

bestaande contractuele verhouding, als jegens derden met de belangen van wie de banken rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving, zoals art. 51 Wfd (oud), of in zelfregulering zijn neergelegd.

Het moet voor banken ook in 2006 duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige financiële problemen konden komen, ook in geval van hypotheecair krediet.

Een kredietverstrekker 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 te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen. De bijzondere zorgplicht van een bank bracht, ook in 2006, onder meer mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypotheecair krediet met een consument, inlichtingen diende in te winnen over zijn inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Zie voor het bovenstaande HR 16 juni 2017 («JOR» 2017/236, m.nt. Scholten (*Wagner & Partners*); *red.*), ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting*), rov. 4.2.5-4.2.7. Deze bijzondere zorgplicht rust niet alleen op banken, maar ook op andere professionele kredietverstrekkers (vgl. art. 51 Wfd (oud), welke bepaling de verplichting tot het inwinnen van informatie legt op “de aanbieder” als bedoeld in die wet). Die zorgplicht bestaat ongeacht of de consument wordt bijgestaan door een tussenpersoon. De kredietverstrekker mag niet zonder meer afgaan op de door de tussenpersoon aan hem verschafte inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument, aangezien hij zelf ervoor verantwoordelijk blijft te waken tegen overkreditering van de consument en daartoe zo nodig zelf nadere inlichtingen moet inwinnen of gegevens moet verifiëren.

3.4.3. Gelet op het voorgaande geeft het oordeel van het hof in rov. 7.3 dat Amstelstaete niet heeft voldaan aan de op haar zelfstandig rustende onderzoekspflicht omdat zij de door de tussenpersoon aangeleverde gegevens niet heeft geverifieerd, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk. Daarbij is van belang dat ervan moet worden uitgegaan dat de tussenpersoon onjuiste inkomensgegevens aan Amstelstaete heeft verstrekt zonder dat [verweerders] daarvan op de hoogte waren. Verder is van belang, zoals het hof in rov. 7.3 heeft overwogen, dat Amstelstaete een aanzienlijk hogere rente heeft toegepast omdat zij blijkbaar ook zelf als een risico beschouwde dat zij afging op de gegevens die de tussenpersoon haar verstrekte zonder dat Amstelstaete die gegevens verifieerde. De klachten van de onderdelen 2.1 en 2.2 falen.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Amstelstaete in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Een hypotheekaanbieder dient onderzoek te doen naar de financiële positie van de consument teneinde te kunnen beoordelen of het verzochte krediet verantwoord is (art. 4:34 lid 1 Wf). Indien de hypotheekaanbieder op basis van de ingewonnen informatie tot het oordeel komt dat sprake is van een onverantwoord krediet, rust op de hypotheekverstrekker een weigeringsplicht (art. 4:34 lid 2 Wf). De Hoge Raad heeft in het *Wagner & Partners*-arrest overwogen dat voorafgaand aan de inwerkingtreding van het publiekrechtelijk verbod op overkreditering, op hypotheekaanbieders geen weigeringsplicht maar wel een waarschuwingsplicht rustte indien sprake was van overkreditering (HR 16 juni 2017, «JOR» 2017/236, m.nt. Scholten).

2. De beoordeling of sprake is van een verantwoord krediet is in feite een drietrapsraket.

De eerste stap is om te beoordelen of de consument op basis van zijn inkomen aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. Is dat niet het geval, dan volgt de tweede stap. Deze stap bestaat uit de beoordeling of de consument over andere middelen (dan zijn inkomen) beschikt waarmee hij aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. Is dat niet het geval, dan kan een derde stap volgen. De derde stap bestaat eruit dat indien de consument om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen afhankelijk is van de wijze waarop de (geleende) hypotheekgelden worden aangewend, de hypotheekaanbieder ook dient te onderzoeken of de consument deze gelden op een zodanig wijze aanwendt dat redelijkerwijs mag worden verwacht dat deze in staat is aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen. Indien de hypotheekgelden worden aangewend ter belegging, breidt de onderzoekspflicht van de hypotheekaanbieder zich uit tot die belegging (zie ook Hof Amsterdam 6 oktober 2009, «JOR» 2009/298, m.nt. ‘t Hart en Hof Amhem-Leeuwarden 29 december 2015, «JOR» 2016/67, m.nt. Atema). Is sprake van overkreditering, dan dient de hypotheekaanbieder de schade te vergoeden. In beginsel bestaat die schade uit de rente en eventuele kosten, berekend over het overgekrediteerde deel van de lening (zie Hof Amsterdam 2 februari 2016, «JOR» 2018/11 en het vonnis in de schadestaatprocedure Rb. Amsterdam 30 augustus 2017, «JOR» 2018/12, m.nt. Scholten). Het belang om de juiste informatie in te winnen is dus groot.

3. Een hypotheekaanbieder kan de wettelijk voorgeschreven informatie rechtstreeks bij de consument inwinnen, maar kan deze informatie ook inwinnen middels een tussenpersoon. In de rechtsverhouding tussen hypotheekaanbieder en consument kan zich de vraag voordoen voor wiens rekening en risico de aanlevering van gebrekkige informatie door de tussenpersoon komt. Dit vraagstuk kan met name pregnant zijn indien de tussenpersoon in opdracht van beide partijen handelt. Daarvan zal sprake zijn indien de tussenpersoon in opdracht van een hypo-

theekaanbieder bemiddelt en in opdracht van de consument bemiddelt en adviseert.

4. In het geval dat de tussenpersoon “twee heren dient” (hetgeen op zich goorloofd is: zie ook art. 7:417 BW), brengt zulks niet met zich dat alle handelingen per definitie voor rekening en risico van de aanbieder komen. Uitsluitend die handelingen die door de tussenpersoon worden verricht in opdracht van de aanbieder, zijn voor rekening van die aanbieder. De aanbieder bedient zich alsdan van de diensten van een derde om aan zijn eigen verplichtingen jegens de consument te voldoen. De tussenpersoon kwalificeert in dat geval als hulppersoon van de aanbieder (art. 6:76 BW). Het Hof Leeuwarden overwoog in een andere zaak hierover:

“Het Hof stelt voorop dat de aandelenlease-overeenkomsten tot stand zijn gekomen tussen Aegon en Borst, na bemiddeling door Wagner. Aegon voert op zich terecht aan dat zij zich van haar verplichting om voorafgaand aan de sluiting van deze overeenkomst Borst duidelijk voor te lichten omtrent de aard van de overeenkomst en de daaraan verbonden risico's, mocht kwijten door gebruik te maken van een tussenpersoon als Wagner, die de status van cliëntenremisier had. Een tekortschietende voorlichting door de intermediair moet evenwel aan Aegon worden toegerekend. Voor zover in het betoog van Aegon besloten ligt dat fouten op dit punt van Wagner haar niet regarderen, verwerpt het Hof dit betoog” (Hof Leeuwarden 29 november 2006, «JOR» 2007/48).

Andere handelingen van de tussenpersoon

– zoals het adviseren van de consument – komen dus niet voor rekening van de aanbieder indien die handelingen worden verricht in opdracht van de consument. Het Hof Leeuwarden hierover in ditzelfde arrest:

“Het Hof verwerpt dit betoog. Artikel 6:76 BW bepaalt uitsluitend dat de schuldenaar – in dit geval Aegon – aansprakelijk is voor gedragingen van de hulppersoon – in dit geval Wagner – bij de uitvoering van een verbintenis van de schuldenaar. De werkzaamheden van Wagner bij het aanraden van en informeren over de producten Vastgoed Mixfonds en Resultante Fund zijn niet verricht ter uitvoering van enige verbintenis van Aegon, zodat Aegon voor die gedragingen ook niet op deze grondslag verantwoordelijk gesteld kan worden. Anders dan Borst betoogt houdt artikel 6:76 BW geen risicoaansprakelijkheid in van de opdrachtgever voor elke gedraging van een hulppersoon.”

5. De praktijk kent vele kleuren. Zo kan zich ook de situatie voordoen dat een consument gebruik dient te maken van door de aanbieder geselecteerde tussenpersonen om zijn hypotheekaanvraag in te dienen. In dat geval is het aan de aanbieder om duidelijkheid te verschaffen voor wiens rekening en risico de handelingen van de tussenpersoon komen.

Zo niet, dan kunnen de handelingen van deze tussenpersonen – waaronder het nalaten om de van consumenten ontvangen informatie tijdig aan de aanbieder te verstrekken – voor rekening komen van de aanbieder. Het Hof Den Haag overwoog:

“Het hof verwerpt het standpunt van WUB dat uit haar website blijkt dat deze tussenpersonen (niettemin) hulppersoon van de cliënt van WUB zouden zijn. Niet alleen is onduidelijk of de website in 2008 dezelfde was als die waarvan in dit geding een print is overgelegd, maar ook worden op de website deze tussenpersonen niet alleen aangeduid als 'uw financieel adviseur', maar ook als 'onze financiële adviseurs' en wordt er gesproken over 'ons netwerk van onafhankelijke financieel adviseurs'. Dat dit in 2008 anders was, in die zin dat destijds op de website duidelijk en ondubbelzinnig stond vermeld dat een in te schakelen tussenpersoon (als hulppersoon) in opdracht van een cliënt zou optreden, is door WUB niet gesteld. X.c.s. behoeft er aldus in 2008 niet op bedacht te zijn dat de door WUB op haar website genoemde, althans via een knop op haar website te bereiken en door haar gecontracteerde tussenpersonen, niet de hulppersonen van WUB zouden zijn, maar hun eigen hulppersoon, wier tekortschieten voor hun rekening zou komen” (Hof Den Haag 13 mei 2014, «JOR» 2014/237-238, m.nt. 't Hart).

6. Is het daarentegen de consument die zelf het initiatief neemt en een door henzelf geselecteerde tussenpersoon opdracht geeft tot advies en bemiddeling, dan komt het nalaten van de tussenpersoon om relevante informatie te verstrekken aan de aanbieder voor rekening van de consument. Ook indien deze tussenpersoon tevens bemiddelt in opdracht van de aanbieder. Het Hof Arnhem daarover:

“[appellanten] hebben, zonder toedoen van SNS, ervoor gekozen om bij de financieringsaanvraag gebruik te maken van bemiddeling door W&P, als onderdeel van een meer omvattend door W&P geadviseerd financieel plan. Bij de advisering omtrent dit financieel plan en de daarbij behorende financieringsaanvraag handelde W&P niet namens of in opdracht van SNS. Weliswaar bestond ook tussen W&P en SNS een relatie in die zin dat SNS aan W&P provisie betaalde voor door tussenkomst van W&P afgesloten hypothecaire geldleningen, maar dat maakt nog niet dat W&P als vertegenwoordiger of hulppersoon van SNS kan worden aangemerkt of dat SNS anderszins aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen of nalaten van W&P.

Anders dan [appellanten] stellen, heeft SNS W&P niet ingeschakeld om te voldoen aan verplichtingen die eigenlijk op SNS rusten. SNS heeft de door W&P namens [appellanten] ingediende financieringsaanvraag zelf beoordeeld en daarmee zelf invulling gegeven aan de in dit verband op haar rustende zorgplicht” (Hof Arnhem 11 januari 2013, «JOR» 2013/104, m.nt. Van Poelgeest).

7. Het onderhavige geschil betreft weer een andere situatie. In casu werd zonder medeweten van de consumenten onjuiste informatie over hun financiële positie aan de hypotheekaanbieder verstrekt. De vraag is voor wiens rekening dit komt.

8. Het uitgangspunt is dat een aanbieder bij het inwinnen van informatie mag vertrouwen op de door de klant aangeleverde informatie. Dit uitgangspunt gaat mijns inziens ook op indien die informatie namens de klant door een tussenpersoon wordt verstrekt. A-G Wissink hierover in de conclusie behorend bij dit arrest:

“Voor de opvatting dat de kredietaanbieder in beginsel mag afgaan op de aan hem door de consument verstrekte gegevens kan steun worden gevonden in de rechtspraak van de civiele rechter, waarin wordt geoordeeld (veelal mede onder verwijzing naar art. 28 WCK of art. 4:34 Wvfi) dat de kredietaanbieder in beginsel mag afgaan op door de consument (soms: door tussenkomst van een tussenpersoon) verstrekte informatie. In deze zaken waren veelal bewijsstukken overgelegd, zodat de vraag niet was of de kredietaanbieder op louter mondeling verstrekte informatie mocht afgaan. Of op louter mondelinge verstrekte informatie mag worden afgegaan, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien bewijsstukken zijn overgelegd, behoeft de kredietaanbieder in beginsel geen onderzoek te doen naar de echtheid daarvan” (zie Conclusie AG Wissink, 14 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1036).

9. Voor beleggingsondernemingen is dit uitgangspunt expliciet vastgelegd in art. 55 lid 3 Gedelegeerde verordening MiFID II (EU) 2017/565. Dit uitgangspunt brengt met zich dat op een financiële onderneming in beginsel niet de plicht rust om aan de hand van objectieve documenten te verifiëren of de door de klant aangeleverde informatie daadwerkelijk correct is. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien de financiële onderneming weet of behoort te weten dat de aangeleverde informatie niet volledig niet accuraat of niet actueel is.

10. Dit uitgangspunt gaat in casu niet op. De Hoge Raad overweegt in essentie dat het risico dat zonder medeweten van de consument onjuiste gegevens aan de aanbieder worden verstrekt, voor rekening van de aanbieder dient te komen. Een aantal omstandigheden geven aanleiding tot deze overweging. Ten eerste is van belang dat de aanbieder zelf stelt dat de tussenpersoon niet als diens hulppersoon heeft gehandeld. Ten tweede is van belang dat de aangeleverde inkomensgegevens een discrepantie bevatten die aanleiding had moeten zijn tot verificatie. Verificatie in dit verband zou mijns inziens inhouden dat de aanbieder ten minste had dienen te controleren wat de correcte inkomensgegevens zijn door deze zo nodig rechtstreeks bij de consumenten op te vragen. Ten derde is van belang dat de aanbieder in kwestie deze lening kwalificeerde als een zogenoemde *self certified* lening en daarvoor ook een hogere rente in rekening bracht.

11. En daarmee heeft de aanbieder in kwestie haar zorgplicht geschonden door onvoldoende onderzoek te doen. Dat in de algemene voorwaarden bepaald was dat een tussenpersoon in opdracht van de consument zou handelen en dat sprake was van een *self certified* lening (hetgeen de consumenten onbekend was) staat aan dit oordeel van de Hoge Raad niet in de weg. De op een aanbieder rustende zorgplicht is immers niet “weg te contracteren”.

dr. mr. F.M.A. 't Hart, advocaat te Amsterdam

VOETNOTEN

- 1 Zie rov. 2 van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 11 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1895, waarin het hof een samenvatting geeft van de door de rechtbank Den Haag in het vonnis van 9 september 2015 vastgestelde feiten.
- 2 Rb. Den Haag 9 september 2009, ECLI: NL:RBDHA:2015:15277.
- 3 Het hof acht gegrond de grief van Amstelstaete dat het gaat om een verplichting in de precontractuele fase, zodat van wanprestatie geen sprake kan zijn; het niet voldoen aan de zorgplicht levert een onrechtmatige daad op. Zie rov. 11.1-11.2. Ik merk op dat het hof elders wel lijkt uit te gaan van het bestaan van een verbintenis van Amstelstaete. Zie rov. 8.3 in verband met de vraag of sprake is van een hulppersoon en rov. 5.2 over de verwerping van het beroep op de klachtplicht van art. 6:89 BW (vgl. in dat verband HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, waarin kort gezegd is overwogen dat de klachtplicht niet ziet op