

ECLI:NL:HR:2017:1107

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	16-06-2017
Datum publicatie	16-06-2017
Zaaknummer	16/01941
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2017:223 , Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2015:9922 , (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Financieel recht. Aansprakelijkheid kredietaanbieder voor mogelijke overkreditering in periode 1999-2003; ongeschreven recht. Hypothecair krediet verstrekt in verband met door een derde verstrekt advies om te beleggen met overwaarde woning. Bijzondere zorgplicht bank. Onderzoeksplicht en informatieplicht, vraag of consument lasten kon voldoen uit inkomen of vermogen. Aan belegging verbonden risico's, waarschuwingsplicht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

16 juni 2017

Eerste Kamer

16/01941

TT/AS

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

SNS BANK N.V.,
gevestigd te Utrecht,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,

t e g e n

STICHTING GEDUPEERDEN OVERWAARDECONSTRUCTIE W&P,
gevestigd te Boekel,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. B.I. Kraaijpoel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als SNS en de Stichting.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 299865 / HA ZA 11-95 van de rechtbank te Utrecht van 25 mei 2011 en 11 april 2012;
- b. het arrest in de zaak 200.110.332 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 december 2015.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft SNS beroep in cassatie ingesteld. De Stichting heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt in het principale cassatieberoep en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging.

De advocaat van SNS heeft bij brief van 31 maart 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1. Kort gezegd gaat het om het volgende.

(i) De Stichting heeft blijkens haar statuten tot doel het behartigen van de gelijksoortige belangen van (voormalige) klanten van [A] B.V., later genaamd [B] B.V. en weer later [C] B.V. (hierna: [A]) die schade hebben ondervonden van de door [A] geadviseerde financiële constructies. De Stichting heeft de vorderingen van 171 van deze klanten aan zich laten cederen.

(ii) [A] hield zich bezig met het verlenen van bemiddeling bij het tot stand komen van verzekerings- en financieringsovereenkomsten en het verstrekken van pensioenadviezen.

(iii) [A] is op 20 januari 2009 failliet verklaard.

(iv) Bij brief van 6 mei 2009 heeft de Stichting aan SNS mededeling gedaan van de hiervoor onder (i) bedoelde cessies. Daarnaast is SNS in deze brief gesommeerd om over te gaan tot vergoeding van de schade. In dat verband heeft de raadsman van de Stichting onder meer geschreven:

"[A] heeft in het verleden op uitgebreide schaal vermogensadviesdiensten verricht voor derden, waaronder cliënten van [de Stichting]. [A] deed dit door middel van het verstrekken van/adviseren tot financiële constructies, zogenaamde 'financiële plannen'. Een aantal van die plannen zijn door middel van uw instelling gefinancierd; de middelen die door het aangaan van deze financiële plannen werden verkregen, werden gebruikt voor het doen van beleggingen.

De uitkomsten van deze – als lange termijn plannen gepresenteerde – financiële constructies bleken al vrij snel desastreus, als gevolg van fouten, c.q. systeemfouten, in het plan en de aard en omvang van de beleggingen. Ten gevolge van een en ander, hebben de (voormalige) cliënten van [A] schade geleden.

Voor zover de financiële plannen werden uitgevoerd met behulp, althans medeweten, van uw instelling, c.q. gefinancierd door middel van leningen bij uw instelling, houdt cliënte uw instelling (hoofdelijk voor het geheel) aansprakelijk voor de door de desbetreffende gedupeerden geleden schade. De stichting baseert deze aansprakelijkheid onder andere, doch niet uitsluitend, op de wet op het financieel toezicht, c.q. de wet financiële dienstverlening en zijn voorgangers, alsmede de bijzondere zorgplicht die blijkens wet en jurisprudentie op financiële instellingen als de uwe rust."

(v) SNS heeft aansprakelijkheid afgewezen.

(vi) SNS heeft op 17 februari 2004 een brief gezonden aan degenen die bij haar een hypothecaire geldlening hadden afgesloten als onderdeel van het advies dat door [A] was gegeven. In de brief is het volgende vermeld:

"Van [de voorzitter van de Stichting] hebben wij uw naam gekregen. Wij hebben begrepen dat u met ons wilt praten over uw financiële situatie, in het bijzonder uw hypothecaire verplichtingen aan ons. Vanzelfsprekend gaan wij op dit verzoek in, zoals dat ook gebruikelijk is als een verzoek tot een gesprek aan ons wordt gericht."

(vii) Op 11 oktober 2005 heeft de Stichting aan SNS een fax gestuurd waarin het volgende is vermeld:

"De klachten hebben onder meer betrekking op:

* te risicovolle financiering (relatie inkomen bruto/nettoschuld gaat doorgaans boven algemeen aanvaarde verstrekkingnormen);

(...)

U dient er echter wel rekening mee te houden dat wij (ondanks de geboden compensatie) de rechtmatigheid van het handelen van de SNS dan juridisch gaan laten toetsen."

3.2.1 In dit geding vordert de Stichting, voor zover in cassatie van belang, verklaringen voor recht zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.3, die ertoe strekken dat SNS heeft gehandeld in strijd met op haar rustende zorgplichten, en veroordeling van SNS tot vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat.

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het heeft voor recht verklaard dat SNS heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Stichting ten aanzien van een aantal in het dictum van zijn arrest met name genoemde betrokkenen. Het heeft SNS veroordeeld tot vergoeding van de door de Stichting, als cessionaris van de genoemde betrokkenen, geleden schade als gevolg van het onrechtmatig handelen, op te maken bij staat.

3.2.3 Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

"4.25 Het hof oordeelt als volgt. De primair aan SNS Bank verweten gedraging - het nalaten om de betrokkenen te behoeden voor overkreditering - dient beoordeeld te worden aan de hand van de ten tijde van de verstrekking van de hypothecaire geldleningen geldende

normen en regelgeving. Van een voldoende uitgewerkt wettelijk kader was in die periode nog geen sprake. In een dergelijk geval zijn beslissend de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedraging of nalatigheid. Op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, rust op banken een bijzondere zorgplicht jegens haar cliënten en derden met wier belangen zij rekening behoort te houden. De maatschappelijke functie van banken brengt een (bijzondere) zorgplicht met zich waarvan de omvang afhankelijk is van de omstandigheden van het geval (vergelijk HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR: 1998:ZC2536, NJ 1999, 285).

Op banken rust tegenover consumenten een zorgplicht die strekt tot bescherming tegen onverantwoorde financiële risico's. Deze zorgplicht vloeit voort uit de maatschappelijke positie van deze dienstverleners in samenhang met hun professionele deskundigheid. Zij strekt ertoe consumenten te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. De zorgplicht beheerst niet alleen de contractuele relatie van de financiële dienstverlener met zijn cliënten, maar ook de precontractuele relatie met potentiële cliënten. De inhoud en reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de betrokken rechtsverhouding, het bijzondere risico van het desbetreffende product of de dienst, de eventuele deskundigheid en relevante ervaring van de particuliere cliënt, en diens inkomens- en vermogenspositie. Dit maakt dat de kredietgever bij het aangaan van de kredietovereenkomst voldoende informatie moet inwinnen over de (financiële) situatie van de consument. Op basis van de ingewonnen informatie zal moeten worden beoordeeld of het verantwoord is het krediet te verstrekken. Daarnaast moet de kredietgever voldoende informatie verstrekken, zodat de consument in staat is te beoordelen wat het krediet inhoudt en wat de bijbehorende risico's zijn.

- 4.26 Een kredietgever heeft derhalve een zelfstandige verplichting om, voordat zij tot verstrekking van een hypothecaire geldlening overgaat, te onderzoeken of een consument de financiële lasten verbonden aan de hypothecaire geldlening kan dragen, zodat overkreditering kan worden voorkomen. Hiertoe zal de kredietgever een inkomens- en vermogenstoets dienen uit te voeren, zodat bepaald kan worden of de beoogde te verstrekken hypothecaire geldlening betaalbaar is. Deze zorgplicht dient in beginsel te worden onderscheiden van de zorgplicht om te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het bestedingsdoel.
- 4.27 Vaststaat dat SNS Bank met geen van de betrokkenen voorafgaand aan de verstrekking van de hypothecaire geldlening rechtstreeks contact heeft gehad. Alle contacten verliepen via [A]. Voordat SNS Bank de hypotheekofferte uitbracht beschikte zij, naar eigen zeggen, over de volgende documenten: een hypotheekaanvraag, loonstrook, taxatierapport van de woning, de uitslag van de BKR-toetsing en een werkgeversverklaring (...), alsmede (althans meestal) over een door [A] opgesteld document (...) waarin op één A4 de financieringsconstructie was samengevat ((...), hierna: het [A] A4-tje). In sommige gevallen beschikte SNS Bank (...) ook nog over een brief van [A] gericht aan de participant, waarin het onttrekkingschema aangaande het beleggingsdepot was opgenomen.
- 4.28 In weerwoord op de stellingen van de Stichting over het jaarlijks benodigde geprognosticeerde rendement van 8% van de aandelenportefeuille gedurende de hele looptijd van de hypothecaire lening, heeft SNS Bank aangevoerd en tijdens het pleidooi in hoger beroep nog nader toegelicht, dat zij bij de beoordeling aangaande de verstrekking van de hypothecaire geldlening niet heeft gerekend met een rendement van 8%, maar dat zij een andere methodiek heeft gehanteerd. Deze methodiek bestaat uit twee stappen. Als eerste stap heeft SNS Bank naar het inkomen gekeken en vervolgens werd (als tweede stap) gekeken of iemand afhankelijk was van vermogen om de hypotheeklasten te kunnen dragen. Indien een hypotheekgever mede afhankelijk was van de waarde en het rendement van de belegging, heeft zij vervolgens vastgesteld in welke mate sprake is van een onttrekkingsnoodzaak. Uitgaande van die methodiek zijn de daaraan te ontlene gegevens door een computerprogramma van SNS Bank uitgerekend op grond waarvan

tot het doen van een hypotheekofferte is overgegaan. Volgens SNS Bank is deze gehanteerde denkwijze neergelegd in (...) overzichten per betrokkene. Deze overzichten zijn in het kader van onderhavige procedure, dus achteraf, opgemaakt. Print-outs (of vastlegging op een andere fysieke drager) van de door de computer destijds gemaakte berekening en de daarbij gehanteerde toetsingscriteria zijn - zo gaf SNS Bank desgevraagd tijdens het pleidooi aan - niet (meer) aanwezig.

- 4.29 Niet in geschil is dat SNS Bank geen invloed of bemoeienis heeft gehad met het bestedingsdoel van de betrokkenen. Betrokkenen sloten immers allen een hypothecaire geldlening af als onderdeel van de door [A] geadviseerde financieringsconstructie. De betaalbaarheid van de door SNS Bank verstrekte hypothecaire geldlening was echter afhankelijk van de rendementen van de door [A] geadviseerde beleggingsconstructie. In dat geval is het bestedingsdoel een omstandigheid die een rol gaat spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van verantwoorde kredietverstrekking. De omstandigheid dat tussen de betaalbaarheid van de (op zichzelf gezien relatief eenvoudig te doorgronden) hypothecaire geldlening enerzijds en de rendementen van de door [A] geadviseerde beleggingsconstructie anderzijds een verband bestond, maakt dat de verstrekking van de hypothecaire geldlening hiervan niet los gezien kan worden.
- 4.30 Uit de overgelegde overzichten per betrokkene (...) volgt dat ten tijde van de verstrekking geen van de betrokkenen op grond van zijn inkomen de financieringslasten van de hypothecaire (aflossingsvrije) geldlening kon betalen. Daarbij gaat het niet alleen om de maandelijkse rentebetalingen, maar ook om de verschuldigde premies van de door SNS Bank verlangde kapitaalverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen. Dat wil zeggen dat SNS Bank, gelet op haar intern gehanteerde twee stappen-methodiek, vervolgens een vermogenstoets heeft uitgevoerd. SNS Bank heeft echter onvoldoende inzicht gegeven betreffende de vraag op welke wijze zij deze vermogenstoets heeft uitgevoerd. De enkele mededeling, gegeven tijdens het pleidooi van 30 september 2015, dat de overzichten per betrokkene (...) de denkwijze van de destijds uitgevoerde toets weergeeft, is daartoe onvoldoende. De overzichten zijn immers gebaseerd op meer gegevens dan SNS Bank ten tijde van het doen van de offerte had en zoals SNS Bank heeft aangegeven pas lang na de hypotheekverstrekking aan betrokkenen, ten behoeve van de onderhavige procedure, opgesteld.
- SNS Bank heeft daarmee haar stelling dat het op grond van de door haar uitgevoerde inkomens- en vermogenstoets verantwoord was de hypothecaire leningen te verstrekken niet voldoende onderbouwd.(...)
- 4.31 Het hof acht daarbij van belang dat SNS Bank juist ook heeft aangevoerd dat zij geen kennis ervan droeg of het [A] A4-tje op de wijze zoals aan SNS Bank gepresenteerd, door de betrokkene is opgevolgd of niet. Dit terwijl in ieder geval reeds op grond van het [A] A4-tje duidelijk voor SNS Bank was of had kunnen zijn, dat het advies van [A] (mogelijk) van invloed zou kunnen zijn op de vermogenspositie van de betrokkene. Een (diepgaand) onderzoek naar het advies van [A] was daarvoor niet nodig.
- Dat wil zeggen dat bij deze stand van zaken het hof niet kan beoordelen op welke wijze de door SNS Bank (volgens haar zeggen) uitgevoerde vermogenstoets kon rechtvaardigen dat zij de lasten voortvloeiend uit de geoffreerde hypothecaire geldlening voor alle betrokkenen verantwoord achtte, terwijl als onvoldoende betwist vaststaat dat ten tijde van de verstrekking geen van de betrokkenen op grond van zijn inkomen de financieringslasten van de hypothecaire (aflossingsvrije) geldlening kon betalen. Vaststaat dat SNS Bank niet meer over het gehanteerde computerprogramma beschikt of over andere gegevensdrager waardoor de (volgens haar) uitgevoerde vermogenstoets inzichtelijk kan worden gemaakt. Ook de betrokkenen hebben - op instigatie van de Stichting - SNS Bank (tot tweemaal toe) schriftelijk gevraagd om hen de door SNS Bank destijds gehanteerde inkomens- en vermogenstoets toe te zenden. Dit is niet gebeurd. Ook aan herhaalde verzoeken van de Stichting om toezending hiervan heeft SNS Bank geen gehoor gegeven. In dat licht gezien is het hof van oordeel dat het bewijsaanbod van SNS Bank op dit punt

onvoldoende concreet is, zodat dit zal worden gepasseerd. Het door de Stichting verzochte bevel tot overleggen van bescheiden kan op grond van het voorgaande daarom onbesproken blijven.

4.32 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het ervoor moet worden gehouden dat SNS Bank niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Deze zorgplicht bestond eruit om op een voldoende inzichtelijke wijze te toetsen of de geoffreerde hypothecaire geldleningen verantwoord waren voor de betrokkenen, waardoor het risico op overkreditering voorkomen had kunnen worden. Door dit niet te doen heeft SNS Bank onrechtmatig jegens de betrokkenen gehandeld. (...)

4.33 Uit het voorgaande volgt ook dat aan beoordeling van het verwijt van de Stichting aan SNS Bank dat zij niet heeft voldaan aan haar waarschuwingsplicht, niet wordt toegekomen, nu SNS Bank niet aan de aan de waarschuwingsplicht voorafgaande zorgplicht, de onderzoeksplicht, heeft voldaan. Eerst nadat per betrokkene is vastgesteld (zie ook hierna) in welke mate de verstrekte hypothecaire geldlening als onverantwoord kan worden beschouwd, kan worden beoordeeld of schending van de waarschuwingsplicht heeft plaatsgevonden. (...)

Schade

(...)

4.36 Het hof is van oordeel dat de Stichting de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt, zodat naar de schadestaatprocedure zal worden verwezen. Het hof acht voldoende aannemelijk dat de betrokkenen in het geval van overkreditering de hypothecaire lening niet waren aangegaan, zodat de mogelijkheid dat door het verstrekken van de hypothecaire geldlening schade bij hen is ontstaan voldoende aannemelijk is. Het hof passeert het bezwaar van SNS Bank dat de toelichting van de Stichting op de aard van de schade tardief is. Het hof is van oordeel dat de toelichting op de aard van de schade als een uitwerking moet worden beschouwd van de in hoger beroep op consistente wijze ingenomen stelling van de Stichting dat het primair gemaakte verwijt aan SNS Bank overkreditering is en dat SNS Bank aansprakelijk is voor de schade die daarvan het gevolg is. Anders dan SNS Bank lijkt te beweren, is dat dus niet de schade die betrokkenen hebben geleden als gevolg van tegenvallende resultaten van hun door [A] geadviseerde beleggingen. Van het ontbreken van een belang van de Stichting is dan ook geen sprake.

4.37 In de schadestaatprocedure zal voor de vaststelling van de schade per betrokkene gekeken moeten worden wat op het moment van aangaan, op grond van de inkomens- en vermogenspositie en de verdere relevante factoren, zoals leeftijd, redelijke voorwaarden waren waaronder het destijds verantwoord was de hypothecaire geldleningen aan te bieden in vergelijking met de in werkelijkheid verstrekte hypothecaire geldleningen. Gelet op de betwistingen over en weer van de gehanteerde berekeningswijze van de in het geding gebrachte tabellen per persoon ligt het in de rede om daarvoor een deskundige te benoemen. In de gevallen dat de betrokkene redelijkerwijs op grond van de relevante (financiële) factoren de financiële lasten van de hypothecaire geldlening niet zou hebben kunnen dragen, zal moeten worden uitgegaan van voorwaarden waarbij dit wel het geval zou zijn geweest, waarbij in het uiterste geval mogelijk tot de conclusie had moeten worden gekomen dat er helemaal geen verstrekking van een hypothecaire geldlening zou moeten hebben plaatsgevonden omdat de daaraan verbonden lasten voor de betrokkene onverantwoord zouden zijn geweest, in de zin dat de verstrekking aan de betrokkene had moeten worden ontraden. De schade bestaat uit de rente en kosten die gerelateerd zijn met het bedrag aan de hypothecaire geldlening dat meer is dan volgens de destijds geldende normen, 4 tot 5 keer het brutojaarinkomen (dan wel 36% daarvan), verleend had mogen worden. Een en ander gecorrigeerd met de inmiddels reeds gedane compensaties.

Het hof is van oordeel dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Het gaat hier immers om schending van een norm (de zorgplicht te waken voor overkreditering) die strekt tot bescherming tegen de schade zoals de betrokkene die heeft geleden. Het verdere debat over onderwerpen als

causaliteit, eigen schuld en matiging kunnen nader in de schadestaatprocedure worden gevoerd.

Ontvankelijkheid Stichting in het kader van artikel 3:305a BW

4.38 Met de vaststelling dat de betrokkenen hun vorderingen op SNS Bank rechtsgeldig hebben gecedeerd aan de Stichting wordt niet meer toegekomen aan grief IV in het incidenteel hoger beroep die zich keert tegen de stelling van de Stichting dat zij op kan treden als een collectieve belangenorganisatie in de zin van artikel 3:305a BW. Hierop is de subsidiaire grondslag van de vordering van de Stichting gebaseerd, waaraan echter niet meer wordt toegekomen nu de vordering van de Stichting reeds op de primaire grondslag zal worden toegewezen.”

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

Onderdeel 1

4.1 Onderdeel 1 betoogt dat het hof in rov. 4.25 en 4.26 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat SNS ten tijde van de verstrekking van de hypothecaire geldleningen gehouden was om ter voorkoming van overkreditering een inkomens- en vermogenstoets uit te voeren. Een dergelijke verplichting bestond destijds niet, aldus het onderdeel. Het onderdeel klaagt voorts dat het hof onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat het met het “voorkomen van overkreditering” bedoelt.

4.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat de hypothecaire leningen in dit geval zijn verstrekt in de periode 1999-2003 (vgl. rov. 4.1 van het bestreden arrest). In deze periode bestond nog geen specifieke regelgeving ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet. Onderzocht moet dan ook worden of hypothecair kredietverleners naar ongeschreven recht destijds gehouden waren te waken tegen overkreditering van consumenten. In dat verband is het volgende van belang.

4.2.2 Begin 2004 is in het voorstel van wet met betrekking tot de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd) een regeling opgenomen ter voorkoming van overkreditering (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 507, nr. 2, met betrekking tot art. 51 Wfd). De per 1 januari 2006 in art. 51 Wfd, en vervolgens in art. 4:34 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), neergelegde normen ter voorkoming van overkreditering van de consument, waren in de periode 1999-2003 echter al in ontwikkeling, waarbij de aandacht van de wetgever aanvankelijk in het bijzonder uitging naar consumentenkrediet.

4.2.3 In art. 28 (oud) van de Wet op het consumentenkrediet (Stb. 1990/395) was bepaald dat de kredietgever onder omstandigheden diende te beschikken over genoegzame inlichtingen aangaande de kredietwaardigheid van degene voor wie het krediet werd aangevraagd. In de parlementaire geschiedenis van deze wet is erop gewezen dat de aanbieder van krediet aandacht ervoor dient te hebben dat het nemen van krediet door de consument kan leiden tot problematische schuldsituaties (Kamerstukken II, 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 23-24). De Wet op het consumentenkrediet had dan ook mede ten doel consumenten te beschermen tegen overkreditering (vgl. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, rov. 3.4.3).

4.2.4 De verstrekking van hypothecair krediet was in de periode 1999-2003 onderwerp van zelfregulering.

In die periode bestond er een Gedragscode Hypothecaire Financieringen die primair was gericht op informatieverstrekking. Uit de versie van 2001 (overgelegd bij memorie van antwoord in principaal appel, productie 29) blijkt dat de hypothecair financier aan de consument onder meer een globale aanduiding diende te geven van de financiële consequenties en kosten die verbonden waren aan of samenhangen met de verkrijging van een hypothecaire financiering. Ook diende de hypothecair financier aan de consument

bepaalde meer specifieke informatie te verschaffen, waaronder (onder omstandigheden) een hypotheeklastenberekening. Begin 2007 is de Gedragscode aangescherpt ter invulling van de open wettelijke norm over verantwoorde kredietverstrekking (zie de antwoorden van de minister van Financiën van 18 september 2008 op Kamervragen, Aanhangsel Handelingen II, 2008-2009, 133-134).

- 4.2.5 Zoals het hof terecht heeft vooropgesteld, brengt de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht mee, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. (Vgl. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285.) De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd (vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 ([De T.]/Dexia), rov. 4.11.5).
- 4.2.6 Het moet voor banken ook in de periode 1999-2003 duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige (financiële) problemen konden komen, ook in geval van hypothecair krediet. Een kredietverlenende bank is als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen.
- 4.2.7 Op grond van het hiervoor overwogene bracht de bijzondere zorgplicht van de bank, ook in de periode 1999-2003, mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen. De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer de bevestiging daarvan.
- 4.2.8 Indien uit het onderzoek van de bank bleek dat de consument de aan de hypothecaire lening verbonden lasten niet (geheel) uit zijn inkomen zou kunnen voldoen, diende de bank na te gaan of de consument de lasten voor het overige met voldoende zekerheid zou kunnen en willen voldoen uit zijn vermogen. In dat geval diende rekening te worden gehouden met inteereffecten. 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, diende de bank naast de veronderstelde opbrengsten ook de risico's van de belegging in haar onderzoek te betrekken.
- 4.2.9 De zorgplicht van de bank om te waken tegen overkreditering bracht verder mee dat de bank 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 destijds geldende inzichten over verantwoorde kredietverstrekking. De zorgplicht van de bank strekte in de bewuste periode echter in beginsel niet zover dat zij met het oog op de belangen van de consument het verstrekken van het hypothecaire krediet in een geval van (dreigende) niet-verantwoorde kredietverstrekking behoorde te weigeren indien de consument – na door de bank op de hiervoor omschreven wijze adequaat te zijn voorgelicht of gewaarschuwd – ervoor koos de hypothecaire lening (toch) aan te gaan.

4.3 Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de rechtsklacht van het onderdeel faalt, omdat het hof van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan. De motiveringsklacht van het onderdeel mist

naast onderdeel 2 zelfstandige betekenis.

Onderdeel 2

4.4.1 Onderdeel 2 komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 4.25 tot en met 4.33 van het bestreden arrest dat SNS niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Onderdeel 2a betoogt dat het hof heeft miskend dat de schending van de onderzoeksplicht op zichzelf geen onrechtmatige daad van SNS oplevert. Daarvoor is vereist dat komt vast te staan dat als gevolg van het nalaten van onderzoek sprake is geweest van overkreditering. Het hof had de beslissing over de laatstgenoemde kwestie daarom in zijn rov. 4.37 niet naar de schadestaatprocedure mogen verwijzen, aldus het onderdeel.

4.4.2 Deze klacht is gegrond. De op de bank rustende bijzondere zorgplicht strekt ter voorkoming van overkreditering (zie hiervoor in 4.2.1-4.2.9). Het onderzoek dat de bank moet verrichten naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument is geen zelfstandige verplichting, maar een middel om eventuele overkreditering te kunnen vaststellen. Het hof had daarom niet in het midden mogen laten of naar de destijds geldende normen ten aanzien van de betrokken consumenten overkreditering heeft plaatsgevonden, en had de beoordeling van deze kwestie niet naar de schadestaatprocedure mogen verwijzen.

4.5.1 Onderdeel 2b voert aan dat het hof in rov. 4.30-4.31 zonder afdoende motivering heeft geoordeeld dat SNS niet op voldoende inzichtelijke wijze heeft getoetst of de geoffreerde hypothecaire geldleningen verantwoord waren voor de betrokkenen, en dat SNS haar stellingen op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd. Onderdeel 2c voegt daaraan toe dat het hof ten onrechte niet heeft vastgesteld op welke wijze en aan de hand van welke normen SNS de inkomens- en vermogenstoets had moeten uitvoeren. Onderdeel 2d klaagt over hetgeen het hof (in rov. 4.31) heeft overwogen met betrekking tot de kennis van SNS van het '[A] A4-tje' (zie rov. 4.27 van het bestreden arrest, hiervoor in 3.2.3 aangehaald). Onderdeel 2e is gericht tegen de overweging van het hof in rov. 4.28 dat SNS in het kader van de inkomens- en vermogenstoets niet heeft gerekend met een rendement van 8%.

4.5.2 De klachten van deze onderdelen behoeven geen behandeling. De bestreden oordelen van het hof bouwen immers voort op zijn oordeel dat het nalaten onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de betrokken consumenten een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert, onafhankelijk van de vraag of sprake was van overkreditering. Dat oordeel wordt door onderdeel 2a met succes bestreden (zie hiervoor in 4.4.2). Het gaat erom of (feitelijk) sprake is geweest van overkreditering. De vragen of daarvan sprake is geweest, of de bank dat bij haar hiervoor in 4.2.7 bedoelde onderzoek had kunnen onderkennen en, bij bevestigende beantwoording, of de bank heeft voldaan aan haar hiervoor in 4.2.8 en 4.2.9 vermelde verplichtingen, dienen na verwijzing te worden beoordeeld.

Onderdeel 3

4.6.1 Onderdeel 3 klaagt dat het hof (in rov. 4.36) onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat het voldoende aannemelijk acht dat de betrokkenen de hypothecaire lening niet zouden zijn aangegaan indien zij erop zouden zijn geweest dat sprake was van overkreditering. Het wijst erop dat het hof (in rov. 4.35) wel het verweer van SNS noemt, inhoudend dat het maar de vraag is of enige waarschuwing van SNS zou zijn opgevolgd, nu [A] en niet SNS de financieel adviseur van de betrokkenen was, maar dat het hof dit verweer niet heeft beoordeeld.

4.6.2 Ook deze klacht behoeft geen behandeling. Het oordeel van het hof dat het voldoende aannemelijk acht dat de betrokkenen de lening niet zouden zijn aangegaan als zij erop zouden zijn geweest dat van overkreditering sprake was, is gegeven in het kader van de beantwoording van de vraag of de Stichting – met het oog op de verwijzing naar de

schadestaatprocedure – de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Dit blijkt ook uit rov. 4.37, waarin het hof voor onderwerpen als causaliteit en eigen schuld naar de schadestaatprocedure verwijst.

Die verwijzing naar de schadestaatprocedure kan, gelet op het slagen van onderdeel 2, echter niet in stand blijven.

De door onderdeel 3 genoemde vraag kan na verwijzing aan de orde komen.

Onderdeel 4

4.7.1 Onderdeel 4 komt met diverse motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof (in rov. 4.37) dat de schade bestaat uit de rente en kosten die gerelateerd zijn aan het bedrag van de hypothecaire geldlening dat meer is dan volgens de destijds geldende normen – 4 tot 5 keer het brutojaarinkomen (dan wel 36% daarvan) – verleend had mogen worden.

4.7.2 Het onderdeel klaagt terecht dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de eerdere – juiste – constatering van het hof dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van overkreditering niet alleen aan het inkomen moet worden getoetst maar ook aan het vermogen. Ook slaagt de klacht dat tussen de genoemde uitgangspunten “4 tot 5 keer het brutojaarinkomen, dan wel 36% daarvan” een zodanig groot verschil bestaat, dat de overweging geen voldoende concrete basis biedt voor het berekenen van de schade.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1 Onderdeel 1 voert aan dat het hof ten onrechte niet de vordering gebaseerd op art. 3:305a BW heeft beoordeeld (rov. 4.38 van het bestreden arrest).

5.1.2 Het hof is ervan uitgegaan dat de bedoelde grondslag van de vordering subsidiair is voorgesteld. Dat oordeel is, mede gelet op de omstandigheid dat deze in het petitum wordt voorafgegaan door het woord “subsidiair”, niet onbegrijpelijk. De klachten van onderdeel 1 kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

5.2.1 Onderdeel 2 komt op tegen rov. 4.33 van het bestreden arrest, waarin het hof oordeelt dat het niet toekomt aan de beoordeling van het verwijt van de Stichting aan SNS dat SNS niet heeft voldaan aan haar waarschuwingsplicht. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat de waarschuwingsplicht mede betrekking heeft op de risico’s van de hypothecaire geldlening, gerelateerd aan het bestedingsdoel. Het wijst erop dat de genoemde overweging niet te rijmen is met het oordeel van het hof (rov. 4.29) dat het bestedingsdoel niet los gezien kan worden van de door SNS verstrekte hypothecaire geldlening.

5.2.2 Zoals het hof heeft overwogen (in rov. 4.29), kan er verband bestaan tussen de vraag of de consument de lasten van de hypothecaire geldlening kon dragen en de wijze waarop de financieringsconstructie door [A] is opgezet. Onder omstandigheden kon hierdoor op SNS een waarschuwingsplicht rusten voor de aan deze constructie verbonden risico’s (zie hiervoor in 4.2.8). Het hof is hieraan niet toegekomen, omdat het de schending van de onderzoeksplicht van SNS als een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond heeft aangemerkt, welk oordeel hiervoor (in 4.4.2) onjuist is bevonden.

De klacht van onderdeel 2 dat het hof aan de stellingen van de Stichting over de waarschuwingsplicht in dit verband niet voorbij had mogen gaan, is dan ook gegrond.

5.3 Onderdeel 3 komt op tegen de door het hof (in rov. 4.37) gegeven maatstaf voor schadeberekening. Het slaagt op de gronden genoemd bij onderdeel 4 in het principaal cassatieberoep (zie hiervoor in 4.7.2).

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 december 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SNS begroot op € 943,93 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

in het incidentele beroep:

veroordeelt SNS in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Stichting begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek en C.E. du Perron, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 16 juni 2017.