake is van opzet en zij heeft ook geen bewijs van haar stelling aangeboden. De grief faalt dan ook.”

3.3 De subonderdelen 1.1 t/m 1.3 zijn gericht tegen rov. 4.3 en 2 sub (iv),<sup>5</sup> subonderdeel 1.4 tegen rov. 6.2 en voorts tegen de daarop voortbouwende oordelen van het hof in rov. 7.2-7.4 (zorgplicht),<sup>6</sup> 9.2 (ik begrijp: voor wat betreft de zorgplicht)<sup>7</sup> en 10.3 (eigen schuld). In het kader van het oordeel over de verjaring is rov. 4.3 inderdaad, zoals [verweerder 1] (s.t. nr. 2.) aanvoert, ten overvloede gegeven, maar overigens heeft het zelfstandige betekenis.

3.4 Volgens subonderdeel 1.1 zijn rov. 4.3 en 2 sub (iv) onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd, omdat het hof daarin de chronologie van het aanvraagformulier en de inkomensverklaring door elkaar haalt. Immers eerst werd het aanvraagformulier ingevuld en opgestuurd; pas na ontvangst van de offerte(s) werd de daarbij gevoegde inkomensverklaring ondertekend en verzonden aan Amstelstaete.

3.5.1 Het subonderdeel verwijst naar de chronologie van het acceptatieproces, dat ligt na het adviestraject bij de tussenpersoon, zoals uiteengezet in de MvG nr. 3.12 e.v. Hieruit en uit de stellingen van [verweerder 1] valt het volgende op te maken.

[verweerder 1] heeft gesteld dat S&L Star hem een *financieringsadvies* d.d. 19 mei 2006 (prod. 1 bij dagvaarding) heeft verstrekt, waarin de juiste inkomensgegevens zijn opgenomen (dagvaarding nr. 7; MvA nr. 21).

Vervolgens is door S&L Star een *hypotheekaanvraag* d.d. 26 oktober 2006 (prod. 4 bij MvG) gestuurd naar Amstelstaete, waarin onjuiste inkomensgegevens zijn opgenomen (MvG nr. 3.13). De aanvraag bevat handtekeningen van de twee aanvragers. [verweerder 1] heeft gesteld dat hij eerst in 2012 kennis heeft genomen van dit formulier en dat de handtekeningen van [verweerdere] hierop zijn vervalst (p.-v. van de comparitie na aanbrengen d.d. 21 maart 2016, blad 2; MvA nr. 2.5).

Amstelstaete heeft gesteld dat zij, na een eerste krediettoets (MvG nr. 3.16), een *offerte* d.d.

26 oktober 2006 (prod. 10 bij MvG) heeft verstrekt (MvG nr. 3.17).<sup>8</sup> De offerte vermeldt o.m. de kredietstom en het maandbedrag, maar geen inkomensgegevens.

De offerte vermeldt dat bij de offerte een hypotheeklastberekening hoort die de kredietnemers van de tussenpersoon ontvangen (en anders bij Amstelstaete kan worden opgevraagd). [verweerder 1] heeft gesteld de *hypotheeklastberekening* (prod. 2 bij dagvaarding) te hebben ontvangen van S&L Star en dat daarin de juiste inkomensgegevens zijn vermeld (dagvaarding nr. 11).

De offerte bevat voorts een in te vullen inkomensverklaring. De door S&L Star aan Amstelstaete verzonden *inkomensverklaring* (prod. 5 bij dagvaarding; prod. 5 bij MvG) bevat onjuiste inkomensgegevens. De inkomensverklaring bevat de handtekeningen van de twee leningnemers en van de tussenpersoon. [verweerder 1] heeft gesteld dat [verweerders] deze verklaring op verzoek van een medewerker van S&L Star blanco hebben getekend, omdat daarop nog de inkomens/pensioengegevens ingevuld zouden moeten worden (dagvaarding nr. 14; p.-v. van de comparitie van 17 maart 2015, blad 3, bovenaan; p.-v. van de comparitie na aanbrengen d.d. 21 maart 2016, blad 2; vgl. MvA nr. 2.30). De inkomensverklaring is niet gedateerd, maar verwijst wel naar het offertenummer en is dus kennelijk van na de datum van de offerte.

3.5.2 Subonderdeel 1.1 klaagt in het licht van de stellingen van Amstelstaete op zichzelf terecht over de begrijpelijkheid van rov. 2.5 onder (iv) en van rov. 4.3 voor zover het hof er daarin van uitgaat dat de *inkomensverklaring* al bij het *aanvraagformulier* was gevoegd. Het hof heeft in het licht van die stellingen<sup>9</sup> de chronologie inderdaad niet goed weer te geven.<sup>10</sup>

Desalniettemin heeft het hof de strekking van het betoog van [verweerder 1] op dit punt juist weergegeven: (i) [verweerder 1] heeft juiste inkomensgegevens verstrekt aan S&L Star en deze gegevens teruggezien in het *financieringsadvies* en de *hypotheeklastberekening*, en (ii) niet [verweerder 1], maar S&L Star heeft – in het *aanvraagformulier* en de *inkomensverklaring* – buiten [verweerder 1] om onjuiste inkomensgegevens verstrekt aan Amstelstaete (vgl. rov. 4.3, eerste volzin; rov. 6.2). Het door subonderdeel 1.1 opgeworpen punt van de chronologie doet dan ook niet af aan de begrijpelijkheid van het oordeel in rov. 4.3, dat [verweerder 1] de stelling van Amstelstaete dat [verweerder 1] zelf een verkeerd inkomen heeft opgegeven, gemotiveerd heeft betwist. Subonderdeel 1.1. kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.6 Subonderdeel 1.2 vermeldt dat [verweerder 1] heeft erkend dat de handtekeningen op de *inkomensverklaring* echt zijn en dat Amstelstaete heeft betwist dat [verweerder 1] deze verklaring blanco heeft ondertekend. Aansluitend klaagt subonderdeel 1.2.1 dat het hof in rov. 4.3 miskent (i) dat de inkomensverklaring een onderhandse akte is met dwingende bewijskracht (art. 157 lid 2 Rv) en dat op [verweerder 1] de bewijslast rust van diens stelling dat de inkomensverklaring door een ander is ingevuld, althans (ii) dat eventuele bewijslevering door Amstelstaete tegenbewijs betreft zodat aan het bewijsaanbod niet de eis van voldoende specificatie mag worden gesteld.

3.7.1 Rov. 4.3 betreft het beroep van Amstelstaete op verjaring: uit (onder meer) de inkomensverklaring zou blijken dat [verweerder 1] reeds in 2006 op de hoogte was van de overkreditering, omdat [verweerder 1] daarin een te hoog inkomen heeft opgegeven.

In beginsel rust op Amstelstaete de bewijslast van deze stelling ten aanzien van het aanvangen van de verjaringstermijn.<sup>11</sup> Hiervan uitgaande, heeft het hof geoordeeld dat [verweerder 1] de betreffende stelling gemotiveerd heeft betwist en dat Amstelstaete onvoldoende bewijs van haar stelling heeft geleverd en geen voldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan. Deze oordelen kunnen de verwerping van de stelling van Amstelstaete dragen.

3.7.2 Dat wordt naar mijn mening niet anders door het betoog van Amstelstaete (i) dat de inkomensverklaring een onderhandse akte is,<sup>12</sup> die (ii) ten aanzien van de daarin vervatte verklaring van de ondertekenaar omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de

wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs oplevert van de waarheid van die verklaring (zie art. 157 lid 2 Rv), terwijl (iii) op [verweerder 1] de bewijslast rust van haar stelling dat de inkomensverklaring door een ander is ingevuld.<sup>13</sup>

Bij het bepalen van de dwingende bewijskracht van de akte gaat het erom vast te stellen wat Amstelstaete met de akte wil bewijzen tegenover [verweerder 1] en wat [verweerder 1] in de akte op dat punt heeft verklaard.<sup>14</sup> Amstelstaete wil met haar beroep op de dwingende bewijskracht van de inkomensverklaring aantonen dat [verweerder 1] in 2006 op de hoogte was van de aan Amstelstaete verstrekte onjuiste inkomensgegevens. Daarvoor zou moeten komen vast te staan dat de inkomensverklaring bestemd is om ten behoeve van Amstelstaete te bewijzen (niet alleen wat het inkomen van [verweerder 1] is, maar ook) dat [verweerder 1] wetenschap had van het feit dat de in de inkomensverklaring vermelde gegevens aan Amstelstaete zijn verstrekt. Een dergelijk betoog – dat ziet op het hierboven bedoelde punt (ii) – heeft Amstelstaete in feitelijke instanties niet gevoerd.<sup>15</sup> Het hof was dan ook niet gehouden om in te gaan op de dwingende bewijskracht van de inkomensverklaring. Subonderdeel 1.2.1 faalt.

3.8 Het hof oordeelt in rov. 4.3 dat Amstelstaete, tegenover de gemotiveerde betwisting door [verweerder 1], onvoldoende bewijs heeft geleverd dat [verweerder 1] zelf een hoger inkomen dan het werkelijke inkomen heeft opgegeven (waarmee volgens Amstelstaete de aanvang van de verjaringstermijn zou komen vast te staan).<sup>16</sup> Dit oordeel is mijns inziens niet onbegrijpelijk in het licht van de in subonderdeel 1.2.2 (sub b-d) bedoelde stellingen van Amstelstaete, kort gezegd, dat in de ondertekende offerte is verklaard dat het aanvraagformulier naar waarheid is ingevuld, dat de bedragen op het aanvraagformulier en de inkomensverklaring hetzelfde zijn, dat de handtekeningen onder die stukken en de offerte gelijkenissen tonen en dat [verweerder 1] intensief betrokken was bij verschillende stappen in het contracteringsproces. De onder a aangevoerde stelling moet buiten beschouwing worden gelaten, omdat het subonderdeel niet verwijst naar vindplaatsen in de stukken waaruit blijkt dat deze stelling in feitelijke instantie is aangevoerd. Subonderdeel 1.2.2 faalt daarom.

3.9.1 Het oordeel in rov. 4.3 ziet ook op de stelling, in verband met het verjaringsberoep van Amstelstaete, dat uit het *aanvraagformulier* zou blijken dat [verweerder 1] reeds in 2006 op de hoogte was van de overkreditering. [verweerder 1] heeft die stelling bestreden door zich er, volgens het hof voldoende gemotiveerd, op te beroepen dat hun handtekeningen onder dat formulier zijn vervalst.

Volgens subonderdeel 1.3 is het hof voorbij gegaan aan door Amstelstaete aangevoerde essentiële stellingen waaruit zou volgen dat zij uit mocht gaan van de juistheid van de handtekeningen,<sup>17</sup> zodat – in afwijking van de hoofdregel van het arrest Kamerman/Aro Lease<sup>18</sup> – [verweerder 1] zich er jegens Amstelstaete niet op kan beroepen dat de handtekeningen zijn vervalst.

3.9.2 Ook indien wordt aangenomen dat Amstelstaete mocht uitgaan van de juistheid van de handtekeningen, staat daarmee niet vast dat [verweerder 1] zelf een hoger inkomen dan het werkelijke inkomen heeft opgegeven zodat [verweerder 1], zoals Amstelstaete heeft gesteld, reeds in 2006 op de hoogte was van de overkreditering. De in het subonderdeel bedoelde stellingen hebben op die in verband met het beroep op verjaring te beantwoorden vraag geen betrekking. De door Amstelstaete genoemde stellingen behoeften derhalve in de bestreden rechtsoverweging geen behandeling. Overigens is het hof er wel op ingegaan door te overwegen dat Amstelstaete onvoldoende bewijs heeft geleverd dat [verweerder 1] zelf een hoger inkomen heeft opgegeven. Subonderdeel 1.3 faalt daarom.

3.10 Volgens subonderdeel 1.4 miskent het hof in rov. 6.2 dat het verweer van Amstelstaete dat sprake is van hypotheekfraude (grief III) ertoe strekte dat zij geen zorgplicht jegens [verweerder 1] had geschonden omdat haar zorgplicht niet strekt tot bescherming tegen (de gevolgen van) eigen fraude. Als verweer tegen de door [verweerder 1] aangevoerde schending van haar

zorgplicht gaat het (anders dan in verband met het beroep op verjaring of eigen schuld) niet om een bevrijdend verweer, maar om een ontkennend verweer. Daarom rust op Amstelstaete niet de bewijslast ten aanzien van de feitelijke stelling dat [verweerder 1] opzettelijk verkeerde gegevens heeft verschaft aan Amstelstaete, aldus het subonderdeel.

3.11.1 Grief III (in de MvG: grief 3) is door Amstelstaete voorgedragen als een zelfstandige grief. Het subonderdeel verwijst niet naar vindplaatsen in de stukken van de feitelijke instanties waaruit volgt dat grief III strekte tot het in het subonderdeel bedoelde relativiteitsverweer.<sup>19</sup> Het hof heeft deze grief ook niet met zoveel woorden geplaatst in de sleutel van een dergelijk verweer. Het komt echter niet onaannemelijk voor dat het hof deze grief, gezien het daarin gemaakte verwijt van hypotheekfraude, (mede) in deze zin heeft opgevat.

3.11.2 Ook in deze veronderstelling, faalt de klacht. Los van de vraag in hoeverre in het algemeen het bestaan van relativiteit kan worden veronderstelt en in hoeverre daarbij sprake is van een argumenteer- dan wel bewijslast,<sup>20</sup> kan in ieder geval worden aangenomen dat in beginsel de bewijslast ter zake van door [verweerder 1] voldoende betwiste feiten die relevant (kunnen) zijn voor het rechtsoordeel over de relativiteit rust op Amstelstaete die deze feiten stelt ter onderbouwing van de door haar bepleite (beperkte) strekking van de norm.<sup>21</sup> Het oordeel van het hof, dat op Amstelstaete de bewijslast rust van de feitelijke stelling dat [verweerder 1] opzettelijk verkeerde gegevens heeft verschaft aan Amstelstaete, getuigt daarom niet van een onjuiste rechtsopvatting.

3.12 De klachten van onderdeel 1 falen dan wel kunnen niet tot cassatie leiden.

## *Onderdeel 2: schending zorgplicht*

### (i) Inleiding

3.13 Na de bespreking van onderdeel 1 ontstaat het volgende beeld. Amstelstaete heeft onjuiste inkomensgegevens ontvangen van de tussenpersoon S&L Star en daardoor een (gezien het werkelijke inkomen) te hoog krediet verleend.

Niet is komen vast te staan dat [verweerder 1] daarvan op de hoogte was. De tussenpersoon hanteerde in zijn communicatie met [verweerder 1] de juiste inkomensgegevens. [verweerder 1] wist weliswaar hoe groot de door Amstelstaete verstrekte lening was en welke maandlast (€ 1.496,25) daarbij hoorde, maar voldeed deze last mede uit de opbrengsten van het beleggingsdepot zodat voor hem de 'netto' maandlast € 255,- was zolang het depot uitkeerde (zie rov. 4.4).

Amstelstaete was niet op de hoogte van het beleggingsdepot. Zij ging af op de door haar ontvangen inkomensgegevens, op basis waarvan het krediet verantwoord was. Bij verificatie van de gegevens zou zijn gebleken dat de lening te hoog was en dat sprake was van overkreditering.<sup>22</sup> Amstelstaete is van mening dat het niet aan haar was om de verkregen inlichtingen op juistheid te controleren (rov. 7.1).

3.14.1 Het hof verwerpt dit standpunt en concludeert dat Amstelstaete niet heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht (rov. 7.4). Het hof stelt als norm voorop:

"7.2 Bij de beoordeling wordt het volgende vooropgesteld. Op Amstelstaete als bank rust, gezien haar maatschappelijke functie, een bijzondere zorgplicht die, mede gezien het ten tijde van de totstandkoming van de hypothecaire lening geldende art. 51 Wet Financiële Dienstverlening (Wfd), meebracht dat Amstelstaete voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst inlichtingen diende in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van [verweerder 1] teneinde overkreditering te voorkomen.

Indien uit het onderzoek zou blijken dat [verweerder 1] de aan de hypothecaire lening verbonden lasten niet (geheel) uit zijn inkomen kon voldoen, diende Amstelstaete vervolgens na te gaan of [verweerder 1] de lasten uit andere middelen kon voldoen. Als,

zoals in dit geval, de geleende gelden zouden worden belegd, en de opbrengst van die beleggingen nodig was om aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van het krediet te voldoen, diende Amstelstaete naast de veronderstelde opbrengsten ook de risico's van de belegging in haar onderzoek te betrekken.

De zorgplicht van de bank om te waken voor overkreditering brengt verder mee dat Amstelstaete de consument over de resultaten van haar onderzoek diende te informeren op een zodanige wijze dat de consument kon beoordelen of hij de verplichtingen uit de kredietovereenkomst zou kunnen (blijven) dragen. Voorts diende de bank de consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was, daarop te wijzen, en hem voor het daaraan verbonden risico te waarschuwen. Daarbij komt het aan op de ten tijde van de kredietverlening geldende inzichten over verantwoorde kredietverstrekking (HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107).

Ten slotte diende Amstelstaete als de kredietverstrekking niet verantwoord was, het verschaffen van krediet aan [verweerder 1] te weigeren (art. 51 Wfd)."

### 3.14.2 Deze norm is volgens het hof om de volgende redenen geschonden:

"7.3 Vast staat dat Amstelstaete zelf geen onderzoek naar de financiële positie van [verweerder 1] heeft verricht, maar is afgegaan op de door S&L Star aangeleverde gegevens. Zij heeft de te verstrekken lening aangemerkt als "self-certified" en "advisor verified", wat betekent dat zij de gegevens niet opvroeg en niet verifieerde en zij heeft dit blijkbaar ook zelf als een risico beschouwd, omdat zij op die grond een (aanzienlijke) renteverhoging heeft toegepast. Daarmee heeft zij niet voldaan aan de op haar zelfstandig rustende onderzoeksplicht. Dit geldt des te meer nu Amstelstaete zelf stelt dat S&L Star geen hulppersoon van haar is, maar een zelfstandig adviseur dan wel de adviseur van [verweerder 1] .

Voorts is Amstelstaete uitgegaan van een pensioeninkomen van [verweerder 1] van € 39.978,00 aan bruto jaarinkomen en € 3.198,00 voor vakantiegeld (zie aanvraagformulier onder "werksituatie VUT/pensioen/lijffrente" en de toelichting daarop tijdens pleidooi in hoger beroep), terwijl de heer [verweerder 1] ten tijde van de aanvraag 64 jaar was en er op het aanvraagformulier onder het kopje "totale inkomensgegevens" stond: "pensioengerechtigde leeftijd naar verwachting: 65" en "(verwacht) pensioeninkomen: € 30.223,20". Eenzelfde fout is bij [verweerder 2] gemaakt. Deze discrepantie tussen de inkomens had zeker aanleiding moeten vormen voor Amstelstaete om de haar verstrekte cijfers te verifiëren. Amstelstaete heeft de stelling van [verweerder 1] dat geen lening kon worden verleend als was uitgegaan van het pensioeninkomen niet weersproken.

Aangezien Amstelstaete geen onderzoek heeft verricht, heeft zij de uitkomst daarvan ook niet met [verweerder 1] gedeeld. Ook op dit punt heeft zij in strijd gehandeld met haar zorgplicht. Indien zij dat wel zou hebben gedaan, zou [verweerder 1] Amstelstaete erop hebben kunnen attenderen dat zij van de verkeerde inkomensgegevens uitging."

3.15 Het oordeel in rov. 7.3, eerste alinea, raakt m.i. de kernvraag in deze zaak: diende Amstelstaete de gegevens te verifiëren of kon zij afgaan op de door S&L Star aangeleverde gegevens?<sup>23</sup>

3.16 Volgens subonderdeel 2.1 is het in rov. 7.3, eerste alinea, gegeven oordeel onjuist, omdat naar de in 2006 geldende normen - die onder meer tot uitdrukking komen in art. 51 Wfd en de destijds geldende Gedragscode Hypothecaire Financieringen - de op de (execution only) verstrekker van een hypothecaire geldlening (voor een eigen woning) jegens een consument rustende zorgplicht om te waken tegen overkreditering niet zo ver ging dat deze de juistheid diende te verifiëren van door de kredietnemer in samenspraak met zijn (vergunning houdende, zelfstandige) hypotheekadviseur verstrekte financiële gegevens. Naar de in 2006 geldende normen was een zelfstandig onderzoek naar de juistheid van de opgegeven financiële gegevens rechtens alleen vereist, indien en voor zover de verstrekte informatie aanleiding gaf of redelijkerwijs had moeten



geven tot het controleren van de juistheid ervan (in welk verband subonderdeel 2.3 het in rov. 7.3, tweede alinea, gegeven oordeel bestrijdt).

Het subonderdeel voert in dit verband nog aan (a) dat een hypothecaire geldlening (zoals [verweerder 1] die sloot) geen complex financieel product is, (b) dat de consument in de eerste plaats zelf verantwoordelijk is voor het sluiten van een verantwoorde hypothecaire geldlening, waarvan de gemiddelde consument moet worden geacht de risico's (althans het risico van overkreditering) in beginsel zelf te kunnen inschatten, en (c) dat de kredietaanbieder in beginsel mag vertrouwen op de juistheid van de aan hem door de consument verstrekte financiële gegevens, (d) zeker als hij die gegevens aanlevert in samenspraak met zijn vergunning houdende zelfstandige (niet aan de gever van de hypothecaire geldlening verbonden) hypotheekadviseur, die rechtens gehouden is de juistheid daarvan te controleren. Tegen deze achtergrond behoeft het bestaan van een zelfstandige verificatieplicht voor de kredietaanbieder ten minste een voldoende eenduidige grondslag, die in elk geval in 2006 ontbrak, aldus het subonderdeel.

3.17 In haar schriftelijke toelichting zet Amstelstaete uiteen waarom zij naar haar mening in 2006 geen plicht had om de door de tussenpersoon aangeleverde gegevens te verstrekken. Kort samengevat, betoogt zij:

(i) volgens de publiekrechtelijke regelgeving moest de kredietaanbieder inkomensgegevens opvragen; essentialia van de financiële positie moesten geverifieerd worden, maar de aanbieder had daartoe geen zelfstandige verplichting (s.t. nrs. 2.53 en 2.62);

(ii) de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd) bevat geen verplichting van de aanbieder om door de tussenpersoon verstrekte gegevens te controleren; volgens de Wfd-wetgever is iedere financiële dienstverlener verantwoordelijk voor zijn eigen handelen (s.t. nr. 2.66);

(iii) de zorgplicht van de aanbieder is beperkt, omdat de consument is geadviseerd door de tussenpersoon en de hypothecaire financiering een eenvoudig te begrijpen product is, terwijl de Wfd het risico van overkreditering beoogt te ondervangen (s.t. nr. 2.69);

(iv) het ongeschreven recht bood in 2006, mede gezien het publiekrechtelijke kader, geen grond voor een zelfstandige verificatieplicht van de kredietaanbieder (s.t. nr. 2.80-2.93) en dit volgt ook niet uit HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (s.t. nr. 2.94-2.98). Amstelstaete trekt voorts een parallel met verzwijging bij het aangaan van verzekeringsovereenkomsten (s.t. nrs. 2.70-2.79).

(ii) Toepassing van HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107

3.18 Ik stel voorop dat de aansprakelijkheid van Amstelstaete door het hof is gebaseerd op schending van de in HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (hierna: het SNS-arrest) bedoelde civielrechtelijke zorgplicht om te waken tegen overkreditering.<sup>24</sup> Deze zorgplicht bestond in de periode 1999-2003 en dus ook in 2006, toen [verweerder 1] het krediet verkreeg.

3.19 De zorgplicht om te waken tegen overkreditering omvat, zo volgt uit het SNS-arrest:

(a) de plicht om inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument (rov. 4.2.7);

(b) de plicht om deze informatie te beoordelen (zo ligt besloten in rov. 4.2.7-4.2.8);

(c) indien uit het onderzoek bleek dat de consument de aan de hypothecaire lening verbonden lasten niet (geheel) uit zijn inkomen zou kunnen voldoen, de plicht om na te gaan of de consument de lasten voor het overige met voldoende zekerheid zou kunnen en willen voldoen uit zijn vermogen, rekening houdend met inteereffecten; en als de geleende gelden zouden worden belegd en de opbrengst van die beleggingen nodig was om aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van het krediet te voldoen, de plicht om naast de veronderstelde opbrengsten ook de risico's van de belegging in het onderzoek te betrekken (rov. 4.2.8);

(d) de plicht om consument over de resultaten van het onderzoek te informeren op een zodanige wijze dat de consument kon beoordelen of hij de verplichtingen uit de kredietovereenkomst zou kunnen (blijven) dragen (rov. 4.2.9); en

(e) de plicht om de consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was,

daarop te wijzen, en hem voor het daaraan verbonden risico te waarschuwen (rov. 4.2.9); maar (f) in beginsel niet de plicht om hypothecaire krediet te weigeren (rov. 4.2.9).<sup>25</sup>

3.20 Het hof heeft mede gekeken naar het toezichtrecht, in casu art. 51 Wfd. Volgens het SNS-arrest was de civielrechtelijke norm om te waken tegen overkreditering al tot ontwikkeling gekomen voordat deze werd neergelegd in art. 51 Wfd en vormde de vastlegging in geschreven recht veeleer de bevestiging daarvan.<sup>26</sup> De publiekrechtelijke regelgeving is relevant voor de invulling van de civielrechtelijke zorgplicht om te waken tegen overkreditering, maar bepaalt niet de inhoud ervan. De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder kan, zo overwoog de Hoge Raad, verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd.<sup>27</sup>

3.21 Ik inventariseer hieronder eerst de publiekrechtelijke regelgeving en zelfregulering en bespreek daarna nader het oordeel van het hof omtrent de civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder.

### (iii) Gedragsregels in publiekrechtelijke regelgeving en zelfregulering

3.22.1 Met ingang van 1 januari 2006 bepaalde art. 51 lid 1 Wfd:

“De aanbieder wint in het belang van de consument voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet, informatie in over de financiële positie van de consument en beoordeelt, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is.”

Art. 52 Wfd verplichtte de kredietaanbieder voorts om deel te nemen aan een stelsel van kredietregistratie. Art. 51 lid 1 Wfd is als volgt toegelicht: <sup>28</sup>

“Naast de verplichting tot het verstrekken van goede informatie zoals vastgelegd in artikel 31 heeft de aanbieder waar het krediet betreft ook een verplichting tot het inwinnen van informatie en het aan de hand van die informatie beoordelen of de kredietverlening verantwoord is voor de consument in verband met het risico van overkreditering. Deze verplichting zal in lagere regelgeving worden uitgewerkt en in bepaalde gevallen zal de verplichting er toe leiden dat voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst inzake krediet de databank van een stelsel van kredietregistratie moet worden geraadpleegd. Om tot een goede beoordeling van de financiële positie van de consument te komen moet de aanbieder van krediet inzicht hebben in zowel de inkomsten, bijvoorbeeld de bron en hoogte van de inkomsten van de consument of relevante derden, als bepaalde vaste uitgaven van de consument, bijvoorbeeld de huur dan wel hypotheek, alimentatie en de ziektekostenverzekering. Een zwakke of onzekere financiële positie, bijvoorbeeld bij jongeren met een laag inkomen, zal er eerder toe leiden dat het aangaan van een overeenkomst inzake krediet onverantwoord is in het kader van het voorkomen van overkreditering van de betrokken consument.

In het tweede lid van artikel 51 is uitdrukkelijk vastgelegd dat er geen krediet mag worden verleend indien dit met betrekking tot het voorkomen van overkreditering van de consument onverantwoord is. De aanbieder van krediet baseert zich daarbij op de verzamelde informatie op grond van het bij of krachtens het eerste lid bepaalde.”

3.22.2 Art. 51 lid 1 Wfd is uitgewerkt in art. 59 lid 1 Besluit financiële dienstverlening (Bfd):

“Een aanbieder van krediet gaat met een consument geen overeenkomst inzake krediet aan waarvan de kredietsom of de kredietlimiet meer dan € 1000,- bedraagt, indien hij niet beschikt over voldoende schriftelijke of op een andere duurzame drager vastgelegde informatie aangaande de financiële positie van de consument om, ter voorkoming van overkreditering, te kunnen beoordelen of het aangaan van de overeenkomst verantwoord

is.”

Deze bepaling is als volgt toegelicht:<sup>29</sup>

“Dit artikel is overgenomen uit artikel 28, eerste lid, van de Wck. De terminologie is slechts aangepast zodat deze passend is voor de Wfd en de daarop berustende lagere regelgeving. Er is geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de Wck beoogd. De strekking van het artikel blijft zodoende gelijk. (...)”

Er is sprake van voldoende informatie wanneer op basis van deze informatie kan worden beoordeeld of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is in het kader van het voorkomen van overkreditering.”

3.22.3 Art. 51 lid 1 Wfd is voorts uitgewerkt in art. 61 lid 1 Bfd, dat de aanbieder verplicht om criteria vast te leggen voor de beoordeling van een kredietaanvraag. Destijds gold daarvoor de Gedragscode hypothecaire financieringen (GHF) van de banken. In de versie die geldt vanaf 1 januari 2003 is niets opgenomen over de beoordeling van de kredietaanvraag. Art. 6 GHF in de versie vanaf 1 januari 2007 bevat daarover wel informatie, maar deze ziet niet op de vraag of gegevens gecontroleerd zouden moeten worden.<sup>30</sup>

3.22.4 Tekst en toelichting van de genoemde bepalingen van Wfd en Bfd bevatten geen (expliciete) informatie over verificatie van ingewonnen informatie. De toelichting op art. 28 (oud) Wck, waarop art. 51 Wfd en art. 59 Bfd voortbouwden, bevat wel enige informatie op dat punt. Deze toelichting is relevant voor de uitleg van art. 51 Wfd,<sup>31</sup> ook al zag de Wck niet op hypothecair krediet.<sup>32</sup>

3.23.1 De memorie van toelichting bij art. 28 (oud) WCK vermeldt:<sup>33</sup>

“Ook de kredietgever moet over voldoende informatie beschikken alvorens hij een kredietovereenkomst sluit. Artikel 28 bevat daarvoor de norm. Hij moet bij kredieten van meer dan f 2000 genoegzame inlichtingen inwinnen. Dit houdt in dat de kredietgever met behulp van een inlichtingenformulier, waarin relevante vragen over de kredietwaardigheid van de kredietaanvrager zijn opgenomen, of anderszins **de** kredietwaardigheid serieus onderzoekt. De kredietgever moet inzicht hebben in zowel de inkomsten als bepaalde vaste uitgaven van de kredietaanvrager. Dit houdt in dat hij inlichtingen dient te verzamelen over enerzijds bron en hoogte van het inkomen, eventuele nevenverdiensten van de aanvrager, inkomsten van andere personen indien deze relevant zijn voor de desbetreffende aanvraag en anderzijds vaste lasten als woonlasten (huur dan wel hypotheek, alsmede de vaste bedragen aan electriciteit, gas en water), alimentatie, ziektekostenverzekering of ziekenfondspremie en dergelijke.”

en voorts:<sup>34</sup>

“Het *eerste lid* richt zich tegen het als kredietgever deelnemen aan een krediettransactie zonder te beschikken over genoegzame, anders dan mondelinge, inlichtingen over de kredietwaardigheid van de kredietnemer. (...)”

De inhoud van het begrip “genoegzaam” varieert uiteraard naar gelang de omstandigheden van het geval, zoals de hoogte van de krediet, het inkomen van de aanvrager, en dergelijke. In het algemeen deel van deze memorie (...) is verwezen naar de ecode van de VFN, die de eis van een “serieus” onderzoek bevat. (...)”

Met betrekking tot de eerderbedoelde inlichtingen denken wij in concreto bijvoorbeeld aan loonstrookjes of andere bescheiden betreffende de inkomsten van de kredietaanvragen of bescheiden als BKR-toetsingsgegevens, afschriften van huurcontracten en ziektekostenverzekeringopolissen betreffende de vaste uitgaven.”

De memorie van antwoord vermeldt:<sup>35</sup>

“De omvang en de nauwkeurigheid van de inlichtingen kunnen variëren al naar gelang de omvang van het krediet.”

En voorts: <sup>36</sup>

“De gegevens op bladzijde 49 van de memorie van toelichting zijn bij wijze van voorbeeld genoemd. De kredietgever dient de essentialia van de financiële positie van de kredietaanvrager te verifiëren. De kredietnemer dient met het oog hierop de benodigde gegevens te verschaffen aan de kredietgever. Dit betekent evenwel niet dat de kredietgever de laatste huurcontracten, ziekenfondskwitanties en dergelijke zou moeten bewaren, zoals wij hierboven aangaven.”

De nota naar aanleiding van het eindverslag vermeldt:<sup>37</sup>

“Sprekend over het bewandelen van een juiste middenweg bij het inwinnen van inlichtingen, vroegen deze leden on de kredietgever alle door de kredietaanvrager verstrekte informatie op haar juistheid moet controleren of dat hij er van mag uitgaan dat de aanvrager de informatie naar waarheid heeft verstrekt. De kredietgever is verplicht genoegzame inlichtingen in te winnen, maar hij hoeft niet alle informatie te controleren. Daarbij heeft de kredietgever er zelf ook belang bij belangrijke inkomensbestanddelen en grote uitgaveposten te controleren.”

En voorts:

“In verband met de lasten voor het bedrijfsleven en de privacy van de burger willen wij een verduidelijking geven van de laatste alinea op bladzijde 38 van de memorie van antwoord, waar de controle door kredietgevers van vaste lasten van de consument ter sprake komt. De kredietgever zal vragen moeten stellen over de woonlasten, de gezinssamenstelling en alimentatieverplichtingen. In beginsel mag hij daarbij uitgaan van de juistheid van de opgave van de kredietnemer, tenzij diens opgave duidelijk afwijkt van hetgeen algemeen gebruikelijk is. Van een kredietgever mag immers enig inzicht verlangd worden in bijvoorbeeld de huurprijzen in een bepaalde wijk en de normen voor alimentatie. Bij opvallende afwijkingen ten opzichte van hetgeen gebruikelijk is, zal de kredietgever eerder controle moeten uitoefenen op de aangeleverde gegevens.”

### 3.23.2 Roelofsen leidt hieruit af:<sup>38</sup>

“De Wck gaat in elk geval uit van een serieus onderzoek. Daarnaast worden voorbeelden vermeld hoe een aanbieder inzicht kan krijgen in de financiële positie. Dit kan bijvoorbeeld worden verkregen door middel van loonstrookjes of ander bescheiden betreffende de inkomsten van de kredietaanvrager en bescheiden zoals de BKR- toetsingsgegevens, afschriften van huurcontracten en ziektekostenverzekeringsspolissen betreffende de vaste uitgaven (Kamerstukken II 1986/87, 19 785, nr. 3, p. 82). Doordat duidelijk wordt gesteld dat bijvoorbeeld loonstrookjes kunnen worden opgevraagd lijkt dit strikt genomen geen publiekrechtelijke verplichting voor de kredietaanbieder.

Volstaan zou dan kunnen worden met een inlichtingenformulier waarop een kredietaanvrager schriftelijk zijn inkomsten en lasten moet aangeven. In de praktijk is het overigens wel degelijk gebruikelijk dat kredietaanbieders om loonstrookjes vragen. Uit de wetsgeschiedenis volgt overigens ook dat de kredietgever de essentialia van de financiële positie van de aanvrager dient te verifiëren en dat met het oog hierop de benodigde gegevens aan de kredietgever dienen te worden verstrekt (Kamerstukken II 1987/88, 19 785, nr. 7, p. 39.) Anderzijds wordt in de wetsgeschiedenis bij de Wck benadrukt dat van een

kredietnemer verwacht mag worden dat hij de benodigde gegevens voor de kredietwaardigheidsbeoordeling naar waarheid verstrekt (Kamerstukken II 1988/89, 19 785, nr. 12, p. 26.). Deze tegenstrijdigheid wordt opgelost door vervolgens aan te geven dat de kredietgever in beginsel mag uitgaan van de opgave van de kredietnemer, tenzij diens opgave duidelijk afwijkt van wat algemeen gebruikelijk is. In een dergelijke situatie zal het eerder op de weg van de kredietgever liggen om de verstrekte gegevens te controleren (Kamerstukken II 1988/89, 19 785, nr. 12, p. 25-26)."

3.23.3 Ik vat het voorgaande samen. De WCK-wetgever ging ervan uit dat de kredietaanbieder serieus onderzoek zou doen naar de financiële positie van de consument. Enerzijds werd de aanbieder de nodige vrijheid gelaten, anderzijds werd benadrukt dat de mate van onderzoek en controle afhing van de omstandigheden van het geval, waaronder de hoogte van het krediet. Daarbij zij bedacht dat de WCK niet zag op hypothecair krediet, maar in beginsel op kredieten tot (aanvankelijk fl. 40.000,- en nadien) € 40.000,-. De opmerkingen in de parlementaire geschiedenis over de verificatie en controle van gegevens moeten naar mijn mening mede in dat licht worden gezien.

Volgens Amstelstaete (s.t. nr. 2.53) moesten de essentialia van de financiële positie worden geverifieerd. Dat het inkomen van [verweerder 1] in het onderhavige geval als zodanig kan gelden, lijkt mij evident. Amstelstaete (t.a.p.) voegt hieraan echter een belangrijke beperking toe: "maar uit de wetsgeschiedenis volgt niet dat een kredietverstrekker daartoe een zelfstandige verplichting had." Ik bespreek dit punt in nr. 3.32 e.v.

3.24 Ik wijs voor de volledigheid nog op latere regelgeving over de plicht om bij hypothecair krediet te waken tegen overkreditering.

3.25 Art. 51 Wfd en 59 Wfd zijn per 1 januari 2007 opgevolgd door art. 4:34 Wet op het financieel toezicht (Wft) en art. 119 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgf). Per 1 januari 2013 geldt een (op art. 115 Bgf gebaseerde) Tijdelijke regeling hypothecair krediet die nadere regels geeft over de maximale financieringslast (ook wel 'loan-to-income', LTI-ratio) en het maximale krediet in verhouding tot de waarde van de woning (ook wel 'loan-to-value', LTV-ratio).

3.26.1 De herziene Richtlijn Consumentenkrediet 2008/48/EG, die niet ziet op hypothecair krediet,<sup>39</sup> verplicht in art. 8 lid 1 de lidstaten ervoor te zorgen dat de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument voor het sluiten van de kredietovereenkomst beoordeelt op basis van toereikende informatie die, in voorkomend geval, is verkregen van de consument en, waar nodig, op basis van een raadpleging van het desbetreffende gegevensbestand.

3.26.2 In de zaak CA Consumer Finance SA/Bakkaus en Bonato overwoog het HvJEU dat de beoordeling van de kredietwaardigheid van diverse factoren afhangt. <sup>40</sup> Daarbij kan worden gekeken naar de omstandigheid waarin de kredietovereenkomst wordt afgesloten, het bedrag van de lening en de persoonlijke omstandigheden van de consumenten. Omtrent de aan de kredietgever door kredietnemer te verstrekken gegevens overwoog het hof:

"36 Richtlijn 2008/48 bevat geen uitputtende regeling betreffende de inlichtingen op basis waarvan de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument dient te beoordelen en geeft evenmin aan of deze inlichtingen moeten worden gecontroleerd en hoe dat dient te gebeuren. Uit de bewoordingen van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2008/48, gelezen tegen de achtergrond van punt 26 van de considerans van deze richtlijn, blijkt daarentegen dat de kredietgever een beoordelingsmarge wordt gelaten om te beslissen of de informatie waarover hij beschikt, volstaat om de kredietwaardigheid van de kandidaat-kredietnemer te bevestigen en of hij deze moet natrekken aan de hand van andere gegevens.

<sup>37</sup> Hieruit volgt dat de kredietgever in de eerste plaats per geval – rekening houdend met de

specifieke omstandigheden daarvan – moet nagaan of die informatie passend en toereikend is ter beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument. Of deze informatie toereikend is, kan in dit verband verschillen naar gelang de omstandigheden waarin de kredietovereenkomst wordt gesloten, de persoonlijke situatie van de consument of het bedrag waarop de overeenkomst betrekking heeft. Deze beoordeling kan worden verricht aan de hand van bewijsstukken van de financiële situatie van de consument, maar het is niet uitgesloten dat de kredietgever al vooraf kennis heeft van de financiële situatie van de kandidaat-kredietnemer en daarmee rekening houdt. Gewone, niet-gestaafde verklaringen van de consument kunnen echter niet als toereikend worden aangemerkt indien zij niet vergezeld gaan van bewijsstukken.

38 In de tweede plaats legt richtlijn 2008/48, onverminderd de tweede volzin van artikel 8, lid 1, ervan waarin is bepaald dat de lidstaten in hun wetgeving het vereiste kunnen behouden dat kredietgevers een gegevensbestand raadplegen, de kredietgevers niet de verplichting op om de waarachtigheid van de door de consument verstrekte informatie systematisch te controleren. Naargelang de specifieke omstandigheden van elk geval kan de kredietgever ofwel genoeg nemen met de informatie die hem door de consument is verstrekt, ofwel oordelen dat bevestiging van deze informatie dient te worden verkregen.

39 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 8, lid 1, van richtlijn 2008/48 aldus moet worden uitgelegd dat het er zich enerzijds niet tegen verzet dat de kredietwaardigheid van de consument enkel op basis van door deze laatste verstrekte informatie wordt beoordeeld, mits het om toereikende informatie gaat en gewone verklaringen van de consument vergezeld gaan van bewijsstukken, en het anderzijds de kredietgever niet de verplichting oplegt om de door de consument verstrekte informatie systematisch te controleren.”

Hieruit volgt dat bij het verlenen van een consumentenkrediet de kredietgever uit mag gaan van de door de consument verstrekte gegevens, mits deze informatie toereikend is en in geval van gewone verklaringen vergezeld gaan van bewijsstukken. De kredietgever heeft derhalve geen structurele verificatieplicht (i.e. een plicht om alle verstrekte informatie systematisch te controleren), maar is wel verplicht ingeval van summiere niet onderbouwde informatie een nadere controle uit te voeren.

3.27 De Richtlijn hypothecair krediet 2014/17/EU (omgezet in de Wft en art. 7:118 e.v. BW) vereist een grondige beoordeling van de kredietwaardigheid (art. 18 lid 1). Voorts bevat art. 20 lid 1 een expliciete verplichting voor de kredietgever om de verstrekte informatie van de consument te verifiëren. Art. 20 lid 2 voorziet erin dat de kredietbemiddelaar de nodige van de consument verkregen informatie aan de betrokken kredietgever nauwkeurig verstrekt opdat die de kredietwaardigheidsbeoordeling kan verrichten.

3.28 Uit het voorgaande blijkt van een ontwikkeling waarin de kredietwaardigheidstoets in verschillende opzichten nader wordt geregeld. Amstelstaete (s.t. nr. 2.84) merkt terecht op dat als gevolg van de financiële crisis kritischer wordt gekeken naar (hypothecaire) kredietverstrekking. De normen van nu kunnen niet worden toegepast op het handelen van Amstelstaete in 2006. De normen die destijds golden, zo bleek bij 3.23.3, geven wel aanknopingspunten voor de gedachte dat de toezichtwetgeving meebracht dat de kredietaanbieder onder bepaalde omstandigheden verstrekte informatie over het inkomen zou controleren/verifiëren.<sup>41</sup>

Uit de aan de Wfd voorafgaande wetgeving (en de daarop volgende ten tijde van het onderhavige geval reeds in ontwikkeling zijnde Richtlijn 2008/48/EG) volgt naar mijn mening dat ten aanzien van de kredietwaardigheidstoets de Nederlandse en de Europese wetgever hebben getracht een balans te vinden in het bieden van een voor financiële instellingen enerzijds en consumenten anderzijds werkbare, doch betrouwbare toets. Daarbij diende een financiële instelling niet te

worden verplicht alle gegevens die hem ten behoeve van deze toets beschikbaar worden gesteld te controleren. Aan de andere kant dienden deze gegevens wel een zekere mate van betrouwbaarheid te hebben. Daartoe kon staving van verstrekte gegevens door middel van bewijsstukken vereist zijn. De kredietwaardigheidstoets moest een serieus onderzoek zijn dat daadwerkelijk was gericht op voorkoming van overkreditering en diende derhalve niet te lichtvaardig te worden opgevat.<sup>42</sup>

#### (iv) De civielrechtelijke zorgplicht van Amstelstaete

3.29 In deze zaak gaat het uiteindelijk echter niet om de publiekrechtelijke gedragsnormen, maar om de civielrechtelijke zorgplicht van Amstelstaete in 2006.

3.30.1 Het hof heeft terecht de norm van het SNS-arrest toegepast.

3.30.2 Amstelstaete werpt op dat het hof in rov. 7.2 uitgaat van de bijzondere zorgplicht die op banken rust, maar dat zij geen bank is, maar een bij de AFM geregistreeerde professionele aanbieder van krediet.<sup>43</sup> Volgens subonderdeel 2.2 onder a is dit essentieel, omdat Amstelstaete daarom niet de maatschappelijke positie van een bank heeft, waarop de bijzonder zorgplicht is gebaseerd. Bovendien kan de bijzondere zorgplicht ook niet worden gebaseerd op de aard van het product: de hypothecaire lening is een eenvoudig, en geen complex product, zoals nog wordt aangevoerd in subonderdeel 2.1.

3.30.3 Deze klachten falen. De zorgplicht om te waken tegen overkreditering rust niet alleen op 'banken', maar op elke professionele aanbieder van krediet (vgl. art. 51 Wfd en rov. 4.2.5 van het SNS-arrest).

3.30.4 Voorts volgt uit de aard van de verplichting om te waken tegen overkreditering reeds dat deze verplichting ook geldt ten aanzien van een eenvoudig (krediet)product. Het SNS-arrest biedt geen aanknopingspunten voor de gedachte dat de daarin omschreven zorgplicht niet zou gelden bij een eenvoudig product. Wel is denkbaar dat de precieze invulling van deze zorgplicht door de kredietaanbieder mede afhankelijk is van de complexiteit van het product.<sup>44</sup>

3.31 De zorgplicht om te waken tegen overkreditering omvat mede de plicht om inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument (en om deze inlichtingen te beoordelen). De vraag is of hieruit volgt dat Amstelstaete de plicht had om de inkomensgegevens te verifiëren, die aan haar door de tussenpersoon waren verstrekt. Het hof is van oordeel (a) dat op Amstelstaete een zelfstandige onderzoeksplicht rust, (b) ook indien [verweerder 1] werd geadviseerd door S&L Star, en (c) dat daarin besloten ligt dat Amstelstaete de verstrekte gegevens diende te verifiëren. Ik bespreek hierna deze drie elementen hierna onder (v)-(vii).

#### (v) De zelfstandige onderzoeksplicht van de kredietaanbieder

3.32 Zoals eerder werd opgemerkt, bestrijdt Amstelstaete dat op haar een zelfstandige onderzoeksplicht rustte om gegevens te controleren nu deze door de tussenpersoon waren verstrekt. Ik onderzoek deze stelling voor wat betreft de civielrechtelijke zorgplicht en besteed daarbij zijdelings aandacht aan het toezichtrecht.

3.33.1 Het hof heeft terecht geoordeeld dat (uit het SNS-arrest volgt dat) civielrechtelijk op de kredietaanbieder een zelfstandige onderzoeksplicht jegens de consument (de kredietnemer) rust, ook indien de consument wordt bijgestaan door een tussenpersoon.

3.33.2 In de SNS-zaak was sprake van een door een tussenpersoon geadviseerde hypothecaire lening waarvan de lasten werden bestreden uit beleggingen. In die zaak was SNS (anders dan Amstelstaete) in beginsel op de hoogte van de door de tussenpersoon geadviseerde financieringsconstructie.<sup>45</sup> SNS diende op basis van haar zorgplicht het inkomen en vermogen

van de consument te onderzoeken. Op de kredietaanbieder rust dus een zelfstandige onderzoeksplicht, dat wil zeggen los van de verplichtingen van de partij die optrad als adviseur van de consument en als de tussenpersoon bij het aanvragen van het hypothecaire krediet.

3.33.3 Volgens Amstelstaete (s.t. nr. 2.96) steunt noch ontkracht het SNS-arrest het standpunt van het hof dat op Amstelstaete een zelfstandige onderzoeksplicht rustte. Uit het voorgaande volgt dat die conclusie m.i. onjuist is.

(vi) De zelfstandige onderzoeksplicht bij advisering door een tussenpersoon

3.34.1 Volgens Amstelstaete (t.a.p.) geeft het SNS-arrest geen aanwijzing voor wat betreft het mogen *vertrouwen op door een tussenpersoon aangeleverde informatie*. Hoewel het arrest daar niet over gaat, kunnen er naar mijn mening wel aanwijzingen uit worden geput.

3.34.2 De kredietaanbieder heeft volgens het SNS-arrest een zelfstandige onderzoeksplicht jegens de consument. Dit betekent dat de kredietaanbieder niet ontslagen is van zijn zorgplicht om te waken tegen overkreditering wanneer de consument is geadviseerd/voorgelicht door een tussenpersoon. De kredietaanbieder mag zijn eigen verantwoordelijkheid jegens de consument niet afwentelen op de tussenpersoon.

3.34.3 Het ligt naar mijn mening in de rede om aan te nemen dat de kredietaanbieder, omgekeerd, evenmin *zonder meer* mag vertrouwen op de door de tussenpersoon aan hem verschaft informatie over de consument. Ook in dat laatste geval zou immers de kredietaanbieder zijn eigen verantwoordelijkheid jegens de consument afwentelen op de tussenpersoon.

3.34.4 Het hof brengt dit in rov. 7.3 tot uitdrukking met zijn overweging dat Amstelstaete het niet verifiëren van de inkomensgegevens blijkbaar zelf ook als een risico heeft beschouwd, te meer nu zij stelt dat S&L Star een hulppersoon van [verweerder 1] is.

3.35.1 Mogelijk dient het bij 3.34.1-3.34.3 bedoelde uitgangspunt in bepaalde gevallen te worden genuanceerd.

3.35.2 Scholten (JOR-noot sub 9) meent dat het SNS-arrest ruimte laat voor bijzondere omstandigheden aan de zijde van de klant die ertoe leiden dat de kredietaanbieder niet hoefde te informeren en waarschuwen, zoals in "het geval waarin komt vast te staan dat de klant door zijn adviseur/bemiddelaar voldoende is geïnformeerd en – indien relevant – gewaarschuwd. Het gaat er immers uiteindelijk om dat de klant tot een goed geïnformeerde beslissing kan komen. Daar zou hij in deze gevallen toe in staat moeten zijn."

3.35.3 Een vergelijkbare gedachte wordt voor het toezichtrecht verwoord door Roelofsen:<sup>46</sup>

"Bij een krediet moet een aanbieder informatie inwinnen over de financiële positie van de kredietnemer. (...) De verplichting om informatie in te winnen is gelijk aan die van de adviseur op grond van art. 4:23 lid 1 Wft. De verplichting van een adviseur gaat alleen verder. Deze moet naast de financiële positie ook informatie inwinnen over de kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument. Indien een adviseur adequaat aan deze verplichting heeft voldaan en de gegevens doorstuurt naar de aanbieder dan heeft de aanbieder ook aan zijn verplichting voldaan. Heeft een adviseur dit echter onvoldoende gedaan dan dient een aanbieder aanvullende informatie bij de consument op te vragen. Indien de aanbieder constateert dat de betrokken adviseur ook in andere dossiers onvoldoende informatie inwint dan moet er eventueel een melding plaatsvinden op basis van art. 4:97 lid 2 Wft (...)."

3.35.4 Door Roelofsen wordt er vanuit gegaan dat de kredietaanbieder kennis heeft van hetgeen



zich heeft afgespeeld in de relatie tussen de adviseur/tussenpersoon en de consument. Dergelijke kennis wordt, naar ik aanneem, ook verondersteld door Scholten. Immers, indien de kredietaanbieder niet weet dat de consument al door de tussenpersoon voldoende is voorgelicht, valt niet in te zien waarom de aanbieder zou mogen menen dat hij de consument niet meer hoeft te informeren.

3.35.5 In het midden kan blijven hoe de situatie moet worden beoordeeld indien vast staat dat de consument door zijn adviseur/bemiddelaar voldoende is geïnformeerd en gewaarschuwd. In het onderhavige geval speelt dit punt niet. Amstelstaete stelt immers niet dat (zij ervan op de hoogte was dat) [verweerder 1] door S&L Star voldoende is geïnformeerd en gewaarschuwd.

3.36 Aan de zorgplicht van de kredietaanbieder doet in beginsel niet af dat, naar Amstelstaete stelt, de Wfd op de kredietaanbieder niet de plicht legde om het advies van een zelfstandige tussenpersoon aan de consument te controleren, mede omdat ook deze tussenpersonen vergunningplichtig waren (s.t. nrs. 2.64-2.65). De Wfd gaat, zoals Amstelstaete terecht opmerkt, uit van eigen verantwoordelijkheden van de adviseur en de kredietaanbieder. In parlementaire geschiedenis is opgemerkt:<sup>47</sup>

“Er is voor gekozen om ten aanzien van de verantwoordelijkheidsverdeling zoveel mogelijk uit te gaan van het principe dat iedere financiële dienstverlener verantwoordelijk is voor zijn eigen handelingen.”

Op zowel de kredietaanbieder als de adviserende tussenpersoon rusten gedragsverplichtingen in verband met overkreditering.<sup>48</sup> Hiermee strookt het om aan te nemen dat de aanwezigheid van een tussenpersoon in beginsel de aanbieder niet ontslaat van zijn in art. 51 Wfd bedoelde verplichting.

3.37 Voorts doet aan de zorgplicht van de kredietaanbieder om te waken tegen overkreditering in beginsel niet af de door Amstelstaete aangevoerde omstandigheden dat de consument een eigen verantwoordelijkheid heeft ter zake van de te verstrekken gegevens (s.t. nr. 2.59 e.v.) of de beoordeling van de vraag of het aangaan van de lening verantwoord is (subonderdeel 2.1). Dit kan in beginsel worden beoordeeld in het kader van het beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW).

3.38.1 De door Amstelstaete gemaakte vergelijking met (verzwijging bij) het aangaan van een verzekeringsovereenkomst gaat m.i. niet op.

3.38.2 Amstelstaete wijst erop dat onjuiste mededelingen van een onafhankelijke tussenpersoon in beginsel aan de verzekeringnemer worden toegerekend en meent dat niet valt in te zien waarom dit anders zou zijn bij het aanvragen van een hypothecaire geldlening (s.t. nrs. 2.77-2.79).

3.38.3 Het gaat echter om verschillende gevallen. De mededelingsplicht van de aspirant-verzekeringnemer jegens de verzekeraar vindt zijn grondslag in de precontractuele redelijkheid en billijkheid. De verzekeraar heeft er belang bij om vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst door de aspirant-verzekeringnemer te worden geïnformeerd over het te verzekeren risico, zodat hij een weloverwogen beslissing kan nemen met betrekking tot het wel of niet aangaan van de verzekeringsovereenkomst, het wel of niet bedingen van specifieke voorwaarden en het bepalen van de hoogte van de verzekerde som en de premie.<sup>49</sup>

De bijzondere zorgplicht van de kredietaanbieder om te waken tegen overkreditering sterkt er daarentegen toe om de consument te beschermen tegen te hoge financiële lasten.<sup>50</sup> De aanbieder heeft in dit verband een zelfstandige zorgplicht, ook indien de consument gebruikt maakt van een tussenpersoon.

(vii) Verificatie van versterkte gegevens?

3.39 Uit het voorgaande volgt dat op Amstelstaete een zelfstandige onderzoeksplicht rustte, ook indien [verweerder 1] werd geadviseerd door S&L Star. Dan resteert de vraag of Amstelstaete mocht afgaan op de aan haar door S&L verstrekte inkomensgegevens dan wel deze diende te verifiëren, althans dat het niet verifiëren ervan voor haar risico komt.

Volgens subonderdeel 2.1 mag de kredietaanbieder in beginsel vertrouwen op de juistheid van de *aan hem door de consument verstrekte financiële gegevens*, zeker als hij die gegevens aanlevert in samenspraak met zijn vergunning houdende zelfstandige (niet aan de gever van de hypothecaire geldlening verbonden) hypotheekadviseur, die rechtens gehouden is de juistheid daarvan te controleren.

3.40.1 De verificatie van gegevens volgens het in 2006 geldende toezichtrecht kwam bij nrs. 3.23.1-3.23.3 aan de orde. Voor de opvatting dat de kredietaanbieder in beginsel mag afgaan op de aan hem door de consument verstrekte gegevens kan steun worden gevonden in de rechtspraak van de civiele rechter, waarin wordt geoordeeld (veelal mede onder verwijzing naar art 28 WCK of art. 4:34 Wft) dat de kredietaanbieder in beginsel mag afgaan op door de consument (soms: door tussenkomst van een tussenpersoon)<sup>51</sup> verstrekte informatie.<sup>52</sup> In deze zaken waren veelal bewijsstukken overgelegd, zodat de vraag niet was of de kredietaanbieder op louter mondeling verstrekte informatie mocht afgaan. Of op louter mondelinge verstrekte informatie mag worden afgegaan, hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>53</sup> Indien bewijsstukken zijn overgelegd, behoeft de kredietaanbieder in beginsel geen onderzoek te doen naar de echtheid daarvan.<sup>54</sup>

3.40.2 In casu doet zich echter noch het geval voor dat de gegevens door de consument aan de kredietaanbieder zijn verstrekt, noch het geval dat deze door de consument 'in samenspraak' met de tussenpersoon aan de kredietaanbieder zijn verstrekt. Deze zaak kenmerkt zich door de bijzonderheid dat, naar in cassatie moet worden aangenomen, door de tussenpersoon aan de kredietaanbieder onjuiste inkomensgegevens zijn verstrekt *zonder* dat de consument daarvan op de hoogte was.

3.41 Het SNS-arrest behandelt niet de vraag of (en zo ja, onder welke omstandigheden) de onderzoeksplicht van de kredietaanbieder impliceert dat deze aan haar verstrekte gegevens over inkomen en vermogen dient te verifiëren.

Wel overweegt het SNS-arrest dat de WCK mede ten doel had consumenten te beschermen tegen overkreditering (rov. 4.2.3), daarbij verwijzend naar de prejudiciële uitspraak inzake 'gratis' mobiele telefoons. In die uitspraak overweegt de Hoge Raad dat, nu het bij onder meer de WCK<sup>55</sup> gaat om bepalingen die ten doel hebben consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering, bij het vaststellen van de strekking van de desbetreffende overeenkomsten bijzonder gewicht toekomt aan het perspectief en de belangen van de consument.<sup>56</sup>

Op dezelfde reden zou bij het beantwoorden van de vraag voor wiens risico het in het onderhavige geval komt dat de tussenpersoon onjuiste inkomensgegevens heeft verstrekt, kunnen worden aangenomen dat bijzonder gewicht toekomt aan de belangen van de consument.

3.42 Amstelstaete nam een risico door de door de tussenpersoon aangeleverde gegevens niet te verifiëren/controleren. Gegeven de zelfstandige verplichting van Amstelstaete om te waken tegen overkreditering, is het in een geval als het onderhavige naar mijn mening niet onjuist om Amstelstaete de gevolgen te laten dragen van de verwezenlijking van dit risico (daargelaten de beoordeling van haar beroep op eigen schuld van de consument). Dit risico betrof niet alleen de mogelijkheid dat de inkomensgegevens onjuist zouden zijn, maar ook dat daardoor sprake zou zijn van overkreditering. Het oordeel van het hof, dat Amstelstaete haar zelfstandige onderzoeksverplichting als bedoeld in het SNS-arrest heeft geschonden door de verstrekte inkomensgegevens niet te verifiëren, getuigt naar mijn mening dan ook niet van een onjuiste rechtsopvatting.

(viii) Slotsom

3.43 De slotsom is dat subonderdeel 2.1 faalt. Hetzelfde geldt voor subonderdeel 2.2 onder a.

*Subonderdeel 2; overige klachten*

3.44.1 Subonderdeel 2.2 onder b klaagt dat het hof voorbij is gegaan aan de in het onderdeel onder (i) – (iv) bedoelde stellingen van Amstelstaete waaruit volgt dat zij heeft voldaan aan haar verplichting uit hoofde van art. 51 Wfd.

3.44.2 Ik stel voorop dat het oordeel van het hof over de schending van de civielrechtelijke zorgplicht van Amstelstaete niet onjuist of ontoereikend gemotiveerd is om de enkele reden dat (is gesteld dat) aan art. 51 Wfd is voldaan, nu deze zorgplicht verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.

3.44.3 Ook overigens slaagt de klacht niet. Op stelling (i), dat de betreffende financiering “self-certified” en “advisor-verified” was in welke context het proces erop was gericht juiste informatie aan Amstelstaete te verstrekken, is het hof expliciet ingegaan door te overwegen dat:

“7.3 Vast staat dat Amstelstaete zelf geen onderzoek naar de financiële positie van [verweerder 1] heeft verricht, maar is afgegaan op de door S&L Star aangeleverde gegevens. Zij heeft de te verstrekken lening aangemerkt als “self-certified” en “advisor verified”, wat betekent dat zij de gegevens niet opvroeg en niet verifieerde en zij heeft dit blijkbaar ook zelf als een risico beschouwd, omdat zij op die grond een (aanzienlijke) renteverhoging heeft toegepast. Daarmee heeft zij niet voldaan aan de op haar zelfstandig rustende onderzoeksplicht.”

Daarmee is het hof ook ingegaan op stelling (ii), dat Amstelstaete alleen hypotheekaanvragen aannam van een tussenpersoon met een vergunning van de AFM en op stelling (iii), dat de klant nadrukkelijk werd voorgehouden dat Amstelstaete geen nadere verificatie zou doen.

Ten aanzien van stelling (iv), dat Amstelstaete heeft gewezen op haar beleid om aangevraagde leningen alleen aan te bieden als sprake was van voldoende overwaarde, maakt de klacht niet duidelijk hoe deze stelling zich verhoudt tot de onderzoeksplicht van Amstelstaete om genoegzame inkomensgegevens van de kredietnemer ten behoeve van de kredietwaardigheidstoets te onderzoeken.

3.45.1 Subonderdeel 2.3 betreft het oordeel in rov. 7.3, tweede alinea, dat Amstelstaete haar zorgplicht heeft geschonden, door naar aanleiding van een discrepantie tussen de inkomensgegevens en het verwachte pensioeninkomen deze verstrekte gegevens niet te verifiëren. Ik bespreek subonderdeel 2.3 ten overvloede, nu het oordeel dat Amstelstaete haar zorgplicht heeft geschonden zelfstandig wordt gedragen door het oordeel in rov. 7.3, eerste alinea.

3.45.2 In de bestreden rechtsoverweging heeft het hof geconstateerd dat tussen het genoten inkomen en het verwachte pensioeninkomen een discrepantie bestaat, dat [verweerder 1] ten tijde van de aanvraag 64 jaar oud was en op het formulier 65 jaar als pensioengerechtigde leeftijd staat vermeld, en dat ten aanzien van [verweerder 2] dezelfde fout is gemaakt.

Volgens subonderdeel 2.3 is het oordeel ontoereikend gemotiveerd<sup>57</sup> in het licht van de stellingen van Amstelstaete<sup>58</sup> (i) dat uit het vermelden van de code 999 blijkt dat het opgegeven inkomen als blijvend moet worden aangemerkt zodat geen betekenis toekomt aan het automatisch gegenereerde pensioeninkomen en (ii) dat de lening startte enkele

maanden na de pensioendatum van [verweerder 1] zodat kennelijk al van de pensioensituatie werd uitgegaan.

[verweerder 1] heeft hiertegen aangevoerd (i) dat Amstelstaete aan de hand van de leeftijden van [verweerders] wist, althans had kunnen weten dat zij nog niet met pensioen waren, en (ii) zij van het lagere door het systeem gegenereerde pensioeninkomen had moeten uitgaan.<sup>59</sup>

3.45.3 Het hof, dat in rov. 7.3 verwijst naar de toelichting tijdens pleidooi door Amstelstaete, heeft de stellingen van Amstelstaete onder ogen gezien en deze verworpen. Tot een nadere toelichting was het hof m.i. niet gehouden, in het bijzonder gezien de discrepantie tussen de leeftijd van [verweester 2] ten tijde van de aanvraag en haar pensioenleeftijd. Subonderdeel 2.3 faalt daarom. Zou hierover anders geoordeeld moeten worden, dan kan het om de bij 3.45.1 genoemde reden bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.46.1 Subonderdeel 2.4 richt een rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 7.2-7.4. Het hof zou bij zijn beoordeling voorbij zijn gegaan aan de in het subonderdeel onder (a)-(c) bedoelde, [verweerder 1] betreffende omstandigheden die rechtens voor hun risico komen.

3.46.2 Omstandigheid (a) betreft de gestelde aanwezigheid van hypotheekfraude en het beroep daarop faalt gezien het falen van onderdeel 1.

3.46.3 Onder (b) wijst de klacht op de omstandigheid (i) dat [verweerder 1] de inkomensverklaring waarvan de strekking is dat de daarop vermelde gegevens feitelijk juist zijn, blanco heeft ondertekend, en (ii) dat [verweerder 1] de offerte heeft ondertekend waarop staat dat het aanvraagformulier naar waarheid is ingevuld.

Deze omstandigheden doen niet af aan het door subonderdeel 2.1 vergeefs bestreden oordeel van het hof dat Amstelstaete haar zorgplicht heeft geschonden. Zij kunnen eventueel aan de orde komen bij de beoordeling van het beroep op eigen schuld, indien zij ook in dat kader zijn aangevoerd.

Zij doen evenmin af aan het door subonderdeel 2.3 bestreden oordeel van het hof dat Amstelstaete haar zorgplicht heeft geschonden. De verklaring in de offerte dat het aanvraagformulier naar waarheid is ingevuld doet niet af aan de door het hof door Amstelstaete op te merken discrepantie van de gegevens in het aanvraagformulier. Het hof behoeft daarom niet nader op deze omstandigheden in te gaan.

3.46.4 Omstandigheid (c) betreft het beroep op art. 14 van de algemene voorwaarden, waarin het handelen en nalaten van S&L Star als tussenpersoon tussen partijen wordt beschouwd als eigen gedragingen van [verweerder 1] .

Het hof is er niet van uitgegaan dat de tussenpersoon handelde ten behoeve van Amstelstaete. Zie rov. 7.3 ("Dit geldt des te meer nu Amstelstaete zelf stelt dat S&L Star geen hulppersoon van haar is, maar een zelfstandiger adviseur dan wel de adviseur van [verweerder 1] .") en rov. 8.3 ("S&L Star is dan ook geen hulppersoon van Amstelstaete."). Het hof is er wel, terecht, vanuit gegaan dat op Amstelstaete en op de tussenpersoon een zelfstandige zorgplicht rustte (rov. 7.3 en 8.2-8.3). Dat art. 14 van de algemene voorwaarden het handelen van de tussenpersoon aanmerkt als handelen van de consument, doet (wat daar verder van zij) niet af aan de eigen zorgplicht van Amstelstaete. Het hof behoeft daarom niet nader op deze omstandigheid in te gaan.

3.46.5 Ook subonderdeel 2.4 faalt. Daarmee faalt onderdeel 2.

### *Onderdeel 3: eigen schuld*

3.47 Volgens de rechtbank stond voornamelijk niet vast dat eigen schuld van [verweerder 1] (als bedoeld in art. 6:101 BW) van dusdanige omvang is dat er geen door Amstelstaete te vergoeden

schade resteert. Amstelstaete bestreed dit oordeel in appel en voerde daartoe onder a t/m h een aantal (extra) omstandigheden aan die tevens in aanmerking zouden moeten worden genomen (rov. 10.2). Het hof oordeelde dat ook deze omstandigheden niet van zodanige ernst of omvang zijn dat de billijkheid eist dat de schadevergoedingsverplichting van Amstelstaete geheel vervalt (rov. 10.3).

3.48.1 Uit de omstandigheid c, dat niet vast staat dat [verweerder 1] wist dat sprake was van een "self-certified" lening, leidt het hof ten aanzien van omstandigheid b af: "evenmin kan dus worden aangenomen dat hij wist dat de inkomens- en vermogensgegevens niet werden gecontroleerd". Volgens subonderdeel 3 volgt dit oordeel niet uit (rov. 4.4 en) onbekendheid met het etiket "self-certified", omdat [verweerder 1] reeds volgens de voorgedrukte tekst van de inkomensverklaring en van de offerte behoorde te weten dat de inkomensgegevens niet zouden worden gecontroleerd.

3.48.2 De passages waarop de klacht doelt, luiden:

"Aangezien bij deze offerte het inkomen is aangetoond door middel van een inkomensverklaring is een verhoogd rentetarief van toepassing." (zie MvG nr. 3.17 en prod. 10, p. 2).

"Aldus verklaren wij, ieder voor zich en gezamenlijk, bij het aangaan van de lening dat een adequate overweging is gemaakt om deze lening aan te gaan en dat het door ons opgegeven inkomen gelijk is aan het werkelijke inkomen." (zie MvG nr. 3.18 en prod. 5).

M.i. faalt de klacht. Het hof heeft uit de in MvG nrs. 3.17 en 3.18 geciteerde passages van de offerte en de inkomensverklaring kennelijk niet afgeleid, dat daaruit door [verweerder 1] moest worden begrepen dat geen controle van de inkomensgegevens zal plaatsvinden. Onbegrijpelijk is dat m.i. niet.

Maar ook als daarover anders zou moeten worden geoordeeld, faalt de klacht. Ook indien de overweging ten aanzien van omstandigheid b onvoldoende gemotiveerd zou zijn en buiten beschouwing zou moeten worden gelaten, wordt het eindoordeel in rov. 10.3 voldoende gedragen door de overige daarin vervatte overwegingen. Ook indien [verweerder 1] zou moeten hebben begrepen dat de inkomensgegevens niet werden gecontroleerd, doet dat onder meer niet eraan af dat niet kan worden aangenomen dat sprake is van hypotheekfraude (zie hierboven nrs. 3.5.1-3.5.2).

3.48.3 Voor zover subonderdeel 3 voortbouwt op onderdeel 1, faalt het in het voetspoor daarvan.

3.49.1 Subonderdeel 3.2 (subonderdeel 3.1 ontbreekt) klaagt dat voor zover het oordeel van het hof in rov. 10.3 het debat beperkt dat in de schadestaatprocedure over de eigen schuld van [verweerdens] moet worden gevoerd, dit oordeel niet in stand kan blijven. Dit heeft immers tot gevolg dat Amstelstaete in een ongunstiger positie wordt gebracht dan onder het vonnis terwijl niet incidenteel was gegriefd tegen deze overweging van de rechtbank.

3.49.2 Deze klacht faalt, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof is, evenals de rechtbank, tot het oordeel gekomen dat de aan het beroep op eigen schuld van [verweerder 1] ten grondslag gelegde omstandigheden niet betekenen dat de vergoedingsplicht van Amstelstaete geheel vervalt. Rechtbank en hof oordelen daarom slechts dat het percentage eigen schuld niet 100 zal zijn. In hoeverre de schadevergoedingsplicht op grond van art. 6:101 BW moet worden verminderd, dient overigens – zoals ook de rechtbank (rov. 4.10) overwoog – in de schadestaatprocedure te worden beoordeeld. Het debat dat in de schadestaat moet worden gevoerd, is dus niet verder beperkt.

#### Onderdeel 4: verjaring

3.50 Dit onderdeel richt in drie subonderdelen klachten tegen de verwerping van het beroep van Amstelstaete op verjaring:

"4.1 Met grief I doet Amstelstaete een beroep op verjaring van de vordering van [verweerder 1] , omdat meer dan vijftien jaren zijn verstreken tussen het moment waarop hij bekend werd met de schade of daarmee bekend had kunnen zijn en het moment waarop [verweerder 1] Amstelstaete aansprakelijk heeft gesteld, op 23 augustus 2012. Amstelstaete stelt zich primair op het standpunt dat [verweerder 1] direct bij het aangaan van de lening in 2006 op de hoogte was van de overkreditering, (a) omdat hij zelf een inkomen heeft opgegeven dat hoger lag dan zijn werkelijke inkomen en die gegevens tweemaal heeft bevestigd, (b) omdat hij ervoor heeft gekozen om de lening met een risico-opslag af te sluiten, waardoor hij € 441,75 meer per maand moest betalen en (c) omdat hij de maandlasten van € 1.496,25 kende, want hij heeft op de offerte van 20 november 2006 met pen zijn maandlasten van dat moment opgeschreven. Subsidiair voert Amstelstaete aan dat [verweerder 1] in maart 2006 bekend moest zijn met de overkreditering omdat hij toen is gepensioneerd, waarna zijn maandinkomen € 2.713,- bedroeg, zodat dit vrijwel geheel opging aan de lening.

4.2 Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijftien jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. [verweerder 1] vordert schadevergoeding op grond van het niet nakomen door Amstelstaete van haar zorgplicht. De verjaring van die vordering gaat pas lopen op het moment dat [verweerder 1] ervan op de hoogte is dat Amstelstaete jegens hem een zorgplicht heeft en aanleiding heeft om te veronderstellen dat Amstelstaete in de nakoming van die zorgplicht is tekortgeschoten en hij daardoor mogelijk schade heeft geleden. Daarvan is niet reeds sprake op grond van de, door Amstelstaete gestelde maar door [verweerder 1] betwiste, omstandigheid dat een te hoog inkomen wordt opgegeven, de maandlast bekend is of het maandinkomen lager wordt.

4.3 Daarbij komt dat [verweerder 1] tegen het in 4.1 onder (a) genoemde argument heeft ingebracht dat hij de juiste gegevens omtrent het inkomen heeft verstrekt aan de tussenpersoon en dat deze op juiste wijze zijn verwerkt in het financieringsadvies en in de hypotheeklastenberekening. (...) Daarom kan niet van de juistheid van deze stelling worden uitgegaan.

4.4 Wat betreft de stelling in 4.1 onder (b) heeft [verweerder 1] aangevoerd dat het hem niet bekend was dat hij vanwege het feit dat het om een "self-certified" lening ging een hogere rente moest betalen. Dit stond volgens [verweerder 1] ook niet in de offerte vermeld. Tegen het in 4.1 onder (b) en onder (c) genoemde argument en tegen het daar subsidiair ingenomen standpunt wordt ingebracht dat [verweerder 1] ten aanzien van de maandelijkse lasten heeft gekeken naar de hypotheeklastenberekening, waarin de inkomens van [verweerder 1] en [verweerder 2] juist stonden vermeld en de maandelijkse last uitkwam op € 255,-. Op grond hiervan behoefde [verweerder 1] niet te vermoeden dat er sprake was van overkreditering en dat hij de maandlasten daarvan niet zou kunnen opbrengen. Pas eind 2008 toen de onttrekkingen van Falcinvest stopten, werd het [verweerder 1] duidelijk werd dat hij de maandlasten niet kon opbrengen, aldus [verweerder 1] . Daarmee heeft [verweerder 1] de door Amstelstaete ingenomen standpunten gemotiveerd betwist, terwijl Amstelstaete ook op deze punten geen gespecificeerd bewijs heeft aangeboden. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat [verweerder 1] niet in 2006 al op de hoogte was van de overkreditering. De vordering is dan ook niet verjaard."

3.51 Volgens de rechtsklacht van subonderdeel 4.1 geeft het oordeel dat de verjaring pas gaat lopen op het moment dat [verweerder 1] ervan op de hoogte is dat Amstelstaete jegens hem een zorgplicht heeft (rov. 4.2) een onjuiste toepassing aan het criterium 'bekend geworden' in art. 3:310 BW, nu daarvoor niet is vereist dat de benadeelde, behalve bekend met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, ook

bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden.

3.52.1 De rechtspraak over de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is recent bevestigd in HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239 (TMG Landelijke Media/Staat):

“3.3.2 Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. (Zie voor een en ander HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), rov. 3.3.2 en 3.3.4.)

3.3.3 De hiervoor in 3.3.2 genoemde regels zien op gevallen waarin de benadeelde onbekend is met of redelijkerwijs in onzekerheid verkeert over het bestaan van schade, de oorzaak van de schade of de voor het ontstaan van de schade verantwoordelijke persoon. Die regels hebben geen betrekking op het geval dat de benadeelde onbekend is met dan wel in onzekerheid verkeert over de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Daadwerkelijke bekendheid met die beoordeling is voor het gaan lopen van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet vereist; zie HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 (Bosman/G), rov. 3.4, HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771, NJ 2007/320 (Bijenkorf/Boersma), rov. 3.4.2, en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), rov. 3.3.2. Zoals in het arrest Bosman/G is overwogen, zou het stellen van die eis niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou het in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk is van het tijdstip waarop de benadeelde de juiste juridische beoordeling van de feiten duidelijk is geworden. Voorts zou het, zoals in dat arrest is overwogen, in strijd zijn met de bescherming die de korte verjaringstermijn beoogt te bieden, als de benadeelde zonder hinder van die termijn zou kunnen profiteren van een eerst veel later bekend geworden inzicht met betrekking tot de juridische situatie ten tijde van het ontstaan van de schade, terwijl de aansprakelijke persoon zijn gedrag heeft gericht naar de toen geldende inzichten.”

3.52.2 Subonderdeel 4.1 faalt naar mijn mening, omdat het berust op een onjuiste lezing van de bestreden rechtsoverweging, te weten dat het hof de rechtspraak over rechtsdwaling (onjuist) zou hebben toegepast (s.t. Amstelstaete nr. 2.111 e.v.). Hoewel de formulering van de bestreden rechtsoverweging gedeeltelijk lijkt te zijn geënt op de rechtspraak over de klachtplicht in beleggingsadviessituaties,<sup>60</sup> vereist het hof in rov. 4.2 niet dat [verweerder 1] bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Het hof oordeelt of [verweerder 1] bekend is met het bestaan van schade, de oorzaak van de schade of de voor het ontstaan van de schade verantwoordelijke persoon. Dit blijkt in het bijzonder uit de passage dat “ [verweerder 1] ervan op de hoogte is dat (...) hij daardoor mogelijk schade heeft geleden.”.<sup>61</sup>

- 3.53 De motiveringsklacht van subonderdeel 4.1 is verder niet toegelicht en dient daarom te falen. Ook de louter op subonderdeel 4.1 voortbouwende klacht van subonderdeel 4.3 dient te falen.
- 3.54 De (rechts- en motiverings)klachten van subonderdeel 4.2 onder a t/m d komen erop neer dat het hof in de slotzin van rov. 4.2 en in rov. 4.3 en 4.4 niet is ingegaan op alle door Amstelstaete aangevoerde omstandigheden.
- Het subonderdeel richt niet specifiek een klacht tegen rov. 4.3 terwijl rov. 4.3 naar mijn mening ook niet voortbouwt op rov. 4.2.
- 3.55.1 De klacht onder a (gericht tegen de slotzin van rov. 4.2) wijst op de stelling van Amstelstaete dat [verweerder 1] wist dat Amstelstaete de inkomensgegevens niet zou controleren omdat dit bleek uit voorgedrukte passages in de offerte en de inkomensverklaring. De klacht onder c (gericht tegen rov. 4.4) wijst op de stelling dat in de offerte met zoveel woorden de nadrukkelijke vermelding stond dat een hogere rente verschuldigd was, omdat geen zelfstandige verificatie van de opgegeven inkomens plaatsvindt; in de inkomensverklaring stond een hiermee overeenstemmende uitdrukkelijke mededeling, aldus de klacht.
- 3.55.2 Zoals eerder opgemerkt (bij nr. 3.48.2), heeft het hof uit de in MvG nrs. 3.17 en 3.18 geciteerde passages van de offerte en de inkomensverklaring kennelijk niet afgeleid, dat daaruit door [verweerder 1] moest worden begrepen dat (in beginsel) geen extra controle op de inkomensgegevens zal plaatsvinden. Onbegrijpelijk is dat m.i. niet.
- Bovendien volgt uit bekendheid met die passages (ook als deze de daaraan door de klacht onder a of c toegekende strekking zouden hebben) nog niet dat [verweerder 1], in het kader van het beroep op verjaring, bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Dat geldt te meer nu, gezien het lot van onderdeel 1, moet worden aangenomen dat [verweerder 1] niet bekend was met de aan Amstelstaete door S&L Star verstrekte inkomensgegevens. De klachten onder a en c dienen te falen.
- 3.56 Anders dan de klacht onder b (gericht tegen de slotzin van rov. 4.2) aanvoert, ziet het hof er niet aan voorbij dat de opgave van een onjuist inkomen in verband met het inzicht in het werkelijke inkomen en de werkelijke maandlast volstaat of kan volstaan voor de bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon.
- Er kan niet vanuit worden gegaan dat [verweerder 1] wist van het opgegeven onjuiste inkomen. Voor de maandlast heeft het hof in rov. 4.4 gewezen op de stelling van [verweerder 1], dat zij uitgingen van de maandlast van € 255 volgens de hypotheeklastenberekening. Daaruit blijkt ook dat het hof, anders dan de klacht aanvoert, niet miskent dat [verweerder 1] wist dat de hypothecaire lasten mede uit de beleggingen werden voldaan. Het beleggingsdeel was Amstelstaete niet bekend, maar het hof heeft niet de stelling aanvaard dat [verweerder 1] dit wist (zo ligt in rov. 4.3 besloten). De klacht onder b dient te falen.
- 3.57 In het verlengde hiervan falen ook de klachten onder d en in de laatste alinea van subonderdeel 4.2 (gericht tegen rov. 4.4). Het hof heeft niet miskend dat [verweerder 1] bekend was met het aan Amstelstaete te betalen maanbedrag, maar heeft gewezen op de stelling van [verweerder 1] dat hij uitging van de maandlast van € 255 volgens de hypotheeklastenberekening en op grond hiervan niet behoefde te vermoeden dat er sprake was van overkreditering en dat hij de maandlasten niet zou kunnen opbrengen. Het hof kon oordelen dat daarmee de stelling van Amstelstaete voldoende was betwist.
- 3.58 Onderdeel 5 bevat een louter voortbouwende klacht die faalt in het verlengde van de eerder besproken klachten. Het cassatieberoep moet daarom naar mijn mening worden verworpen.



## 4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>1</sup> Zie rov. 2 van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 11 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1895, waarin het hof een samenvatting geeft van de door de rechtbank Den Haag in het vonnis van 9 september 2015 vastgestelde feiten.

<sup>2</sup> Rb. Den Haag 9 september 2009, ECLI:NL:RBDHA:2015:15277.

<sup>3</sup> Het hof acht gegrond de grief van Amstelstaete dat het gaat om een verplichting in de precontractuele fase, zodat van wanprestatie geen sprake kan zijn; het niet voldoen aan de zorgplicht levert een onrechtmatige daad op. Zie rov. 11.1-11.2. Ik merk op dat het hof elders wel lijkt uit te gaan van het bestaan van een verbintenis van Amstelstaete. Zie rov. 8.3 in verband met de vraag of sprake is van een hulppersoon en rov. 5.2 over de verwerping van het beroep op de klachtplicht van art. 6:89 BW (vgl. in dat verband HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, waarin kort gezegd is overwogen dat de klachtplicht niet ziet op een vordering uit onrechtmatige daad). Voor de beoordeling van het middel speelt een en ander geen rol.

<sup>4</sup> In het dictum spreekt het hof van [verweerder 1] en [verweerdere], maar doelt daarmee klaarblijkelijk steeds op beide verweerdere in cassatie.

<sup>5</sup> Hierboven bij nr. 1.4 weergegeven.

<sup>6</sup> Het onderdeel neemt m.i. terecht tot uitgangspunt dat ook rov. 7.2-7.4 ervan uitgaan dat [verweerder 1] zelf geen onjuiste gegevens aan Amstelstaete heeft verstrekt (vgl. de slotzin van rov. 7.3).

<sup>7</sup> Subonderdeel 1.2 doelt kennelijk op de eerste volzin van rov. 9.2, waarin wordt verwezen naar rov. 7.

<sup>8</sup> Nadien zijn aangepaste offertes verstrekt op 15 en 20 november 2006 (prod. 11 en 12 bij MvG).

<sup>9</sup> Terzijde: in de verklaring van [betrokkene 2] (prod. 1 bij MvG) staat: "de inkomensverklaring werd met het aanvraagformulier naar ons opgestuurd".

<sup>10</sup> Zie ook de s.t. Amstelstaete nrs. 2.39 en, mede in verband met subonderdeel 1.2.2, 2.41. Overigens geldt hetzelfde voor de overweging dat het aanvraagformulier door [verweerdere] blanco zou zijn ondertekend, maar daarover klaagt het middel niet (en ook daarvoor geldt hetgeen is opgemerkt in nr. 3.5.2).

<sup>11</sup> HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383, rov. 3.4.2; HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1208, NJ 2002/384 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2; F.J.P. Lock, commentaar op art. 3:310 BW, in Stelplicht & Bewijslast, 2018.

<sup>12</sup> Een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot civielrechtelijk bewijs te dienen; art. 156 lid 3 jo. lid 1 Rv.

<sup>13</sup> Vgl. HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0827, NJ 1993/179, rov. 3.5; HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4278, NJ 2000/235, rov. 3.4; Asser Procesrecht/Asser 3 2017/250. Zie voorts de

s.t. Amstelstaete nr. 2.9 e.v.

<sup>14</sup> Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/259. Vgl. voorts HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, NJ 2018/44, rov. 3.4.2; de conclusie sub 3.8-3.9 van A-G Rank-Berenschot voor HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1208 (art. 81 RO).

<sup>15</sup> Het subonderdeel verwijst naar de pleitnota in appel nrs. 7-8. Daarin betwist Amstelstaete dat [verweerder 1] een blanco formulier heeft getekend. Voor zover dit al wel juist zou zijn, betoogt Amstelstaete dat uit de eerder door Amstelstaete aangevoerde feiten zou blijken dat [verweerder 1] van het hoger opgegeven inkomen op de hoogte was.

<sup>16</sup> Het oordeel dat het algemene bewijsaanbod in MvG nr. 13.2 onvoldoende gespecificeerd is, wordt (terecht) niet door het middel bestreden.

<sup>17</sup> Te weten (i) dat er geen aanleiding was te veronderstellen dat sprake was van een vervalsing van de handtekeningen, (ii) de gelijkenissen tussen de handtekeningen onder de diverse stukken, (iii) dat [verweerder 1] op de hoogte was van het inkomen dat door zijn tussenpersoon was ingevuld en (iv) de verklaring van [verweerder 1] onder de ondertekende offerte dat het aanvraagformulier naar waarheid is ingevuld.

<sup>18</sup> HR 7 februari 1992, ECLI:NL:1992:ZC0498, NJ 1992/809 m.nt. H.J. Snijders (Kamerman/Aro Lease), rov. 3.3: "Wanneer iemand door valselijk de handtekening van een ander te plaatsen iets voor die ander verklaart, kan deze ander zich in het algemeen tegen degene tot wie de verklaring is gericht, erop beroepen dat de handtekening en daarmee de verklaring niet van hem afkomstig is, ook wanneer degene tot wie de verklaring was gericht, heeft aangenomen en redelijkerwijze mocht aannemen dat de handtekening echt was.". Vgl. voor gevallen waarin een consument verantwoordelijk werd gehouden voor een lening waarbij diens handtekening zou zijn vervalst Rb. Amsterdam 29 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:781, rov. 4.4; Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 13 juli 2017, nr. 2017-460.

<sup>19</sup> De s.t. Amstelstaete nr. 2.31 verwijst naar MvG nr. 7.7. Vgl. ook MvG nr. 7.13.

<sup>20</sup> Vgl. K.J.O. Jansen, GS Onrechtmatige Daad, art. 6:163 BW, aant. 1.6.1-1.6.2.

<sup>21</sup> Vgl. R.J.B. Boonekamp, in: Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 6:163 BW.

<sup>22</sup> Hiervan is te onderscheiden de vraag of [verweerder 1] bekend was met de overkreditering. In dat verband heeft het hof relevant geacht de stelling, dat [verweerder 1] daarmee niet bekend was zolang het beleggingsdepot uitkeerde zodat zijn 'netto' maandlast € 255,- was. Daarover klaagt subonderdeel 4.2.

<sup>23</sup> Vgl. ook Amstelstaete s.t. nrs. 1.15-1.16. In de literatuur over de kredietwaardigheidstoets wordt aan deze deelvraag weinig aandacht besteed. Vgl. S.O.H. Bakkerus, Bancaire aansprakelijkheid (diss. Nijmegen), 2000, p. 68-70; F. Molenaar, H.J. Pabbruwe & W.H.G.A. Filott, Kredietverlening, 2001, p. 199-200; K.W.H. Broekhuizen & R.E. Labeur, 'Verantwoorde kredietverlening aan consumenten', Tijdschrift voor Financieel Recht 2006, afl. 10, p. 248-254; B.T.M. van der Wiel en A.M. van Aarde, 'Zorgplichten bij Consumentenkredietverstrekking' in: D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), Aansprakelijkheid in de financiële sector, 2013, p. 519 e.v.; H.C. Tuinstra & N.M. Giphart, 'Zorgplicht bij hypotheekadvies en hypotheekverstrekking', Tijdschrift voor Financieel Recht 2013, afl. 9, p. 293-301; J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten, 2012, nr. 2.2.7.2; O.O. Cherednychenko & J-M. Meindersma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancesysteem', TvC 2014/4, p. 181-191; J-M. Meindersma, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', TvC 2017/3, p. 115-122; J.W.A. Biemans, 'Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking aan consumenten', in: J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), 2017, p. 60-68 en 83-85; J.W.A. Biemans, 'Europese bescherming tegen overkreditering: privaatrechtelijk verzand in de zorgplicht in Nederland?', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), Nijmeegs Europees privaatrecht, 2018, p. 58-60; M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, Overkreditering bij consumentenkrediet, MVV 2014/7, p. 188-194; W.H. van Boom, Hypothecair krediet aan consumenten – een overzicht, TvC 2012/6, p. 268-279; E.P. Roelofsen, GS Toezicht Financiële Markten, art. 4:34 Wft, aant. 8; V.Y.E. Caria, GS Onrechtmatige daad VI.4.2.1.1.1-VI.4.2.1.1.2.

<sup>24</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, Ondernemingsrecht

- 2017/132 m.nt. B.T.M. van der Wiel, JOR 2017/236 m.nt. H. Scholten (SNS Bank/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P).
- <sup>25</sup> De weigeringsplicht volgt wel uit art. 51 Wfd respectievelijk art. 4:34 Wft.
- <sup>26</sup> Het beeld dat art. 51 Wfd met terugwerkende kracht geldend werd geacht (Amstelstaete s.t. nr. 2.95) wordt dus niet gedeeld door de Hoge Raad. Vgl. hierover ook Van der Wiel, in zijn noot sub 3.3-3.4 in *Ondernemingsrecht*.
- <sup>27</sup> HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, rov. 4.2.5. Daarmee is verworpen de gedachte (zie Amstelstaete s.t. nr. 2.88-2.89) dat het leerstuk van overkreditering weinig tot geen ruimte biedt voor de toepassing van ongeschreven recht. In de civiele feitenrechtspraak die dateert van voor het SNS-arrest van de Hoge Raad is het bestaan van een zorgplicht om te waken tegen overkreditering eerst recent aanvaard. Vgl. V.Y.E. Caria, *GS Onrechtmatige daad VI.4.2.1.1.1-VI.4.2.1.1.2*; B.T.M. van der Wiel & A.M. van Aerde, 'Zorgplichten bij Consumentenkredietverstrekking', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, 2013, p. 535 e.v.
- <sup>28</sup> Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 96-97.
- <sup>29</sup> Stb. 2006/676, p. 181.
- <sup>30</sup> Zie [http://www.mkb-benefits.nl/gedragscode\\_hypothecaire\\_%20financieringen.pdf](http://www.mkb-benefits.nl/gedragscode_hypothecaire_%20financieringen.pdf) respectievelijk <https://www.rabobank.com/nl/images/gedragscode-hypothecaire-financieringen.pdf>. Op de site van de NVB zijn deze versies niet meer te raadplegen. Zie ook Amstelstaete s.t. nr. 2.48.
- <sup>31</sup> Zo ook Amstelstaete s.t. nr. 2.51; E.P. Roelofsen, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:34 Wft, aant. 8.
- <sup>32</sup> Art. 4 lid 1 sub f (oud) Wck.
- <sup>33</sup> Kamerstukken II 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 49.
- <sup>34</sup> Kamerstukken II 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 82.
- <sup>35</sup> Kamerstukken II 1987-1988, 19 785, nr. 7, p. 38.
- <sup>36</sup> Kamerstukken II 1987-1988, 19 785, nr. 7, p. 40.
- <sup>37</sup> Kamerstukken II 1988-1989, 19 785, nr. 12, p. 26.
- <sup>38</sup> E.P. Roelofsen, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:34 Wft, aant. 8.
- <sup>39</sup> Art. 2 onder a RI 2008/48.
- <sup>40</sup> HvJEU 18 december 2014, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262 m.nt. M.R. Mok (CA Consumer Finance SA/Bakkaus en Bonato). Zie ook V. Mak, 'Verplichtingen van kredietgevers jegens consumenten in de precontractuele fase nader bepaald', *AV&S* 2016/13.
- <sup>41</sup> Zie in dit verband E.P. Roelofsen, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:34 Wft, aant. 8.
- <sup>42</sup> Vgl. K.W.H. Broekhuizen & R.E. Labeur, 'Verantwoorde kredietverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2006, afl. 10, p. 251.
- <sup>43</sup> Zoals aangevoerd in de MvG nr. 3.2.
- <sup>44</sup> Vgl. bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2609, rov. 4.6.
- <sup>45</sup> Zie rov. 4.27 van het hofarrest, door de Hoge Raad geciteerd in rov. 3.2.3.
- <sup>46</sup> E.P. Roelofsen, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:34 Wft, aant. 8.
- <sup>47</sup> MvT, Kamerstukken II, 2003-2004, 29507, nr. 9, p. 46.
- <sup>48</sup> Zie vanaf 1 januari 2007 art. 4:23 Wft (adviseur) en art. 3:34 Wft (kredietaanbieder), waarover E.P. Roelofsen, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 4:34 Wft, aant. 8; C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders (R&P nr. CA17) 2017/5.6.4.2*; H.C. Tuinstra & N.M. Giphart, 'Zorgplicht bij hypotheekadvies en hypotheekverstrekking', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2013, afl. 9, p. 294 en 298.
- <sup>49</sup> Vgl. o.a. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/204.
- <sup>50</sup> Voorts beschermt de kredietaanbieder daarmee zijn eigen belang, maar dat kan al voldoende

beschermd zijn door de waarde van het verhypothekerde goed.

<sup>51</sup> Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489 (Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie/Van Lanschot), rov. 3.19 (Het hof is van oordeel dat Van Lanschot in het kader van de op haar rustende onderzoeksplicht naar de kredietwaardigheid van de betreffende cliënten en bij de beoordeling van de door [X.] ingediende financieringsaanvraag mocht afgaan op de door (de betreffende cliënt via) [X.] verstrekte informatie. Het gaat hier dan om de door [X.] verstrekte informatie over de persoonlijke omstandigheden van de betreffende cliënt, de inkomens- en vermogensgegevens, de vaste woonlasten en overige financiële verplichtingen of lasten. Door de Stichting is niets gesteld waaruit zou kunnen volgen dat Van Lanschot had moeten twijfelen aan de juistheid en volledigheid van de aan haar verstrekte informatie. Op Van Lanschot rustte dan ook geen verplichting, buiten [X.] om, aan de betreffende cliënten zelf (aanvullende) informatie te verzoeken.)

<sup>52</sup> Vgl. Hof Amsterdam 11 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1279, rov. 3.6 (bank mocht volstaan met het opvragen van een salarisspecificatie en een salarisstroom.); Rb Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, rov. 4.7 (ELQ mocht uitgaan van de juistheid van de door [eiser] in de eigen verklaring verstrekte informatie over zijn inkomen); Rb Noord-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3006, rov. 4.18 (Friesland Bank mocht afgaan op de door [X] c.s. ter zake verstrekte informatie); Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, rov. 4.4 (voldaan is aan artikel 4:34 Wft, wanneer, in relatie tot een overeenkomst doorlopend geldkrediet, de kredietwaardigheid is getoetst door middel van een uitdraai van de BKR-registratie en de verstrekking van de salarisstroken).

<sup>53</sup> Vgl. daarover Rb. Dordrecht 23 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM9737 (Voor FGA was er geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van de mondeling door [gedaagde] verstrekte gegevens - zij had immers toegezegd dat zij deze kon onderbouwen met schriftelijke stukken die zij later zou inleveren - mocht FGA er op vertrouwen dat de door [gedaagde] verstrekte gegevens juist waren.). Vgl. echter ook Hof Arnhem 5 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA8409, JA 2007/127 m.nt. M.W. Scheltema (in de omstandigheden van dit geval moest de kredietaanbieder een bewijsstuk van het inkomen opvragen). Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2002, ECLI:NL:GSHE:2002:AI1696, NJ 2003/434, rov. 7 (in de volgende noot geciteerd).

<sup>54</sup> Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2002, ECLI:NL:GSHE:2002:AI1696, NJ 2003/434, rov. 7, over art. 28 WCK (Een op de praktijk afgestemde uitleg van deze verplichting houdt in, dat de kredietverschaffer in beginsel kan volstaan met de overlegging te verlangen van bescheiden waaruit van die kredietwaardigheid kan blijken. Van de kredietverschaffer kan niet worden verlangd, ook al in verband met beperkingen welke ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn gesteld aan het verwerven van informatie betreffende inkomen en vermogen, dat hij daarnaast, ter verificatie van de aangereikte bescheiden, onderzoek doet naar de financiële situatie van de aanvrager en in beginsel behoeft hij evenmin verdacht te zijn op vervalsing van de aangereikte bescheiden.); Rb. Rotterdam 15 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1302.

<sup>55</sup> De uitspraak verwijst naar de regelingen van huurkoop (art. 7A:1576 (oud) BW) en consumentenkrediet (in de WCK respectievelijk art. 7:73 lid 2 BW).

<sup>56</sup> HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477 m.nt. J. Hijma, rov. 3.4.3.

<sup>57</sup> Het subonderdeel bevat ook de klacht dat het oordeel rechtens onjuist is, maar werkt dat verder niet uit, zodat in de rechtsklacht onbesproken laat.

<sup>58</sup> MvG nrs. 3.36-3.43; pleitnota d.d. 6 april 2017 nrs. 25-30. Zie ook het p.-v. van de zitting van 6 april 2017, blad 2, 10e en 11e gedachtestreepje.

<sup>59</sup> MvA nr. 2.26-2.28; pleitnota d.d. 6 april 2017 nr. 6 p.-v. van de zitting van 6 april 2017, blad 3, 2e en 6e gedachtestreepje.

<sup>60</sup> S.t. Amstelstaete nr. 2.111 en 2.135. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. J. Hijma, rov. 4.3.2 (Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten.).

<sup>61</sup> Vgl. HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 m.nt. C.E. du Perron, rov. 3.5

(Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger, voldoende zekerheid — die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn — heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen.). Hierop wijst ook de s.t. [verweerder 1] nr. 20.

---