

wordt ook bepleit door A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor het hier aan de orde zijnde arrest.⁹

VKP heeft de status van de niet-verbintenisrechtelijke boedelverplichting in cassatie aan de orde gesteld.¹⁰ De Hoge Raad heeft zich echter – en dat is misschien wel het meest opvallende aan dit arrest – niet uitdrukkelijk over deze kwestie uitgelaten. De mogelijke aanwijzingen die het arrest hieromtrent bevat, wijzen bovendien in verschillende richtingen. Zo spreekt de Hoge Raad bij de weergave van het arrest *Koot/Tideman* nog steeds over de (niet-verbintenisrechtelijke) verwijderingsplicht als een ‘boedelschuld’ (zie r.o. 3.4.2). Anderzijds overweegt de Hoge Raad aan het slot van diezelfde rechtsoverweging dat die verwijderingsplicht “rust op de curator in zijn hoedanigheid”. In het arrest *Koot/Tideman* voegde de Hoge Raad daar nog aan toe dat deze verplichting “derhalve een boedelschuld [is]”. Die laatste toevoeging, waarop A-G Rank-Berenschot in haar conclusie nog uitdrukkelijk de aandacht vestigde, ontbreekt nu echter.¹¹

De vraag wat de status is van de niet-verbintenisrechtelijke boedelverplichting, blijft daarmee onbeantwoord. Voor de praktijk is dit een gemis. Het antwoord op deze vraag is namelijk van belang voor de faillissementen waarin sprake is van een negatieve boedel. Vooral nog kan de curator zich in die gevallen met een beroep op het arrest *Koot/Tideman* op het – mijns inziens onjuiste – standpunt blijven stellen dat de niet-verbintenisrechtelijke verplichting een ‘boedelschuld’ vormt en dat er om die reden niet, of slechts ‘pro rata’ aan die verplichting voldaan behoeft te worden. Het laatste woord is over deze kwestie dus nog niet gesproken.

Mr. drs. A.A.J. Smelt

9 Zie de conclusie van A-G Rank-Berenschot van 25 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1196, onder 2.13 t/m 2.20. Vgl. ook de aldaar genoemde verdere literatuur. De genoemde zienswijze wordt niet door iedereen gedeeld. Zo oordeelt de voorzieningenrechter in de onderhavige zaak dat de goederenrechtelijke verplichting van de curatoren van Aldel, wel degelijk een ‘boedelschuld’ vormt. Zie Rb. Noord-Nederland (vzr.) (zittingsplaats Groningen) 1 juli 2014, *JOR* 2015/116, r.o. 4.10 t/m 4.12, waarbij overigens verwezen wordt naar Hof Amsterdam 28 mei 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AD2888, *JOR* 1999/13, *NJ* 2000/741 (*Stigter/Tanger q.q.*). De status van de boedelschuld was van belang omdat de curatoren van Aldel zich in eerste aanleg op het standpunt stelden dat sprake was van een negatieve boedel en dat er, mede gezien een omvangrijke preferente boedelvordering van het UWV, niet aan een eventuele (concurrente) boedelschuld van VKP voldaan zou kunnen worden.

10 Zie de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Rank-Berenschot van 25 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1196, onder 2.22. Overigens blijkt niet of de curatoren van Aldel zich ook nu nog op het standpunt stellen dat sprake is van een negatieve boedel.

11 Zie de conclusie van A-G Rank-Berenschot van 25 november 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1196, onder 2.20.

Financieel recht

Ondernemingsrecht 2017/132

Hoge Raad (Civiele kamer) 16 juni 2017, nr. 16/01941
m.nt. mr. B.T.M. van der Wiel^{1,2}

NJB 2017/1404
RvdW 2017/687
NJ 2017/363
ECLI:NL:HR:2017:1107

Verplichtingen aanbieder hypothecair krediet ten aanzien van overkreditering in periode 1999-2003 op grond van bijzondere zorgplicht. Hypothecair krediet verstrekt in verband met advies van derde om te beleggen met overwaarde woning.

SNS/Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P

1. Feiten

In de periode 1999-2003 heeft een aantal consumenten op advies van financieel adviseur W&P de overwaarde van hun woning belegd. Hiertoe werden de consumenten hypothecair krediet verleend door (onder meer³) SNS. De beleggingen pakten slecht uit. De consumenten hebben zich op het standpunt gesteld dat de adviezen van W&P niet deugden. Zij poogden verhaal te zoeken op W&P via de daartoe opgerichte Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P. Aan deze Stichting hebben 171 consumenten hun vorderingen op W&P gecedeerd.

W&P is op 20 januari 2009 failliet verklaard. Hierna richtte de Stichting haar pijlen op SNS, op de grond dat SNS bij haar betrokkenheid bij de uitvoering van de adviezen van W&P zorgplichtschendingen zou hebben begaan. SNS heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen. Hierop heeft de Stichting deze procedure aanhangig gemaakt.

2. Beslissingen

2.1 Rechtbank en hof

De Stichting heeft gevorderd voor recht te verklaren dat SNS verschillende zorgplichtschendingen heeft begaan, en SNS te veroordelen tot schadevergoeding, op te maken bij staat.

In eerste aanleg heeft het debat zich geconcentreerd op het verwijt dat SNS had behoren te controleren of W&P een vergunning uit hoofde van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 had. Rechtbank Utrecht heeft dit verwijt als ongegrond beoordeeld, omdat SNS niet wist dat W&P de (voor het verstrekken van beleggingsadviezen inderdaad vereiste)

1 Bart van der Wiel is advocaat te Amsterdam.

2 Deze uitspraak is ook geannoteerd door H. Scholten in *JOR* 2017/236.

3 In § 3.3 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:223) geeft A-G Timmerman, een overzicht van verwante procedures, mede tegen andere banken.

vergunning niet had, en ook geen aanleiding had hier onderzoek naar te doen.⁴

In appel stond het verwijt centraal dat SNS heeft nagelaten om de betrokken consumenten te behoeden voor overkreditering. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft dit verwijt gegrond bevonden en SNS veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat.⁵ De voor deze noot relevante overwegingen van het hof laten zich als volgt samenvatten.

Het overkrediteringsverwijt dient beoordeeld te worden aan de hand van de normen die golden toen SNS de hypothecaire geldleningen verstrekke. Van een voldoende uitgewerkt wettelijk kader was in die periode nog geen sprake. De op SNS als bank op grond van ongeschreven recht rustende bijzondere zorgplicht maakte dat zij ter voorkoming van overkreditering voldoende informatie moest inwinnen over de (financiële) situatie van de consument. Op basis van die informatie moest SNS een inkomens- en vermogens- toets uitvoeren om te beoordelen of de consument het beoogde krediet kan betalen. Daarnaast moest SNS voldoende informatie verstrekken, zodat de consument in staat is te beoordelen wat het krediet inhoudt en wat de bijbehorende risico's zijn. Deze zorgplicht staat in beginsel los van de plicht te waarschuwen voor de risico's van het bestedingsdoel (r.o. 4.25-4.26).

SNS heeft haar stelling dat het op grond van de door haar uitgevoerde inkomens- en vermogens- toets verantwoord was de hypothecaire leningen te verstrekken niet voldoende onderbouwd. Daarbij is van belang dat SNS geen invloed op of bemoeienis met het bestedingsdoel heeft gehad, terwijl het rendement op de door W&P geadviseerde beleggingsconstructie een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van verantwoorde kredietverstrekking. Voorts is van belang dat SNS niet wist of de betrokken consumenten het advies van W&P opvolgden (r.o. 4.27-4.31).

SNS heeft niet voldaan aan haar zorgplicht 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 onrechtmatig jegens de betrokkenen gehandeld. Aan beoordeling van het verwijt van de Stichting aan SNS dat zij niet heeft voldaan aan haar waarschuwingsplicht, wordt niet toegekomen, nu SNS niet aan de aan de waarschuwingsplicht voorafgaande zorgplicht, de onderzoeksplicht, heeft voldaan. Eerst nadat per betrokkene is vastgesteld in welke mate de verstrekte hypothecaire geldlening als onverantwoord kan worden beschouwd, kan worden beoordeeld of

schending van de waarschuwingsplicht heeft plaatsgevonden (r.o. 4.32-4.33).

De Stichting heeft de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk gemaakt, zodat naar de schadestaatprocedure wordt verwezen. Het hof acht voldoende aannemelijk dat de betrokkenen de hypothecaire leningen niet waren aangegaan indien dit tot overkreditering zou hebben geleid, zodat de mogelijkheid dat door het verstrekken ervan schade is ontstaan, voldoende aannemelijk is (r.o. 4.36).

In de schadestaatprocedure zal voor de vaststelling van de schade per betrokkene gekeken moeten worden wat op het moment van aangaan redelijke voorwaarden waren waaronder het destijds verantwoord was de hypothecaire geldleningen aan te bieden in vergelijking met de in werkelijkheid verstrekte hypothecaire geldleningen. 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. Daarbij had in het uiterste geval mogelijk tot de conclusie 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, zodat de verstrekking aan de betrokkene had moeten worden ontraden. De schade bestaat uit rente en kosten van de overkreditering (het krediet voor zover het uitstijgt boven vier à vijf keer het bruto jaarinkomen). Aan het relativiteitsvereiste is voldaan: de zorgplicht om te waken tegen overkreditering strekt tot bescherming tegen de schade zoals de betrokkene die heeft geleden (r.o. 4.37).

2.2 Hoge Raad

Onderdeel 1 van het cassatiemiddel van SNS, gericht tegen 's hofs r.o. 4.25-4.26, betoogt dat SNS in de periode 1999-2003 niet gehouden was om ter voorkoming van overkreditering een inkomens- en vermogens- toets uit te voeren (r.o. 4.1).

De Hoge Raad verwerpt deze klacht. Hij stelt voorop dat in deze periode nog geen specifieke regelgeving bestond ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet, zodat onderzocht moet worden of hypothecair kredietverleners naar ongeschreven recht destijds gehouden waren te waken tegen overkreditering van consumenten (r.o. 4.2.1). De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend op grond van het volgende.

Ten eerste wijst de Hoge Raad op de ontwikkeling van het geschreven recht inzake overkreditering. De per 1 januari 2006 in art. 51 Wet financiële dienstverlening, en vervolgens in art. 4:34 Wet op het financieel toezicht (Wft) neergelegde normen ter voorkoming van overkreditering van de consument zijn gebaseerd op een wetsvoorstel uit begin 2004⁶ en waren in de periode 1999-2003 al in ontwikkeling,

4 Rb. Utrecht 11 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3458, *JOR* 2012/189, m.nt. C.W.M. Lievever, *RF* 2013/26.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 2015, 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9922, *NJF* 2016/81, *RCR* 2016/25, *RF* 2016/26. De overwegingen van het hof worden ook uitgebreid aangehaald door A-G Timmerman in § 2.5 van zijn conclusie en door de Hoge Raad in rov. 3.2.3.

6 *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 2, met betrekking tot art. 51 Wfd.

waarbij de aandacht van de wetgever aanvankelijk in het bijzonder uitging naar het consumentenkrediet (r.o. 4.2.2). Art. 28 (oud) van de in 1990 in werking getreden Wet op het consumentenkrediet (WCK⁷) verplichtte tot een kredietwaardigheidsonderzoek, en de memorie van toelichting⁸ vermeldt dat de aanbieder van krediet aandacht ervoor dient te hebben dat het nemen van krediet door de consument kan leiden tot problematische schuldsituaties. De Hoge Raad concludeert dat de WCK mede ten doel had consumenten te beschermen tegen overkreditering⁹ (r.o. 4.2.3).

Ten tweede wijst de Hoge Raad erop dat de verstrekking van hypothecair krediet in de periode 1999-2003 onderwerp was van zelfregulering via de Gedragscode Hypothecaire Financieringen, die primair was gericht op informatieverstrekking. Begin 2007 is de Gedragscode aangescherpt ter invulling van de open wettelijke norm over verantwoorde kredietverstrekking (r.o. 4.2.4).¹⁰

Vervolgens gaat de Hoge Raad na wat het voorafgaande betekent voor de invulling van de bijzondere zorgplicht van de bank.¹¹ Daarbij merkt hij onder verwijzing naar *De Treek/Dexia*¹² op dat de civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd (r.o. 4.2.5). Volgens de Hoge Raad moet het voor banken ook in de periode 1999-2003 duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige (financiële) problemen konden komen, en is zij als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen (r.o. 4.2.6). De Hoge Raad concludeert dat de bank op grond van zijn bijzondere zorgplicht ook in de periode 1999-2003 voorafgaand aan het verstrekken van hypothecair krediet aan een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie ten einde overkreditering van de consument te voorkomen (r.o. 4.2.7):

“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.”

Ook in de periode 1999-2003 diende de bank, indien haar bleek dat het inkomen van de consument onvoldoende was

om de lasten van een hypothecaire lening te voldoen, na te gaan of de consument de lasten voor het overige met voldoende zekerheid zou kunnen en willen voldoen uit zijn vermogen. Daarbij diende rekening te worden gehouden met inteereffecten, alsmede de eventuele opbrengsten en de risico's van beleggingen (r.o. 4.2.8). De bank diende de consument over de resultaten van haar onderzoek 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 naar de destijds geldende inzichten 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 destijds echter in beginsel niet zover dat zij niet-verantwoorde kredietverstrekking behoorde te weigeren (r.o. 4.2.9).

Met onderdeel 2a van haar cassatiemiddel betoogt SNS 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 r.o. 4.37 niet naar de schadeaansprakelijkheid procedure mogen verwijzen, aldus het onderdeel. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond (r.o. 4.4.2):

“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 schadeaansprakelijkheid procedure mogen verwijzen.”

De overige klachten van SNS' onderdeel 2, alsmede de klachten van onderdeel 3 behoeven volgens de Hoge Raad (r.o. 4.5.2) geen behandeling, omdat de aangevallen hofoordelen voortbouwen op het met succes door onderdeel 2a bestreden oordeel. De betreffende kwesties kunnen na verwijzing aan de orde komen.

Het incidentele beroep van de Stichting komt onder meer op tegen het oordeel van het hof (r.o. 4.33) dat het niet toekomt aan het verwijt dat SNS niet heeft voldaan aan haar waarschuwingplicht. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond vanwege het slagen van SNS' onderdeel 2: het hof was niet aan beoordeling van het waarschuwingplichtverwijt toegekomen, omdat het de schending van de onderzoeksplicht van SNS als een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond heeft aangemerkt. Dat laatste oordeel heeft de Hoge Raad onjuist bevonden op grond van onderdeel 2 van SNS' cassatiemid-

7 Wet van 4 juli 1990, houdende regels met betrekking tot het consumentenkrediet, *Stb.* 1990, 395.

8 *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, 3, p. 23-24 (MvT).

9 De Hoge Raad verwijst (“vgl.”) naar HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Statia*), r.o. 3.4.3. Daar overweegt de Hoge Raad over onder meer de WCK dat het gaat om bepalingen die ten doel hebben consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering.

10 Zie de antwoorden van de Minister van Financiën van 18 september 2008 op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 133-134.

11 De Hoge Raad verwijst (“vgl.”) naar HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, *NJ* 1999/285.

12 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.11.5.

del. Hierom is de klacht van onderdeel 2 van het cassatiemiddel van de Stichting dat het hof aan de stellingen van de Stichting over de waarschuwingsplicht in dit verband niet voorbij had mogen gaan, eveneens gegrond.

Zowel SNS als de Stichting klagen voorts nog over enkele schadevergoedingsbeslissingen die het hof vooruitlopend op de schadestaatprocedure had gegeven. Die klachten slagen (r.o. 4.7.2 en 5.3).

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak naar Hof 's-Hertogenbosch, dat een aanzienlijk deel van het door het Arnhemse hof verrichte werk mag overdoen.

3. Commentaar

3.1 Overkreditering en ongeschreven recht in 1999-2003

De Hoge Raad stelt voorop dat in 1999-2003 geen regelgeving ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet bestond, en dat daarmee de vraag rijst wat het ongeschreven recht op dit punt toentertijd inhield (r.o. 4.2.1). Bij de beantwoording van deze vraag zoekt de Hoge Raad steun bij de ontwikkeling van de wetgeving en zelfregulering op het terrein van overkreditering.

De regelgeving ter bescherming van kredietnemers in Nederland kent een lange geschiedenis. Reeds in 1810 werd wetgeving ingevoerd die strekte tot een zeker overheidstoezicht op kredietverlening.¹³ De Geldschieterswet van 1932 maximeerde rente en kosten, op straffe van nietigheid.¹⁴ Vanaf eind jaren '70 van de vorige eeuw heeft de Europese Gemeenschap de regulering van consumentenkrediet aan zich getrokken, met een eerste ontwerprijtlijn in 1979.¹⁵

In 1990 is met art. 28 (oud) van de WCK een wettelijke onderzoekspllicht naar de kredietwaardigheid van de kredietnemer ingevoerd, zoals de Hoge Raad memoreert in r.o. 4.2.3. De WCK was niet van toepassing op "(...) *geldlening, verstrekt onder hypothecair verband*" (art. 4 lid 1 sub f WCK), en de betreffende onderzoekspllicht dus ook niet. Ook in de eerste EG-richtlijn uit 1987¹⁶ is toepasselijkheid op hypothecair krediet nagenoeg uitgesloten.¹⁷ De reden van die niet-toepasselijkheid van de WCK op hypothecair krediet

was dat de wetgever hier inzette op zelfregulering.¹⁸ Hierop gaat de Hoge Raad in r.o. 4.2.4 in. De betreffende regeling, de Gedragscode Hypothecaire Financieringen, strekte (in de versies die toepasselijk waren in de betreffende periode) met name tot informatieverstrekking, mede ten aanzien van de kosten.¹⁹ Onderzoeksplichten in verband met kredietwaardigheid zijn daarin niet te ontwaren, en dus vanzelfsprekend ook geen mededelingsplichten ten aanzien van onderzoeksresultaten.

3.2 Overkreditering: onderzoekspllicht

Uit de door de Hoge Raad besproken regelgeving blijkt dat in de periode 1999-2003 sprake was van een wettelijke onderzoekspllicht ten aanzien van de betaalbaarheid bij niet-hypothecaire kredietverlening en een op zelfregulering gestoelde pllicht tot informatieverstrekking ten aanzien van hypothecaire kredietverlening. De Hoge Raad baseert op die gegevens binnen het kader van de bijzondere zorgpllicht van de bank (die in de betreffende periode overigens net door de Hoge Raad was 'ontdekt'²⁰) dat een hypothecaire kredietverlener inlichtingen diende in te winnen over inkomen (r.o. 4.2.7) en zondig over vermogen (r.o. 4.2.8) en de consument op basis daarvan diende te informeren ter voorkoming van overkreditering (r.o. 4.2.9, eerste zin).

Voor wat betreft de onderzoekspllicht is hier sprake van anticipatie op art. 51 Wfd en zijn opvolger, art. 4:34 Wft (waarover r.o. 4.2.2). Daarmee wordt de in 1999-2003 voor niet-hypothecair krediet bestaande onderzoekspllicht 'verbreed' naar hypothecair krediet. In hoeverre anticipatie acceptabel is, hangt ervan af of het nieuwe recht met het oude recht breekt of daar juist op voortbouwt, en in hoeverre de ontwikkeling omstrede is.²¹

Als eenmaal een onderzoekspllicht wordt aangenomen, ligt voor de hand dat, indien het aanspreken van vermogen in beeld komt, de verwachte vermogensontwikkeling in aanmerking moet worden genomen, waaronder ook de vermogensontwikkeling in verband met de belegging van het te lenen bedrag (r.o. 4.2.8 slot).

3.3 Overkreditering: informatiepllicht

Voor wat betreft de pllicht de consument te informeren over de onderzoeksresultaten is geen sprake van rechtstreekse anticipatie, omdat een dergelijke informatiepllicht in het stelsel van Wfd en Wft overbodig is gemaakt door het verbod van overkreditering. Zo bezien vormt het door de Hoge Raad aangenomen 'oude' ongeschreven recht qua gestreng-

13 Zie B.T.M. van der Wiel & A.M. van Aerde, 'Zorgplichten bij consumentenkredietverstrekking', in: D. Busch e.a. (red), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (serie Onderneming & Recht deel 78), Deventer: Kluwer 2013, § 14.2.

14 *Stb.* 1932, 19. Zie het Besluit kredietvergoeding van 16 oktober 1991, *Stb.* 1991, 549.

15 *PbEG* 1979, C80/4.

16 Richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet, *PbEG* 1987, L 42/48, licht aangepast door Richtlijn 90/88/EEG van 22 februari 1990, *Pb* 1990, L 61/14 en Richtlijn 98/7/EG van 16 februari 1998, *PbEG* 1998, L 101/17.

17 Art. 2 lid 1 sub a (het dienovereenkomstige artikel uit het eerste voorstel zag niet op "behoud" maar alleen op "verwerving") en lid 3.

18 *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, 3, p. 36 (*MVT*).

19 De Gedragscode Hypothecaire Financieringen uit 1990 is tezamen met een toelichting daarop te vinden in *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, 11, p. 21-32. De opvolgende versie uit 2001 is te vinden op www.docplayer.nl/2642117-Gedragscode-hypothecaire-financieringen.html.

20 Als ik het goed zie, is de bijzondere zorgpllicht van de bank door de Hoge Raad voor het eerst genoemd in HR 23 mei 1997, *NJ* 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (*Rabobank/Everaars*). De bakermat van de bijzondere zorgpllicht van de bank lijkt te liggen bij Hof Amsterdam 2 juni 1994, kenbaar uit *RvdW* 1995/193.

21 Zie over anticipatie *Asser/Vranken Algemeen deel*** 1995/155-165 met nadere verwijzingen.

heid een tussenstap richting het niet lang na de relevante periode ingevoerde 'strengere' geschreven recht. De verplichting te informeren, kent geen geschreven pendant voor de toentertijd wel wettelijk geregelde gevallen die de Hoge Raad aanhaalt. De conclusie lijkt mij onontkoombaar dat de Hoge Raad ook voor WCK-krediet voor de periode 1999-2003 zou aannemen dat de bank niet alleen (zoals uit de WCK volgt) moet onderzoeken, maar ook moet informeren over de resultaten van kredietwaardigheidsonderzoek. In dit verband is het door de Hoge Raad gememoreerde gegeven relevant dat het ongeschreven recht verder kan gaan dan de geschreven normen van publiekrecht of zelfregulering die het betreffende terrein bestrijken (zie r.o. 4.2.5 slot). Bedacht moet wel worden dat dit gegeven ruimte, maar nog geen rechtvaardiging voor dit 'verder gaan' geeft.

De door de Hoge Raad, ietwat en passant, geïntroduceerde 'wilscontrole' (r.o. 4.2.8) ten aanzien van het aanspreken van het vermogen kan ik niet goed plaatsen. Op basis van de hem te verstrekken inlichtingen leert de consument dat het krediet zijn vermogen zal raken. Als dat zo is en hij niet-temin contracteert, is daarmee zijn wil ter zake voldoende tot uitdrukking gekomen en lijkt verdergaande wilscontrole een brug te ver.

De gedachte van de geschreven onderzoeksplicht lijkt, gezien het ontbreken van een informatieplicht met betrekking tot de onderzoeksresultaten, te zijn geweest dat de kredietverstrekker vanuit welbegrepen eigenbelang niet bereid zou zijn boven de draagkracht van de consument te financieren. Complementaire geschreven waarschuwingplichten bestonden niet, en de geschreven inlichtingenplichten zagen niet op de resultaten van het kredietwaardigheidsonderzoek maar met name op informatievervalsing ten aanzien van de lasten en kosten, kennelijk vanuit de gedachte dat de consument op basis van die informatie zelf zou kunnen beoordelen of hij het beoogde krediet aan zou kunnen of niet. Een van de grondgedachten van de WCK is dat de kredietnemer zelf als geen ander de aangewezen persoon is om, al dan niet met behulp van een onafhankelijke buitenstaander, vast te stellen wat zijn aflossingscapaciteit is. De memorie van toelichting uit eind jaren '80 bevat de veelzeggende opmerking:²²

"[S]terk [moet] worden betwijfeld of de kredietgever de meest aangewezen instantie is om de aanvrager voor te lichten over zijn financiële situatie."

Deze opmerking geeft voeding aan de gedachte dat er eind jaren '80 bewust is afgezien van het aannemen van een plicht de consument te informeren over de resultaten van een kredietwaardigheidsonderzoek. De Hoge Raad neemt aan dat die informatieplicht een decennium later naar ongeschreven recht wel bestaat. Dat is in het licht van de (jurisprudentiële) rechtsontwikkeling ten aanzien van de bijzondere zorgplicht van de bank en de na de betreffende

periode ingevoerde wetgeving, waarover zo dadelijk meer, een verdedigbare keuze, maar het blijft een keuze, en als zodanig is er ook wel het een en ander tegenin te brengen. Ten eerste vindt de keuze van de Hoge Raad naar mijn opvatting minder steun in de WCK dan de Hoge Raad in r.o. 4.2.3 suggereert met zijn (relativiteits)oordeel dat de onderzoeksplicht van de WCK mede tot doel had consumenten te beschermen tegen overkreditering.²³ De Hoge Raad motiveert dit oordeel niet, terwijl de hiervoor aangehaalde passage uit de memorie van toelichting aanleiding geeft voor de gedachte dat in de WCK de nadruk nog tamelijk sterk op eigen verantwoordelijkheid lag. Beperkte relativiteit, zo zou het genoemd kunnen worden. Ten tweede blijft de vraag of een kredietverstrekker gezien de eerdere, voor hem kenbare, hiervoor aangehaalde afweging van de wetgever, rekening moest houden met een daarmee niet strokende informatieplicht op grond van ongeschreven recht.

3.4 Overkreditering: waarschuwingplicht

Nog verder gaat het oordeel van de Hoge Raad dat de bank de consument voor wie kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was, daarop dient te wijzen en hem voor het daaraan verbonden risico dient te waarschuwen (r.o. 4.2.9, tweede zin). Hiermee brengt de Hoge Raad het ongeschreven recht voor de periode 1999-2003 nog dichter bij het niet lang na afloop daarvan ingevoerde verbod op overkreditering (r.o. 4.2.2). De kanttekeningen die ik hiervoor bij het aannemen van een informatieplicht heb gemaakt, gelden hier nog in versterkte mate.

De aangenomen waarschuwingplicht past bij de waarschuwings- en ontraadplichten die in het arrest *De Treek/Dexia* zijn aangenomen²⁴ en laat zich meer in het algemeen in het kader van de gevaarzettingjurisprudentie plaatsen, als eenvoudige, niet kostbare en voor de hand liggende voorzorgsmaatregel.²⁵ Het was wat mij betreft overtuigender geweest als de Hoge Raad de waarschuwingplicht in die kaders had ingebed, en minder nadruk had gelegd op het lossere en indirectere verband van het geschreven recht.²⁶ In het licht van het voorafgaande zie ik voor de gedachte dat overkreditering een erkend gevaar is waartegen beschermd dient te worden meer steun in de ontwikkeling van de jurisprudentie over de bancaire zorgplicht en bij de kort na 1999-2003 ingevoerde wetgeving, dan in de WCK en de zelfregulering uit die periode. De daarin besloten liggende nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van de consument impliceert dat het gevaar van overkreditering nog werd beschouwd als iets waarvoor niet gewaarschuwd hoeft te worden, omdat

22 Kamerstukken II 1986/87, 19785, 3, p. 49-50 (MvT).

23 Zie in dezelfde zin ook HR 12 februari 2016, NJ 2017/282, m.nt. Jac. Hijma (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.4.1. Dit oordeel laat zich plaatsen binnen het kader dat de Hoge Raad in het arrest *Duwbak Linda* heeft gegeven ter beantwoording van de relativiteitsvraag (onderzoek van doel en strekking van de norm). HR 7 mei 2004, NJ 2006/281, m.nt. Jac. Hijma (*van Hasselt/Van Duijvendijk*), r.o. 3.4.1.

24 HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.10.1 e.v.

25 Zie over de waarschuwing als voorzorgsmaatregel bijv. K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 162, aant. 88.3.

26 Kritisch over deze waarschuwingplicht J.M. Atema in haar noot sub 9 bij het hofarrest in de parallelle *Rabobank*-zaak, JOR 2016/67.

dit gevaar bij de consument voldoende in beeld zou zijn.²⁷ Die gedachte is – achteraf gezien – ingehaald door de jurisprudentiële ontwikkeling van de bijzondere zorgplicht van de bank, met zijn nadruk op de verantwoordelijkheid van de bank als deskundige tegenover de consument met zijn eventuele lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht (vgl. r.o. 4.2.6).

De Hoge Raad wil niet zo ver gaan dat hij naar ongeschreven recht een verbod op overkreditering aanneemt (r.o. 4.2.9 slot). Dit strookt met het afwijzen van de precontractuele weigeringsplicht op grond van ongeschreven recht in het arrest *De Treek/Dexia* als in strijd met de contractvrijheid.²⁸ Een principiële ongeschreven weigeringsplicht ten aanzien van financiële transacties is alleen aangenomen in het kader van margenschendingen bij optiehandel.²⁹ Inmiddels is ook die weigeringsplicht in een geschreven regel neergelegd (art. 85 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft)). In de rechtspraak over gevaarzetting in het algemeen is aangenomen dat het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, van doorslaggevende betekenis is of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot vermijding van het gevaar.³⁰ Of waarschuwen tegen overkreditering tot het niet-afluiten van het krediet zal leiden, is voor discussie vatbaar.³¹ Hoe dan ook: volgens de Hoge Raad was het (in beginsel) niet onrechtmatig om te contracteren met een consument die een waarschuwing in de wind slaat. Ook hier weer zal de contactvrijheid op de achtergrond hebben meegespeeld, maar daarnaast volgt uit het voorafgaande dat het aannemen van een ongeschreven contracteerverbod voor de periode 1999-2003 in het licht van het toentertijd geldende geschreven recht de spankracht van het ongeschreven recht te boven zou gaan.

3.5 Het rechtskarakter van de onderzoeksplicht

Met het oordeel van de Hoge Raad dat het onderzoek dat de bank moet verrichten naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument 'geen zelfstandige verplichting' is (r.o. 4.4.2), heb ik moeite. Juist is dat nakoming van een onderzoeksplicht op zichzelf geen schade kan voorkomen, en dat het nalaten van onderzoek op zichzelf geen schade kan veroorzaken. Ter daadwerkelijke voorkoming van schade is een complementaire zorgplicht nodig die inhoudt hoe met de resultaten van het onderzoek moeten worden omgegaan (hier: de door de Hoge Raad aangenomen informatie- en waarschuwingsplichten). Dit noopt echter niet tot de conclusie dat de onderzoeksplicht 'geen zelfstandige verplichting' is, waarmee de Hoge Raad blijkens het verband dat hij

legt met de klacht 'dat schending van de onderzoeksplicht op zichzelf geen onrechtmatige daad oplevert' (r.o. 4.4.1) kennelijk bedoelt dat schending van de onderzoeksplicht niet onrechtmatig is.

Het oordeel van de Hoge Raad impliceert dat een onderzoeksplicht geen rechtsplicht is, waarbij ik met rechtsplicht doel op een verplichting waarvan niet-nakoming onrechtmatig is.³² Op zichzelf bestaan er inderdaad andere typen verplichtingen. Zo is het niet voldoen aan de klachtplicht niet onrechtmatig, maar leidt dit tot rechtsverlies. Voor dit type verplichtingen, waarvan schending niet verboden is, maar leidt tot verslechtering van de rechtspositie, worden de termen 'last' en 'Obliegenheit' gebruikt.³³ Voorts bestaan er verplichtingen waarvan schending geen enkel rechtsgevolg heeft. Zulke *obligations imparfaites*³⁴ kunnen behalve uit een *lex imperfecta*³⁵ (wettelijke regel zonder rechtsgevolg) ook uit ongeschreven recht volgen.

Kan de onderzoeksplicht als last worden gekarakteriseerd? Jansen maakt het *sweeping statement* dat "meer in algemene zin (...) informatieplichten rechtens niet afdwingbaar zijn", waarbij hij onder "informatieplichten" tevens onderzoeksplichten verstaat. De kwalificatie *Obliegenheit* komt zijns inziens het meest in aanmerking.³⁶ Naar mijn opvatting is het juist om per verplichting te beoordelen of sprake is van een rechtsplicht, een last of een verplichting zonder enig rechtsgevolg. Voor de plicht tot kredietwaardigheidsonderzoek valt mijns inziens niet in te zien welk rechtsverlies zou kunnen optreden op grond van de enkele schending ervan.

Is dan sprake van een verplichting zonder rechtsgevolg? Ik acht deze kwalificatie aantrekkelijk noch aannemelijk. Niet aannemelijk, omdat het huidige stelsel van geschreven Wft-verplichtingen het uitgangspunt kent dat schending van een dergelijke verplichting onrechtmatig is.³⁷ Het ligt niet erg voor de hand dat dat anders zou zijn voor de door de Hoge Raad naar ongeschreven recht aangenomen onderzoeksplicht met dezelfde inhoud. En niet aantrekkelijk, omdat dit zou betekenen dat nakoming niet kan worden afgedwongen, zodat bijvoorbeeld een belangenorganisatie geen nakoming van de onderzoeksplicht zou kunnen vorderen van een instelling die daar niet aan voldoet.

Heeft de Hoge Raad met de 'onzelfstandige verplichting' een nieuwe, vierde categorie verplichtingen geschapen? Dat zou een baanbrekende ontwikkeling zijn; te baanbrekend om zo

27 Vgl. ten aanzien van gevaarzetting in het algemeen HR 29 november 2002, NJ 2003/660 (*Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland*), r.o. 3.7.

28 HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.12.2.

29 Zie over deze rechtspraak bijv. B.T.M. van der Wiel, 'De marginverplichting bij handel in aandelenopties', MvV 2010/6.1.

30 HR 28 mei 2004, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hartmann/PJIAE*), r.o. 3.4.3.

31 Zie bijv. T. Hartlief, 'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing', AA 53 (2004), p. 872.

32 Zoals tot uitgangspunt wordt genomen door E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 38.

33 Zie bijv. W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 11-13.

34 R.J. Pothier, *Traité des obligations, Tome premier*, Paris/Orléans: Debure/Rouzeau-Montaut 1764 onderscheidt *obligations parfaites* en *obligations imparfaites*; voor deze laatste zijn wij volgens Pothier alleen aan God verantwoording verschuldigd.

35 *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 191 (TM).

36 Zie bijv. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, § 2.4.2 jo. 1.5.

37 *Kamerstukken II 2005/06*, 29608, 19, p. 393-394 (vierde NvW).

terloops te worden ingezet. Het zou ook een ontwikkeling zijn die in strijd is met 'het scheermes van Ockham': het uitgangspunt dat niet meer begrippen en onderscheidingen moeten worden gebruikt dan nodig is.³⁸ Volgens mij kan het privaatrecht uit de voeten met de drie hiervoor onderscheiden typen verplichtingen. *Quartum non datur*.

Ik houd het ervoor dat het hier gaat om een ongelukkige en (hopelijk) eenmalige ge- of verlegenheidsoplossing. Volgens mij bestond geen enkel bezwaar tegen het oordeel dat de onderzoeksplicht een 'gewone' rechtsplicht is, waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert, die evenwel op zichzelf geen schade kan veroorzaken. De Hoge Raad had hieruit kunnen concluderen dat deze door het hof aangenomen normschending het hof niet tot de conclusie had kunnen brengen dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Zonder dat ik de tekst van het middel zelf ter beschikking heb, meen ik uit de weergave van het middel door A-G en Raad te kunnen afleiden dat het middel voor cassatie op deze grond ruimte bood. Het resultaat was daarmee hetzelfde geweest.

Mr. B.T.M. van der Wiel

38 Naar de middeleeuwse Engelse theoloog en filosoof William van Ockham. De gedachte valt terug te voeren op Aristoteles, *Analytica posteriora* 1.25.2 (86a 33-35).