

# Zoekresultaat - inzien document

## ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106>

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	19-03-2013
Datum publicatie	22-03-2013
Zaaknummer	HD 200.098.106 T
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Hoofdelijke verbondenheid ouders voor hypothecaire schuld van kinderen (borgtocht). Dwaling en schending zorgplicht. Inhoud van de zorgplicht bij borgtocht.
Wetsverwijzingen	<a href="#">Burgerlijk Wetboek Boek 6</a> <a href="#">Burgerlijk Wetboek Boek 6 228</a>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2013/231 JOR 2013/261 met annotatie van mr. R.I.V.F. Bertrams

## Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.098.106/01

arrest van 19 maart 2013

in de zaak van

1. [Appellante sub 1.],  
2. [Appellant sub 2.],  
beiden wonende te [woonplaats],  
appellanten,  
advocaat: mr. M.J.A.M. Tonnaer te Maastricht,

tegen

1. SNS Bank N.V., voorheen BLG Hypotheekbank N.V.,  
2. Bouwfonds Limburg II N.V.,

3. BLG Hypotheekbank Holding N.V.,  
alle gevestigd te [vestigingsplaats],  
geïntimeerden,  
advocaat: mr. F.P. Richel te Utrecht,

op het bij exploit van dagvaarding van 18 november 2011 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Maastricht gewezen vonnis van 14 september 2011 tussen appellanten - [appellante sub 1.] en [appellant sub 2.] - als eisers en geïntimeerden - SNS Bank, Bouwfonds Limburg en BLG Holding - als gedaagden. Appellanten zullen hierna gezamenlijk in mannelijk meervoud worden aangeduid als [appellanten] c.s. Geïntimeerden zullen hierna gezamenlijk in enkelvoud worden aangeduid als de Bank

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 157543/HA ZA 11-8)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven heeft [appellanten] c.s. 11 grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot alsnog toewijzing van de vorderingen van [appellanten] c.s., met veroordeling van de Bank in de kosten van beide instanties.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft de Bank de grieven bestreden.

2.3. Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. In overweging 2. van het bestreden vonnis heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Deze feiten, voor zover die niet zijn betwist, vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Het hof zal de relevante feiten hierna weergeven.

4.2. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

(i) Op 19 december 2002 heeft de Bank aan [zoon jr.] (zoon van [appellanten] c.s.) en zijn (toenmalige) echtgenote [toenmalige echtgenote] (hierna: [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.]) een offerte uitgebracht voor een hypothecaire geldlening van € 212.000,00 (prod. 3 bij inleidende dagvaarding). Deze offerte was gebaseerd op het advies [adviesnummer] van [tussenpersoon] die de hypotheekaanvraag voor [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] had verzorgd.

(ii) Nadat de Bank was gebleken van een BKR-registratie van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] (in verband met een schuld bij Comfort Card van circa € 2.500,00) en dat [toenmalige echtgenote van zoon jr.] niet over een vaste dienstbetrekking beschikte, heeft de Bank op 5 maart 2003 aan [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] een nieuwe hypotheekofferte uitgebracht (prod. 4 bij inleidende dagvaarding).

In deze offerte is, voor zover van belang, vermeld dat de schuld van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] bij Comfort Card moet worden afgelost, dat [tussenpersoon] dient zorg te dragen voor toezending van het aflossingsbewijs aan de Bank en dat "deze offerte is gebaseerd op het door u geaccepteerde advies [adviesnummer] van [tussenpersoon]".

In de offerte is verder vermeld dat [appellanten] c.s. hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn voor deze geldlening en dat zij de offerte en de hypotheek moesten ondertekenen. Op de laatste bladzijde van de

hypotheekofferte zijn onder het kopje "Akkoord met hoofdelijke aansprakelijkheid:" achter de namen [Appellant sub 2.] sr. en [appellante sub 1.] handtekeningen geplaatst.

(iii) Bij de door beide partijen, [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] ondertekende notariële akte van 21 maart 2003 (prod 1. bij inleidende dagvaarding) hebben [zoon jr.], [toenmalige echtgenote van zoon jr.] en [appellanten] c.s. als "geldnemer" verklaard dat: "aan de geldnemer overeenkomstig een door deze geaccepteerde offerte, met ingang van heden een geldlening is verstrekt van tweehonderd twaalf duizend euro (€ 212.000,00) () welk bedrag hij aan de hypotheekbank wettig - en als er meerdere geldnemers zijn hoofdelijk - schuldig is en waarbij hij zich heeft verplicht tot het vestigen ten behoeve van de hypotheekbank van recht van hypotheek ()."

Blijkens de akte hebben [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] verklaard tot het totaalbedrag van € 362.500,000 recht van hypotheek te verlenen op het door hen in eigendom verkregen woonhuis aan de [perceel] te [plaatsnaam].

Onderaan de akte is vermeld: "De inhoud van de akte is aan de comparanten opgegeven en toegelicht. De comparanten hebben verklaard tijdig voor het verlijden een conceptakte te hebben ontvangen, van de inhoud van de akte te hebben kennis genomen, met deze inhoud in te stemmen en op volledige voorlezing van de akte gen prijs te stelen."

(iv) [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] zijn op 16 mei 2007 in staat van faillissement verklaard. De Bank heeft voormelde verhypothekerde woning op 23 juni 2008 executoriaal verkocht, waarna uit hoofde van de hypothecaire geldlening een aan de Bank te betalen schuld resteerde van € 74.773,29.

(v) De Bank heeft op 20 september 2010 de grosse van de hypotheekakte van 21 maart 2003 aan [appellanten] c.s. doen betekenen met bevel binnen twee dagen voormelde restantschuld te betalen onder aankondiging van de tenuitvoerlegging van de executoriale titel door inbeslagneming (prod. 2 bij inleidende dagvaarding). Op 1 oktober 2010 is door BLG executoriaal beslag gelegd.

(vi) Bij brief van 17 november 2010 heeft de instrumenterende notaris mr. [notaris] aan de Bank medegedeeld dat hij [appellanten] c.s. bij het ondertekenen van de akte op 21 maart 2003 heeft gewezen op de risico's die aan de hoofdelijkheid waren verbonden (prod. 1 bij conclusie van antwoord). Deze brief houdt het volgende in:

"Op 20 maart werd het laatste concept tevens aan de tussenpersoon gezonden. Noch van de bank noch van de tussenpersoon hebben wij bericht ontvangen dat de opgestelde akte niet conform de instructie, danwel het met cliënten overeengekomene, is opgesteld. ()

Gezien het feit dat niet alle schuldenaren ook de eigenaren van het onderpand zijn, is een aspect dat bij ons op kantoor ten allen tijde uitdrukkelijk bij het ondertekenen van de akte aan de orde komt.

Het immers voor de personen zelf ook opvallend dat iemand die niet eigenaar van een woning is toch voor de hypotheekakte dient te ondertekenen. Dat vergt toelichting en de notaris is een van de partijen die die toelichting geeft ().

Daarbij wijzen wij hen natuurlijk op de bijkomende risico's immers het risico ligt bij meer personen dan de eigenaar zelf.

Zelfs als er bij ons kantoor een echtpaar aan tafel zit voor de ondertekening van de hypotheekakte die beiden eigenaar van het onderpand zijn, wijs ik hen op het hoofdelijke aansprakelijkheidsaspect. Immers ook in die gevallen zijn zij beiden hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schuld(en) waarvoor in de hypotheekakte zekerheid wordt verstrekt.

Voor wat betreft dat aspect (hoofdelijkheid) is de situatie voor de familie [appellanten] en de handelwijze op ons kantoor in de kern niet anders dan voor een echtpaar en komt dat aspect bij ondertekening van de akte bij ons op kantoor altijd aan de orde."

4.3. [appellanten] c.s. hebben bij inleidende dagvaarding van 11 oktober 2010, tevens houdende dagvaarding kort geding, de Bank in rechte betrokken en in kort geding gevorderd de Bank te verbieden

de executoriale titel uit hoofde van de hypotheekakte van 21 maart 2003 ten uitvoer te leggen. De voorzieningenrechter van de rechtbank Maastricht heeft bij vonnis van 16 december 2010 de vorderingen van [appellanten] c.s. afgewezen.

4.4. In de onderhavige bodemprocedure vorderen [appellanten] c.s. primair vernietiging van de leningsovereenkomst op grond van dwaling. Subsidiair vorderen zij veroordeling van de Bank tot betaling van een schadevergoeding van € 76.558,29 op grond van een onrechtmatige daad die de Bank jegens hen zou hebben gepleegd door het verzaken van haar zorgplicht.

4.5. Nadat de Bank gemotiveerd verweer had gevoerd, heeft de rechtbank bij het vonnis waarvan beroep het beroep op dwaling en de beweerde schending van de zorgplicht verworpen en de vorderingen van [appellanten] c.s. afgewezen.

4.6. Met de grieven I tot en met IV stellen [appellanten] c.s. opnieuw het beroep op dwaling aan de orde en beroepen zij zich tevens op bedrog bij de totstandkoming van de overeenkomst van geldlening. De grieven V tot en met IX hebben betrekking op de beweerde schending van de zorgplicht en grief X op de schadebeperkingsplicht van de Bank. Grief XI richt zich tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg.

4.7. Het hof zal eerst de rechtsverhouding tussen partijen vaststellen.

Tussen partijen staat vast dat de lening werd afgesloten ten behoeve van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] in verband met de aankoop van een woning. Vaststaat dat de Bank, nadat zij haar eerste aan [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] uitgebrachte offerte niet gestand deed in verband met een BKR-registratie van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] en het feit dat [toenmalige echtgenote van zoon jr.] destijds niet over een vaste dienstbetrekking beschikte, slechts bereid was de geldlening te aan te gaan indien [appellanten] c.s. als "hoofdelijk aansprakelijken" de nieuwe hypotheekofferte en de notariële akte zouden ondertekenen. Uit het voorgaande volgt dat de Bank wist dat de geldlening van € 212.000,000 [appellanten] c.s. niet aanging en dat [appellanten] c.s. zich dus hoofdelijk aansprakelijk stelden voor de schuld van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.]. Dit betekent dat [appellanten] c.s., gelijk zij hebben aangevoerd, als (particuliere) borggen moeten worden aangemerkt. Er is - ongeacht de door partijen gebezigde bewoordingen - reeds sprake van borgtocht als iemand zich verbindt de schuld van een ander te voldoen en hij zich bij de schuldeiser aandient als iemand wie deze schuld zelf niet aangaat. Die situatie doet zich hier voor. Overigens blijkt dat Bank zich blijkens haar brief van 21 oktober 2009 aan [appellanten] c.s. en [zoon jr.] (prod. 7 bij inleidende dagvaarding) kennelijk ook zelf op het standpunt stelt dat [appellanten] c.s. borg hebben gestaan voor de verstrekte hypothecaire geldlening.

dwaling en bedrog

4.8. [appellanten] c.s. stellen dat zij gedwaald hebben bij de ondertekening van de notariële akte doordat zij zich hiermee jegens de Bank onvoorwaardelijk hoofdelijk hebben verbonden voor de hypothecaire schuld van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.]. [appellanten] c.s. stellen dat zij de tweede offerte van de bank van 5 maart 2003, waarin is bepaald dat [appellanten] c.s. zich hoofdelijk aansprakelijk stelden voor de schuld van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.], op basis waarvan de notariële akte is opgemaakt, niet kenden en niet hebben ondertekend en dat deze offerte van valse handtekeningen is voorzien. [appellanten] c.s. gingen uit van de inhoud van de offerte van 19 december 2002, waarbij hen door [tussenpersoon] is voorgehouden dat zij slechts tijdelijk borg zouden moeten staan. [appellanten] c.s. hebben nimmer de intentie gehad om niet uit de hoofdelijkheid te worden ontslagen; zij wilden enkel borg staan voor een korte periode, namelijk tot aan het moment dat [toenmalige echtgenote van zoon jr.] een vaste baan zou krijgen.

[appellanten] c.s. stellen dat zij, in weerwil van het bepaalde in de notariële akte van 21 maart 2003, de conceptakte niet op voorhand van de notaris hebben ontvangen en dat de notaris bij de ondertekening van de akte aan [appellanten] c.s. heeft voorgehouden dat "het slechts voor korte duur" was. [appellanten] c.s. stellen dat zij bij een juiste voorstelling van zaken nimmer deze hypotheekakte hadden ondertekend. [appellanten] c.s. stellen voorts dat de Bank op basis van vervalste stukken is overgaan tot

hypotheekverlening en dat dus ook sprake is van wederzijdse dwaling. [appellanten] c.s. stellen tenslotte dat door het gebruik van die valse handtekeningen de Bank en de notaris (eveneens) bedrogen zijn en dat indien de Bank en de notaris hiervan op de hoogte waren geweest, de akte niet zou zijn gepasseerd.

4.9. Vooropgesteld dient te worden dat een door een particulier aangegane overeenkomst van borgtocht wegens dwaling vernietigbaar kan zijn indien de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming kan worden verplicht, is uitgegaan van een zodanige verkeerde voorstelling van zaken dat hij, indien hij een juiste voorstelling zou hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen (HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759, LJN: AB7632).

4.10. Voor zover [appellanten] c.s. zich beroepen op de dwalingsgronden van artikel 6:228 lid 1 sub a en b BW oordeelt het hof als volgt.

4.10.1 Het beroep op een van deze dwalingsgronden kan alleen slagen indien [appellanten] c.s. bij het aangaan van de overeenkomst een onjuiste voorstelling van zaken hebben gehad die veroorzaakt is door een inlichting van de Bank (sub a) dan wel op de Bank ter zake een mededelingsplicht rustte en zij deze heeft verzaakt (sub b). Uit de door de Bank uitgebrachte eerste offerte van 19 december 2002 noch uit haar tweede offerte van 5 maart 2003 noch uit de door [appellanten] c.s. ondertekende hypotheekakte van 21 maart 2003, tevens houdende de overeenkomst van geldlening, die aan de hand van de tweede offerte is opgemaakt, blijkt dat [appellanten] c.s. zich slechts tijdelijk borg stelden en of dat deze borgstelling zou vervallen op het moment dat [toenmalige echtgenote van zoon jr.] een vast dienstverband zou krijgen. [appellanten] c.s. kunnen zulks bezwaarlijk hebben afgeleid uit de eerste offerte, die zij, aldus [appellanten] c.s., wel kenden. In de eerste offerte is hieromtrent immers in het geheel niets bepaald en was eventuele hoofdelijke aansprakelijkheid van [appellanten] c.s. nog niet aan de orde. Pas nadat de Bank was gebleken van de BKR-registratie van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] en dat [toenmalige echtgenote van zoon jr.] niet over een vast dienstverband beschikte, heeft de Bank aan het verstrekken van de lening de voorwaarde verbonden dat [appellanten] c.s. zich voor de schuld uit hoofde van deze geldlening hoofdelijk moesten verbinden, zoals is neergelegd in de tweede offerte. [appellant sub 2.] stellen weliswaar dat zij deze tweede offerte niet kenden, doch uit de door hen ondertekende hypotheekakte blijkt duidelijk dat [appellanten] c.s. zich hoofdelijk en voor onbepaalde tijd hebben verbonden voor deze schuld. Van onjuiste door de Bank verstrekte inlichtingen of een schending van de mededelingsplicht door de Bank is derhalve geen sprake.

4.10.2 [appellanten] c.s. stellen dat zowel [tussenpersoon] als de instrumenterende notaris mr. [notaris] aan [appellanten] c.s. zou hebben voorgehouden dat "het slechts voor korte duur zou zijn". [appellanten] c.s. hebben echter geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan deze beweerde mededeling als een onjuiste inlichting van de Bank zou moeten worden aangemerkt. Deze beweerdelijke door [tussenpersoon] en de notaris gedane mededeling kan dan ook niet aan de Bank worden tegengeworpen. De conclusie luidt dat het beroep op de dwalingsgronden van artikel 6:228 lid 1 sub a en b BW faalt.

4.11. Wat betreft het door [appellanten] c.s. gedane beroep op wederzijdse dwaling als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub c BW oordeelt het hof als volgt.

Ook als wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van [appellanten] c.s. dat de handtekeningen van [appellanten] c.s. onder de tweede offerte van 5 maart 2003 zijn vervalst, betekent niet dat de Bank heeft gedwaald bij het aangaan van geldleningsovereenkomst op 21 maart 2003. De Bank is in dat geval weliswaar uitgegaan van de onjuiste veronderstelling dat de hypotheekofferte, die als basis diende voor te sluiten overeenkomst van geldlening, door betrokkenen was ondertekend, doch dit geldt niet voor de uiteindelijk door partijen (en [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.]) op 21 maart 2003 ondertekende overeenkomst van geldlening, waarvan [appellanten] c.s. de nietigheid heeft ingeroepen. Deze overeenkomst is immers, gelijk de Bank stelt, op basis van de door Bank opgestelde voorwaarden tot stand gekomen.

Het beroep op de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 sub c BW wordt aldus verworpen.

4.12. Het door [appellant sub 2.] gedane beroep op bedrog is eveneens vruchteloos opgeworpen. Gesteld noch gebleken is dat de Bank [appellanten] c.s. door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling

of door het opzettelijk daartoe verzwijgen van een enig feit [appellanten] c.s. heeft bewogen tot het aangaan van de overeenkomst van geldlening.

4.13. De slotsom luidt dat de grieven I tot en met IV falen. Het door de Bank gedane beroep op verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling behoeft mitsdien geen bespreking.

schending zorgplichten

4.14. [appellanten] c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat de Bank voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst van geldlening haar bijzondere zorgplicht jegens [appellanten] c.s. heeft geschonden, doordat zij [appellanten] c.s. niet heeft gewaarschuwd voor het hieraan verbonden risico dat [appellanten] c.s. hoofdelijk aansprakelijk waren voor de gehele hypotheekschuld van [zoon jr.] en [toenmalige echtgenote van zoon jr.] en dat Bank niet heeft voldaan aan haar zorgplicht informatie in te winnen bij [appellanten] c.s. over hun financiële positie. Volgens [appellanten] c.s. heeft de Bank hierdoor niet voldaan aan het bepaalde in de artikelen 4.23 en 4.34 Wet financieel toezicht (Wft) en artikel 6 lid 4 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF).

De Bank heeft dit gemotiveerd betwist.

4.15. Het hof stelt voorop dat (de artikelen 4.23 en 4.34 van) de Wft ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van geldlening op 21 maart 2003 nog niet in werking was getreden. De vraag of de in deze publiekrechtelijke regelgeving neergelegde (gedrags-)regels van belang zijn voor de bepaling van de inhoud van de op de Bank rustende zorgplicht, behoeft derhalve geen beantwoording. Dit heeft eveneens te gelden voor het door [appellanten] c.s. gedane beroep op artikel 6 lid 4 GHF. Immers eerst in de gedragscode die in 2007 in werking is getreden zijn regels opgenomen ter voorkoming van overkreditering.

4.16. Het voorgaande laat onverlet dat op de Bank als professionele dienstverlener die aan een particuliere persoon financiële diensten aanbiedt een (bijzondere) zorgplicht rust die ertoe strekt hem te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De reikwijdte van deze (bijzondere) zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de desbetreffende wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's, alsmede de regelgeving tot nakoming waarvan een dergelijke dienstverlener is gehouden, met inbegrip van de voor hem geldende (gedrags-)regels.

de waarschuwingsplicht

4.17. Bij een particuliere borgtocht houdt voormelde zorgplicht in ieder geval in dat de Bank de borg indringend en in niet mis te verstane bewoordingen waarschuwt voor de hieraan verbonden risico's. Uit de Parlementaire Geschiedenis (MvA II, Parl. Gesch. InvW Boek 7, pag. 444) en het hiervoor onder 4.9. genoemde arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1990 blijkt dat de particuliere borg, zoals [appellanten] c.s., bijzondere bescherming behoeft omdat hij de overeenkomst van borgtocht veelal niet sluit uit zakelijke motieven maar op grond van zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar. Daardoor ontbreekt bij hem vaak het inzicht dat nodig is voor het beoordelen van de gevolgen van de overeenkomst van borgtocht, en is gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop groot. Aangezien een professionele kredietverstrekker in de regel beter dan de borg zelf in staat is om te beoordelen welk risico de borg loopt dient de professionele kredietverstrekker de borg op juiste wijze voor te lichten over het risico dat aan het aangaan van de overeenkomst van borgtocht verbonden is, aldus de Hoge Raad in voormeld arrest.

4.18. De Bank heeft niet betwist dat zij [appellanten] c.s. voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst van geldlening niet in voormelde zin heeft gewaarschuwd. Daarmee staat in rechte vast dat de Bank voormelde waarschuwingsplicht heeft geschonden. Met betrekking tot de waarschuwingsplicht kan

dan tot uitgangspunt worden genomen dat - zulks in verband met de omstandigheid dat de op de Bank rustende waarschuwingsplicht ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's - [appellanten] c.s. zonder dat tekortschieten van de Bank in deze op haar rustende zorgplicht de overeenkomst niet zouden hebben gesloten en zich aldus niet hoofdelijk zouden hebben verbonden voor de uit de overeenkomst voortvloeiende schuld, althans zich hiervoor niet borg zouden hebben gesteld.

4.19. De Bank heeft echter gesteld dat (par. 4 conclusie van antwoord) de heer [adviseur tussenpersoon] van [tussenpersoon] tijdens een telefonisch contact met de Bank in november 2010 heeft medegedeeld dat het standaardbeleid van [tussenpersoon] is en was dat hoofdelijke aansprakelijken en/of borgen altijd zeer goed gewezen worden op de risico's die verbonden zijn aan het zich verbinden van de schuld van een ander. De Bank heeft voorts gewezen op meergenoemde brief van de instrumenterende notaris mr. [notaris] van 17 november 2010, waaruit, aldus de Bank, blijkt dat bij het ondertekenen van de akte op 21 maart 2003 [appellanten] c.s. ook door de notaris zijn gewezen op de risico's die aan de hoofdelijkheid waren verbonden.

4.20. Het hof overweegt als volgt. Indien de tussenpersoon [tussenpersoon] [appellanten] c.s. voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst van geldlening uitdrukkelijk op voormelde wijze heeft gewaarschuwd voor het hieraan verbonden risico dat zij hoofdelijk aansprakelijk zouden worden voor de gehele hypotheekschuld, kunnen [appellanten] c.s. de Bank niet met vrucht tegenwerpen dat de Bank deze op haar rustende zorgplicht niet zelf is nagekomen. Immers in het geval dat [tussenpersoon] [appellanten] c.s. uitdrukkelijk in voormelde zin hebben gewaarschuwd, kan tot uitgangspunt worden genomen dat [appellanten] c.s. de overeenkomst ook zouden zijn aangaan indien de Bank niet in haar waarschuwingsplicht was tekortgeschoten.

Het vorenstaande heeft in beginsel eveneens te gelden indien en voor zover in rechte komt vast te staan dat de instrumenterende notaris mr. [notaris] [appellanten] c.s. op voormelde wijze heeft gewaarschuwd. Hierbij dient echter in aanmerking te worden genomen dat, naar blijkt uit de brief van mr. [notaris] van 17 november 2010, de notaris [appellanten] c.s. pas op het allerlaatste moment, namelijk bij ondertekenen van de akte op 21 maart 2003, op de risico's zou hebben gewezen. Naar het oordeel van het hof staat de juistheid van de stelling van de Bank dat de notaris [appellant sub 2.] bij het ondertekenen van de akte op 21 maart 2003 [appellanten] c.s. op voormelde wijze zou hebben gewaarschuwd, nog geenszins vast.

4.20. Het verweer van de Bank dat [appellanten] c.s. (in elk geval) door [tussenpersoon] en de instrumenterende notaris mr. [notaris] zijn gewaarschuwd moet worden aangemerkt als een bevrijdend verweer van de Bank, zodat op haar ter zake de bewijslast drukt. De Bank zal gelet op het door gedane bewijsaanbod worden toegelaten tot bewijslevering, zoals hierna in het dictum is vermeld.

de inlichtingenplicht

4.21. [appellanten] c.s. hebben gesteld dat de bijzondere zorgplicht van de Bank tevens inhoudt dat zij voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst van geldlening informatie dienden in te winnen over de financiële positie van [appellanten] c.s. Uit dit onderzoek zou, aldus [appellanten] c.s., zijn gebleken dat zij niet financieel draagkrachtig waren om naast de verplichtingen uit een reeds bestaande hypotheek van [appellanten] c.s., tevens de verplichtingen uit de tweede hypothecaire geldlening te dragen. Volgens [appellanten] c.s. was de Bank, gezien het feit dat [appellanten] c.s. zich hoofdelijk verbonden voor een schuld van hun kinderen, althans zich hiervoor borg stelden, gehouden de financiële positie van [appellanten] c.s. in genschouw te nemen.

4.22. De Bank betwist dat in een geval van een gewone kredietovereenkomst / hoofdelijke aansprakelijkheid ten behoeve van de aankoop van een huis op de bank een bijzondere zorgplicht rust. Een dergelijke bijzondere zorgplicht dragen banken slechts in situatie waarbij de cliënt voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en vermogen, grote financiële risico's loopt, aldus de Bank. Kennelijk subsidiair heeft de Bank gesteld dat zij destijds een onderzoek heeft verricht naar de financiële positie van [appellanten] c.s. en een BKR-toets heeft verricht. Hieruit is de Bank gebleken dat de inkomsten van [appellanten] c.s. bestonden uit een AOW-uitkering van [appellant sub 2.] en inkomsten uit een dienstbetrekking van [appellante sub 1.]. De Bank stelt dat zij in haar beoordeling rekening heeft

gehouden met de aanname dat [appellanten] c.s. niet voor de volledige schuld zouden worden aangesproken, maar slechts voor de restantschuld.

De Bank stelt voorts dat zij ter zake geen stukken meer heeft in haar dossier. Ingevolge artikel 4:34 Wft dient zij deze slechts zeven jaren te bewaren en deze termijn was in 2010 verstreken.

4.23. Alvorens in te gaan op de reikwijdte van de op de Bank rustende onderzoeksplicht naar de financiële positie van hoofdelijk verbonden schuldenaren (voor een schuld van een ander), althans van particuliere borgens, - welke verplichting nauw samenhangt met de waarschuwingsplicht - wenst het hof eerst nader te worden voorgelicht.

Naar het oordeel van het hof ligt het op de weg van de Bank de destijds in 2003 toepasselijke (interne) (gedrags-)regels en (bank-)voorwaarden over te leggen die zij in acht diende te nemen en hanteerde in een geval als het onderhavige waarbij ouders zich als mede-geldnemer hoofdelijk verbinden voor de gehele hypothecaire schuld van hun kind (of kinderen), althans zich hiervoor borg stellen. De Bank zal in de gelegenheid worden gesteld deze informatie bij memorie na enquête over te leggen. De Bank zal daarbij dienen aan te geven in hoeverre zij deze (gedrags-)regels en voorwaarden in dezen heeft gevolgd. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de Bank in beginsel aan de door haar zelf gestelde regels en voorwaarden moet voldoen.

[appellanten] c.s. dienen een met bescheiden onderbouwde berekening over te leggen van hun stelling dat zij destijds niet financieel draagkrachtig waren om naast de verplichtingen uit een reeds bestaande hypotheek van [appellanten] c.s., tevens de verplichtingen uit de tweede hypothecaire geldlening te dragen. Wat betreft de omvang en de samenstelling van hun inkomens- en vermogenspositie zal hierbij uitgangspunt zijn hetgeen daarover is vermeld op een van de belastingdienst te verkrijgen "biljet van een proces", betrekking hebbende op het kalenderjaar waarin de overeenkomst van geldlening is gesloten. [appellanten] c.s. zullen hiertoe bij memorie na enquête in de gelegenheid worden gesteld.

4.24. Het komt het hof geraden voor dat partijen de memorie na enquête gelijktijdig nemen, dat partijen deze memorie echter op voorhand (uiterlijk twee weken voorafgaande aan de roldatum waarop de memorie moet worden genomen) aan elkaar toezenden, zodat over en weer op de inhoud kan worden gereageerd door onder de eigen memorie een beknopte reactie op te nemen.

4.25. De verdere bespreking van de grieven wordt aangehouden in afwachting van de uitkomst van de bewijsopdracht.

## 5. De uitspraak

Het hof:

laat de Bank toe feiten en omstandigheden te bewijzen die de conclusie rechtvaardigen dat [tussenpersoon] en/of de instrumenterende notaris mr. [notaris] [appellanten] c.s. op indringende en in niet mis te verstane bewoordingen heeft/hebben gewaarschuwd voor het aan de onderhavige geldleningsovereenkomst verbonden risico dat [appellanten] c.s. hoofdelijk, althans als borg, aansprakelijk waren voor de gehele hypotheekschuld van € 212.000,00 (rov. 4.20).

bepaalt, voor het geval de Bank bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. S. Riemens als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

verwijst de zaak naar de rol van 2 april 2013 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) op maandagen, dinsdagen en donderdagen in de periode van 6 tot 14 weken na de datum van dit arrest;

bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;



bepaalt dat de advocaat van [appellanten] c.s. tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

stelt beide partijen in de gelegenheid bij memorie na enquête informatie te verschaffen, zoals hiervoor in rov. 4.12. en 4.23. is bepaald;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.Th. Begheyn, S. Riemens en P.M. Arnoldus-Smit en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 19 maart 2013.