

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.110.332
(zaaknummer rechtbank Utrecht, 299865)

arrest van 29 december 2015

in de zaak van

de stichting
Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P,
gevestigd te Boekel,
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna: de Stichting,
advocaat: mr. J.M. van den Berg,

tegen:

de naamloze vennootschap
SNS Bank N.V.,
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
hierna: SNS Bank,
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 25 mei 2011 en 11 april 2012 die de rechtbank Utrecht tussen de Stichting als eiseres en SNS Bank als gedaagde heeft gewezen. Laatstgenoemd vonnis is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBUTR:2012:BW3458.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 22 juni 2012,
- de memorie van grieven tevens wijziging van eis met producties (hierna: memorie van grieven),
- de memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep met producties (hierna: memorie van antwoord),
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep,
- een akte producties van de Stichting,

- een antwoordakte,
- de pleitnota's van de op 30 september 2015 gehouden pleidooien.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat uit van de feiten die de rechtbank Utrecht in het vonnis van 11 april 2012 onder 2.1 tot en met 2.6 heeft vastgesteld. Voorts gaat het hof uit van het volgende.

3.2 SNS Bank heeft op 17 februari 2004 een brief gezonden naar degenen die bij haar een hypothecaire geldlening hadden afgesproken als onderdeel van het advies dat door Wagner was gegeven. De brief luidt (voor zover relevant) als volgt:

"Van de heer Faas (voorzitter van de Stichting, hof) 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."

3.3 Op 11 oktober 2005 heeft de Stichting aan SNS Bank een fax gestuurd met, voor zover relevant, de volgende inhoud:

"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 Bank dan juridisch gaan laten toetsen."

3.4 Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft op 23 december 2014 tussenarrest gewezen in de zaak van de Stichting en F. van Lanschot Bankiers N.V. en Van Lanschot N.V., gepubliceerd onder ECLI:NL:GHSHE:2014:5489.

3.5 Het gerechtshof Amsterdam heeft op 30 juni 2015 arrest gewezen in de zaak van de Stichting en ABN AMRO Bank N.V., gepubliceerd onder ECLI:NL:GHAMS:2015:2700.

4. Het motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Deze zaak gaat kort gezegd over het volgende. Wagner & Partners, destijds een tussenpersoon op het gebied van verzekering- en financieringsovereenkomsten en pensioenen (en handelend onder diverse benamingen, hierna: Wagner), heeft aan particulieren in de periode 1999-2003 financieringsconstructies geadviseerd. Deze financieringsconstructie was samengevat gebaseerd op de - toen bestaande - latente overwaarde op de huizen van deze particulieren. Op grond hiervan werden aanvullende financieringen verleend, waarmee vervolgens werd belegd. SNS Bank, maar ook Rabobank, ABN AMRO en Van Lanschot, hebben aan klanten van Wagner (nieuwe) hypothecaire geldleningen verstrekt. Vanwege de tegenvallende beleggingsresultaten bleek de door Wagner geadviseerde financieringsconstructie niet de opbrengsten te genereren zoals voorgesteld.

Op 21 januari 2004 is de Stichting opgericht. De Stichting heeft volgens haar statuten tot doel "het behartigen van de gelijksoortige belangen van (voormalige) klanten van Wagner & Partners die schade hebben ondervonden van de door Wagner & Partners geadviseerde financiële constructies". De Stichting heeft circa 280 vorderingen van particulieren in

behandeling. Daarvan hebben 171 vorderingen betrekking op particulieren aan wie SNS Bank een hypothecaire geldlening heeft verstrekt. De Stichting heeft de vorderingen van deze 171 particulieren aan zich doen cederen (hierna: de cedenten). Wagner is op 20 januari 2009 in staat van faillissement verklaard. De Stichting heeft, samengevat, in eerste aanleg diverse verklaringen voor recht gevorderd en veroordeling van SNS Bank tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat. De rechtbank heeft bij vonnis van 11 april 2012 alle vorderingen van de Stichting afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten. De Stichting heeft in principaal hoger beroep drie grieven tegen dit vonnis gericht. SNS Bank heeft in incidenteel hoger beroep vijf grieven tegen genoemd vonnis opgeworpen.

4.2 In hoger beroep heeft de Stichting haar eis gewijzigd en vordert thans, naast vernietiging van het bestreden vonnis, het volgende.

Primair:

1. voor recht te verklaren dat SNS Bank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht jegens de Stichting in de gevallen:

-
2. voor recht te verklaren dat SNS Bank (meer specifiek) heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende onderzoeksplicht naar de inkomens- en vermogenspositie van de hiervoor genoemde particulieren teneinde te onderzoeken of deze personen de financiële lasten uit de gesloten overeenkomst konden dragen in het licht van de aldus bepaalde inkomens- en vermogenspositie;
3. voor recht te verklaren dat SNS Bank (meer specifiek) heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende waarschuwingsplicht;

4. voor recht te verklaren dat in alle hiervoor genoemde gevallen (zie petitum onder 1) sprake is van overkreditering;
5. voor recht te verklaren dat SNS Bank met hetgeen hiervoor onder 1 en/of 2 en/of 3 en/of 4 is gevorderd onrechtmatig heeft gehandeld, althans tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, althans in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan SNS Bank aansprakelijk is voor de schade die dientengevolge is ontstaan, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
Subsidiair (artikel 3:305a BW):
6. voor recht te verklaren dat SNS Bank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht, in het kader van de verstrekking van financieringen aan particulieren die een dergelijke financiering aan wensten te gaan in het kader van deelname aan het "Wagner-plan", zoals blijkt uit de hypotheekoffertes door de SNS Bank verstrekt aan particulieren, waarmee de SNS Bank onrechtmatig, heeft gehandeld, althans tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, althans in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid;
Zowel primair als subsidiair:
7. in alle gevallen om SNS Bank te veroordelen in de kosten van dit geding en het geding in eerste aanleg, al het gevorderde voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, en
8. om SNS Bank te veroordelen in de nakosten te begroten op € 131 zonder betekening van het in dezen te wijzen arrest, dan wel € 199 indien het arrest wordt betekend, te vermeerderen met de wettelijke rente verschuldigd vanaf twee weken nadat het vonnis is gewezen, dan wel aan SNS Bank is betekend.

4.3 Het hof zal in het navolgende de particulieren genoemd onder 4.2 sub 1 aanduiden met betrokkenen. Alle betrokkenen zijn consumenten.

Verjaring

- 4.4 Beide partijen hebben gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, het beroep op verjaring door SNS Bank slaagt. Het hof zal **grief 3 in het principaal hoger beroep en grief 1 in het incidenteel hoger beroep** dan ook gezamenlijk behandelen.
- 4.5 SNS Bank heeft aangevoerd dat de rechtbank een onjuiste - namelijk een te strenge - maatstaf heeft toegepast bij de beoordeling op welk moment de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW is aangevangen en ten onrechte heeft geoordeeld dat de verjaringstermijn ten aanzien van Kusters (de enige cedent ten aanzien van wie de Stichting in eerste aanleg een individuele uitwerking heeft gemaakt wat de verjaring betreft) in maart 2004 is gaan lopen. Volgens SNS Bank vangt de verjaringstermijn aan op het moment dat de cedent bekend is met de schade dan wel daarmee bekend had behoren te zijn. Niet is vereist, zoals de rechtbank ten onrechte volgens SNS Bank heeft overwogen, dat sprake is van een situatie waarin de desbetreffende cedent zijn financiële verplichtingen uit hoofde van de hypothecaire geldlening, niet meer, althans steeds moeilijker kon voldoen en dat overleg met SNS Bank noodzakelijk was. Volgens SNS Bank dient de verjaringstermijn aan te vangen ultimo september 2001. Vanaf dat moment waren de berichten in de media, ingegeven door de aanslagen van 11 september 2001 op de Twin Towers, van dien aard dat het aan een ieder bekend was, dat een economische recessie was ingezet. Cedenten hadden zich toen moeten beseffen dat de verslechtering van het economische (beurs)klimaat een impact zou hebben op hun eigen beleggingen. SNS Bank stelt zich voorts op het standpunt dat, subsidiair, de verjaringstermijn is aangevangen op het moment dat SNS Bank cedenten per brief van 17 februari 2004 (productie 26 bij memorie van antwoord) heeft benaderd en dat, meer subsidiair, de verjaringstermijn niet later is aangevangen dan een maand voorafgaand aan het

eerste (fysieke) overleg dat tussen SNS Bank en de betrokkenen, waarvan de data zijn weergegeven in het als productie overgelegde 27 overzicht bij memorie van antwoord. SNS Bank betwist dat de fax van 11 oktober 2005 (productie 8 bij memorie van grieven) van de Stichting een stuitingshandeling is van zowel de Stichting en/of van de betrokkenen, nu in deze brief geen enkele stuitingshandeling wordt verricht.

4.6 Volgens de Stichting zijn de betrokkenen eerst rond oktober 2005 bekend geraakt met mogelijke tekortkomingen van SNS Bank, zodat de verjaringstermijn niet eerder dan (kort voor) 11 oktober 2005 is gaan lopen, de datum waarop de Stichting aan SNS Bank een fax heeft gestuurd. De fax van 11 oktober 2005 betreft een stuitingshandeling van de vorderingen van zowel de Stichting als van de betrokkenen. Vanaf die datum is een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen, die vervolgens is gestuit in mei 2009 met de betekening van de cessie-akten aan SNS Bank door de Stichting. De Stichting stuitte de verjaring namens zichzelf (artikel 3:305a BW) als ook namens de betrokkenen. Dat de Stichting als vertegenwoordiger voor de betrokkenen optrad is niet door SNS Bank betwist. Verder voert de Stichting nog aan dat zij namens de betrokkenen tussen 2004 en 2008 met SNS Bank uitgebreid contact heeft gehad en heeft onderhandeld. De Stichting verwijst in het bijzonder naar een e-mailwisseling met SNS Bank van 12 en 13 maart 2008 (productie 9 bij memorie van grieven). Volgens de Stichting kan aan de (hiervoor genoemde) overgelegde stukken geen andere uitleg worden toegekend dan dat dit stuitingshandelingen zijn en dat SNS Bank dat ook zo heeft begrepen, althans had moeten begrijpen. De Stichting betwist dat de betrokkenen reeds door de brief van 17 februari 2004 van SNS Bank bekend zouden moeten zijn geraakt met hun schade.

4.7 Het hof oordeelt als volgt. Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De vorderingen van de betrokkenen (gecedeerd aan de Stichting, zie hierna) zien op schadevergoeding op grond van schending van de zorgplicht van SNS Bank. Het niet naleven van de zorgplicht door een bank is niet een tekortkoming die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten (vergelijk HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600; BY4440 en BX7195). De betrokkenen zijn vanaf 1999-2003 geconfronteerd met beleggingsverliezen waardoor de aan hen door Wagner geadviseerde constructie niet de opbrengsten genereerden waarvan aanvankelijk was uitgegaan. Daarbij heeft bovendien te gelden dat de omstandigheid dat beleggingen een tegenvallend rendement hebben of tot verliezen leiden, niet zonder meer wijst op een tekortschieten van de beleggingsadviseur. Deze enkele omstandigheid behoeft voor de cliënt dan ook in beginsel niet een reden voor onderzoek te zijn. Het verwijt dat de Stichting aan SNS Bank maakt is echter niet haar rol in de advisering in de beleggingsproducten, maar het verzaken van de onderzoeksplicht in verband met overkreditering bij de verstrekking van de hypothecaire geldleningen. De beleggingsverliezen die door de gebeurtenissen op 11 september 2001 zijn ingezet kunnen niet, zonder nadere toelichting die SNS Bank niet heeft gegeven, dienen ter onderbouwing dat de betrokkenen op de hoogte waren van de op SNS Bank rustende zorgplicht, dat er gerede aanleiding voor de betrokkenen was om te veronderstellen dat SNS Bank daarin kan zijn tekortgeschoten en dat zij daardoor mogelijk schade hebben geleden.

4.8 In 2004 is de Stichting opgericht. De brief van 17 februari 2004 (productie 26 bij

memorie van antwoord) die SNS Bank aan de betrokkenen heeft gezonden, bevat naar het oordeel van het hof onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen oordelen dat de betrokkenen op dat moment bekend hadden kunnen zijn met een (mogelijke) schending van de zorgplicht van SNS Bank en daaruit volgende schade. De brief luidt (voor zover relevant) als volgt:

"Van de heer Faas (voorzitter van de Stichting, hof) 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."

Met de meeste betrokkenen is vervolgens, zo blijkt uit productie 28 bij memorie van antwoord, een regeling (zie hierna) getroffen, in de zin van de mogelijkheid tot boetevrij aflossen, rentewijzigingen enzovoort. Met een aantal betrokkenen is kennelijk al voor het versturen van de brief van 17 februari 2004 een vergelijkbare regeling getroffen. Deze regelingen hadden alle tot doel een praktische oplossing te bieden voor de problemen waarmee de betrokkenen zich kennelijk geconfronteerd zagen om aan hun hypothecaire verplichtingen jegens SNS Bank te blijven voldoen dan wel om de betrokkenen in de gelegenheid te stellen de door Wagner geadviseerde constructie te ontmantelen. Niet gesteld of gebleken is dat de betrokkenen op een eerder tijdstip dan nadat zij zich bij de Stichting hadden gemeld dan wel voordat (met name degenen die al voor 17 februari 2004 een regeling hadden getroffen en daarover contact met SNS Bank hadden gehad) of op het moment dat de betrokkenen de brief van 17 februari 2004 hadden ontvangen, op de hoogte waren dat SNS Bank mogelijk niet aan haar zorgplicht inzake overkreditering jegens hen had voldaan.

4.9 Het hof is van oordeel dat eerst uit de fax van 11 oktober 2005 van de Stichting (productie 8 bij memorie van grieven) volgt dat met de mogelijkheid wordt rekening gehouden dat - naast Wagner - ook SNS Bank niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. De Stichting schrijft in genoemde fax, voor zover relevant, immers:

"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 Bank dan juridisch gaan laten toetsen."

Dit leidt tot het oordeel dat kort voor 11 oktober 2005 de verjaringstermijn voor de betrokkenen en de Stichting is aangevangen.

4.10 Vervolgens dient vastgesteld te worden of de vorderingen van de betrokkenen en de Stichting tijdig zijn gestuit. De Hoge Raad heeft in het arrest van 18 september 2015 (ECLI:NL:HR:2015:2741) het volgende overwogen:

"De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis kan onder meer worden gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (art. 3:317 lid 1 BW). Deze schriftelijke mededeling moet een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhouden dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijl alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (vgl. HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0418, NJ 2006/642). Bij de beoordeling of de mededeling aan de in art. 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige

omstandigheden van het geval (vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502, NJ 2009/439). Bij deze beoordeling kan onder omstandigheden mede betekenis toekomen aan de verdere correspondentie tussen partijen (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7063, NJ 2011/503)."

In het licht van voornoemd arrest is het hof van oordeel dat de hiervoor geciteerde tekst uit de fax van 11 oktober 2005 een voldoende duidelijke waarschuwing aan SNS Bank inhoudt, dat zij zich mogelijkerwijs nog tegen een vordering van of namens de betrokkenen zal moeten verweren. Hierbij speelt voorts een rol dat SNS Bank niet heeft betwist dat er na deze fax veelvuldig contacten tussen haar en de Stichting hebben plaatsgevonden, hetgeen onder meer ook volgt uit de e-mailwisseling op 12 en 13 maart 2008 (productie 9 bij memorie van grieven).

4.11 Uitgaande van een aanvang van de verjaringstermijn kort voor 11 oktober 2005, en een eerste stuiting bij fax van 11 oktober 2005, moest stuiting plaatsvinden vóór 11 oktober 2010. Niet in geschil is dat op 6 mei 2009 de Stichting mededeling heeft laten doen van de aan haar gecedeerde vorderingen door de betrokkenen door betekening van de cessieakten aan SNS Bank. Hierdoor heeft een tijdige stuiting van de verjaringstermijn, die is gaan lopen kort voor 11 oktober 2005, plaatsgevonden. De Stichting heeft vervolgens bij dagvaarding van 2 december 2010 SNS Bank in rechte betrokken.

4.12 Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor onder 4.7 is overwogen, kan ook het subsidiaire beroep van SNS Bank op rechtsverwerking in de zin van artikel 6:89 BW niet slagen. Op de betrokkene rust op grond van artikel 6:89 BW eerst een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. Uit het voorgaande volgt dat het hof van oordeel is dat eerst kort voor oktober 2005 de betrokkenen en de Stichting op de hoogte zijn geraakt dat op SNS Bank een zorgplicht rustte en er aanleiding was om te veronderstellen dat SNS Bank daar mogelijk in kan zijn tekortgeschoten. Vervolgens heeft de Stichting namens betrokkenen aan SNS Bank de fax van 11 oktober 2005 gezonden en daarmee binnen bekwame tijd na ontdekking van een gebrek bij SNS Bank geprotesteerd.

4.13 Het voorgaande betekent dat grief 3 in het principaal hoger beroep slaagt en grief I in het incidenteel hoger beroep faalt.

Finale kwijting

4.14 SNS Bank keert zich met **grief II in het incidenteel hoger beroep** tegen het oordeel van de rechtbank in r.o. 4.1 dat de door haar getroffen regelingen met (een aantal van) de betrokkenen geen schikkingen tegen finale kwijting betreffen. Een aantal betrokkenen wilde de door Wagner geadviseerde constructie ontmantelen en SNS Bank heeft haar bereidheid getoond om daaraan mee te werken. Zij heeft in dat kader toegestaan dat boetevrij kon worden afgelost en zij heeft de hypotheekrente verlaagd. Die renteverlaging hield geen verband met de ontmanteling, terwijl er ook geen sprake was van betalingsonmacht. Juist die bereidheid om beide te doen (boetevrij aflossen én renteverlaging) toont aan dat de getroffen regeling was bedoeld om - bij voorbaat - een juridisch geschil tussen partijen te beslechten. Doelstelling om de betrokkenen een brief, waarin de regeling was opgenomen, te laten ondertekenen was dan ook om hen te committeren dat de klacht naar behoren was opgelost. Dit terwijl SNS Bank ook zonder toestemming van een klant de hypotheekrente kan verlagen. Ook na ommekomst van de rentevaste periode heeft SNS Bank in de geest van de

destijds gemaakte afspraken gehandeld, ondanks dat de hypotheekrente inmiddels al zodanig was verlaagd dat een korting niet langer noodzakelijk was om te kunnen voorzien in een betaalbare hypotheek. Ook hieruit volgt dat het destijds om een blijvende tegemoetkoming gaat, aldus SNS.

4.15 De Stichting betwist dat er een regeling tegen finale kwijting tot stand is gekomen. Insteek van de afspraken die in de periode 2003 tot en met 2008 tussen SNS Bank en de betrokkenen zijn gemaakt was het verlagen van de hypotheeklasten om die betaalbaar te maken. Dat het om coulance-afspraken en niet om een afspraken tegen finale kwijting ging, volgt ook uit de bewoordingen van de brieven waarin SNS Bank de gemaakte afspraken heeft vastgelegd. Slechts bij twee cedenten (die geen deel meer uitmaken van de onder 4.2 sub 1 genoemde groep betrokkenen) is opgenomen dat de regeling een finaal karakter heeft ("onder de voorwaarde dat u ons algemene kwijting verleent" respectievelijk "zij wij bereid om tegen finale kwijting"). In de overige brieven is een dergelijke tekst niet opgenomen, terwijl de betrokkenen de correspondentie met SNS Bank, zoals door SNS Bank overgelegd als productie 21 bij conclusie antwoord, ook niet zodanig hebben moeten opvatten dat zij door ondertekening van de regeling aan SNS Bank finale kwijting zouden verlenen. De Stichting voert voorts aan dat ook uit de correspondentie blijkt dat de stelling van SNS Bank dat geen van de betrokkenen betalingsproblemen zou hebben, onjuist is.

4.16 Het hof is van oordeel dat de regelingen, voor zover overgelegd, die SNS Bank met de betrokkenen heeft getroffen, geen schikkingen tegen finale kwijting betreffen. Op de twee brieven - waarin de hiervoor geciteerde teksten zijn opgenomen - na, bevat productie 21 bij conclusie van antwoord geen correspondentie, waaruit het finale karakter van de regelingen blijkt. Integendeel, in de overgelegde correspondentie volgt eerder dat op basis van coulance-overwegingen SNS Bank bereid was om een regeling aan te gaan. Overigens volgt uit meerdere van de door SNS Bank overgelegde brieven dat bij de betrokkenen financiële problemen bestaan. Dit volgt onder meer uit de notitie van 18 februari 2003 SNS Bank inzake Van Baalen en de brieven uit 2004 en 2005 van SNS Bank aan Beunder, Boesten, Gerritsen, A.J. Heijmen, Hendriks, Jacobs, J.A. Jansen, Kenter, Kerkhoven, Lamers, Mast, Van Meegen, Meeusen, Nannan, Poels, Sahetapy, Traas, Veldhuyzen van Zanten, W. van de Ven, De Vos, Van der Zweth waarin is opgenomen: "Als gevolg van tegenvallende beleggingsresultaten zal u op termijn niet langer kunnen voldoen aan uw contractuele verplichtingen uit de geldovereenkomst" of een sterk vergelijkbare tekst.

Het hof wil wel geloven dat SNS Bank met deze regelingen voor ogen heeft gestaan dat zij daardoor - bij voorbaat - verdere geschillen zou kunnen voorkomen. Het is juist ook daarom dat het op de weg van SNS Bank had gelegen om toe te lichten waarom zij bij twee regelingen die doelstelling (finale kwijting) wel heeft opgenomen en in alle andere regelingen niet. Die toelichting heeft SNS Bank niet gegeven. Hierdoor blijft onverklaard waarom een professionele partij als SNS Bank juist in de regelingen met de betrokkenen (alle consumenten), die destijds niet werden bijgestaan door een advocaat, geen duidelijke bepaling heeft opgenomen waaruit de aard van de regeling blijkt, terwijl zij dit wel bij de twee - door een advocaat bijgestane - consumenten heeft gedaan.

Dat, volgens SNS Bank, het feit dat voor één van de onderdelen van de regeling, namelijk de renteverlaging, geen toestemming van betrokkene(n) nodig was, als een omstandigheid beschouwd moet worden op grond waarvan het voor de betrokkene duidelijk was of redelijkerwijs kon zijn, dat het hier om een regeling tegen finale kwijting ging, kan niet worden gevolgd. Het hof is van oordeel dat de deze omstandigheid dermate impliciet is dat niet kan worden aangenomen dat het voor de betrokkenen duidelijk was of redelijkerwijs had moeten zijn dat het hier om een finale regeling ging. Daarbij speelt een rol dat de

betrokkenen met het aangaan van een regeling tegen finale kwijting hun verdere rechten in beginsel prijsgeven, hetgeen een dermate ingrijpend rechtsgevolg is, dat dit niet kan leunen op impliciete aannames als de voorgenoemde.

Evenmin is dat het geval met de (niet nader onderbouwde) stelling van SNS Bank dat het voor de betrokkenen (kennelijk achteraf na ommekomst van de rentevaste periode) duidelijk had kunnen zijn dat het destijds om een blijvende tegemoetkoming ging. Andere feiten of omstandigheden heeft SNS Bank niet aangevoerd. Voorgaand oordeel wordt niet anders indien vast zou komen te staan dat de getroffen regelingen niet zijn aangegaan in verband met het bestaan van problemen om aan de betalingsverplichtingen op grond van de hypothecaire geldleningen jegens SNS Bank te kunnen voldoen. Aan bewijs hiervan wordt om die reden niet toegekomen. Ook wordt niet toegekomen aan het aanbod van SNS Bank om te bewijzen dat de regelingen zijn aangegaan met de gedachte dat daarmee ook voor de toekomst een bevredigende oplossing was gevonden, omdat, zelfs indien bewezen, dit ook niet tot een ander oordeel kan leiden. Het aanwezig zijn van louter een gedachte aan een bevredigende oplossing kan immers niet tot de conclusie leiden dat de betrokkenen een regeling tegen finale kwijting hebben willen aangaan. Grief II in het incidenteel hoger beroep faalt ook.

Cessie

4.17 Met **grief III in het incidenteel hoger beroep** stelt SNS Bank aan de orde dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat betrokkenen hun vorderingen rechtsgeldig aan de Stichting hebben gecedeerd. SNS Bank voert daartoe aan dat niet aan het vereiste van artikel 3:84 lid 2 BW is voldaan. Volgens SNS Bank bepaalt de akte van cessie niet in voldoende mate welk verwijt SNS Bank wordt gemaakt. Niet is duidelijk wat de aard van de verwijten is, welk bedrag wordt gevorderd en tot wie men zich richt. De verwijten die de Stichting aan SNS Bank in eerste aanleg en hoger beroep heeft gemaakt, verschillen niet alleen, maar zijn ook niet terug te voeren op de akte van cessie. De Stichting stelt dat zowel uit de akte van cessie als uit de daaropvolgende correspondentie voldoende kenbaar voor SNS Bank is geweest welke vordering is gecedeerd, zodat aan het bepaalbaarheidsvereiste is voldaan.

4.18 Volgens art. 3:84 lid 2 BW moet het over te dragen goed bij de levering met voldoende bepaaldheid zijn omschreven. Een gecedeerde vordering moet in de akte in voldoende mate worden bepaald. Daartoe dient de akte de gegevens te bevatten aan de hand waarvan, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Volgens vaste jurisprudentie worden aan het vereiste van art. 3:84 lid 2 BW geen strenge eisen gesteld. Zo betekent dit niet dat de vordering in de akte zelf moet worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden, zoals het bedrag van de vordering, de naam van de debiteur, het nummer van de factuur of een aan de debiteur toegekend cliëntnummer. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering(en) het gaat. Ook behoeft de naam van de schuldenaar niet in de akte te worden vermeld.

4.19 Het hof is van oordeel dat de (inmiddels ten aanzien van alle betrokkenen overgelegde) akte van cessie tussen de Stichting en de betrokkene voldoende gegevens bevat aan de hand waarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Uit het vijfde bulletpoint van de cessie-akte volgt dat de vorderingen van betrokkenen tevens betrekking hebben op een toerekenbare tekortkoming en/of onrechtmatig handelen van een aantal met name genoemde partijen, waaronder SNS Bank, in het kader van hun betrokkenheid bij het meewerken aan de uitvoering van de door Wagner geadviseerde constructie. Hiermee is naar

het oordeel van het hof in voldoende mate voldaan aan het vereiste van bepaalbaarheid ex art. 3:84 lid 2 BW. De grief faalt.

Overkreditering

4.20 **Grief 1 in het principaal hoger beroep en grief V in het incidenteel hoger beroep** zijn gericht tegen (de overwegingen van de rechtbank die hebben geleid tot) het oordeel dat op SNS Bank als verstrekker van een hypothecaire lening de plicht rust om onverantwoorde kreditering te vermijden. De rechtbank is echter aan een verdere beoordeling hiervan niet toegekomen omdat de rechtbank ten aanzien van de enige gedupeerde van wie de individuele omstandigheden in eerste aanleg door de Stichting waren uitgewerkt, tot het oordeel is gekomen dat die vordering was verjaard. Het hof zal de grieven gezamenlijk behandelen.

4.21 De Stichting stelt dat SNS Bank bij het verstrekken van de hypothecaire geldleningen aan de betrokkenen niet aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens de Stichting heeft SNS Bank nagelaten een (adequaat) onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van de betrokkenen met het oog op het voorkomen van een wanverhouding tussen lasten en inkomen. Ook heeft SNS Bank niet aan de op haar rustende waarschuwingsplicht voldaan door niet te waarschuwen voor de risico's verbonden aan de financieringsconstructie. En indien uit de inkomens- en vermogenstoets was gebleken dat de financiële positie wel toereikend zou zijn geweest, dan had SNS Bank moeten waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's. Zo nodig had SNS Bank de betrokkenen moeten ontraden en, in het uiterste geval, moeten weigeren, om de kredietovereenkomst met haar aan te gaan. De Stichting stelt voldoende redenen te hebben om aan te nemen dat geen dan wel een ondeugdelijke inkomens- en vermogenstoets is uitgevoerd. In ieder geval heeft SNS Bank, ondanks herhaaldelijk verzoek daartoe, nimmer de resultaten van een inkomens- en vermogenstoets aan de betrokkenen of - in een later stadium - aan de Stichting overgelegd. De Stichting stelt voorts dat er geen sprake is van een eenvoudige hypothecaire geldlening. De betrokkenen waren immers, naast het vestigen van de hypotheek en het afsluiten van een overlijdensrisicoverzekering, verplicht een beleggingsdepot aan SNS Bank te verpanden, alsook een premiebetalende kapitaalverzekering (als onderdeel van het Wagner-advies) af te sluiten, die vervolgens aan SNS Bank verpand diende te worden. De hieruit voortvloeiende lasten drukten uiteraard op het besteedbaar inkomen, waardoor de financiering nog minder passend werd. Om aan de financieringslasten van de hypothecaire geldleningen te kunnen voldoen, waren de betrokkenen afhankelijk van de opbrengsten van de aandelenportefeuille. De aanname van de door Wagner geadviseerde constructie veronderstelde dat jaarlijks een rendement van 8% moe(s)t worden behaald gedurende de volledige looptijd van de verstrekte leningen, te weten 30 jaar. Dit dient te worden onderscheiden van een gemiddeld rendement van 8% over de hele looptijd. Zodra de geprognosticeerde rendementen in een jaar niet werden behaald, had dit tot onmiddellijk gevolg dat er meer onttrekkingen uit het beleggingsdepot nodig waren om de aangegane en reeds bestaande financiële lasten, zoals vaste lasten, te kunnen dragen en met het resterende deel van de portefeuille een hoger rendement moest worden behaald om aan de(ze) verplichtingen te kunnen voldoen.

In de tussen SNS Bank en betrokkenen afgesloten kredietovereenkomst vinden de zorgplichten voorts hun grondslag in artikel 6:248 lid 1 BW alsook in artikel 2.1 van de Algemene Bankvoorwaarden 1999. Ook hieruit volgt dat SNS Bank dient te waken voor overkreditering. Daarnaast geeft ook de publiekrechtelijke wetgeving nadere invulling aan de zorgplicht die op SNS Bank ter zake rust, aldus de Stichting.

4.22 SNS Bank betwist, samengevat, primair dat er destijds op haar een zorgplicht rustte om overkreditering te voorkomen. In die tijd bestond er geen maatschappelijke- of rechtsnorm om consumenten te behoeden voor overkreditering. Toetsing vond in die tijd plaats op basis van een normatief, dus geobjectiveerd, kader, zoals destijds vastgelegd in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2001. Bij de toetsing mag SNS Bank geen willekeurige rente hanteren, maar dient zij zich te houden aan de toetsrente, zoals vastgelegd in genoemde gedragscode. De voorwaarde dat de inkomstenbron niet mag worden aangetast is eerst in 2007 opgenomen in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen. Die regel is niet in wettelijke normen herhaald. Thans is de norm dat rekening moet worden gehouden met het redelijkerwijs te verwachten rendement. Op grond van de destijds geldende rendementsverwachtingen was er geen reden om de door Wagner gehanteerde rendementen in twijfel te trekken. Een rendementsverwachting van 8% was destijds reëel.

4.23 De omvang van de zorgplicht wordt bovendien mede bepaald doordat SNS Bank ervan uit mocht gaan dat de betrokkenen waren bijgestaan inzake hun hypotheek door een deskundig adviseur. Ook waren zij door Wagner vertegenwoordigd in hun contacten met SNS Bank bij het aangaan van de hypothecaire leningen. SNS Bank is als hypotheekverstrekker niet gehouden zich te verdiepen in de kostenstructuren van producten waarin hypotheekgevers wensen te beleggen. Een dergelijke onderzoeksplicht rust niet op SNS Bank. SNS Bank wist ook niet in alle gevallen waarvoor de hypotheek werd aangewend en er bestaat voor haar geen plicht om te waarschuwen voor risico's verbonden aan de wijze van aanwenden van de gelden. Zo was zij bijvoorbeeld niet bekend dat sommige betrokkenen effectenleasecontracten met Aegon waren aangegaan. SNS Bank betwist niet dat er risico's waren verbonden aan het door Wagner gegeven advies, maar zij betwist wel dat de risico's dusdanig onverantwoord waren dat sprake zou zijn geweest van overkreditering bij het verlenen van de hypothecaire lening. De zorgplicht reikt niet zover dat SNS Bank dient te waarborgen dat een hypotheekgever beschermd moet worden tegen eventuele betalingsmoeilijkheden. SNS Bank betwist dat zij de hypotheek slechts mocht verstrekken indien het dividend of de rente op de beleggingen toereikend was om tezamen met het inkomen aan de betalingsverplichtingen te kunnen voldoen, zoals J. Koelewijn in zijn in opdracht van de Stichting opgestelde rapport ("Een opinie inzake de mogelijke overkreditering bij de hypotheekverstrekking van SNS Bank van 2 september 2014", productie 18 bij de akte producties) heeft betoogd. Subsidiar betwist SNS Bank dat op haar als hypotheekverstrekker een waarschuwings- en/of weigeringsplicht rustte. Voor zover een dergelijk plicht wel op haar zou rusten dan ontbreekt het causaal verband om de klant te waarschuwen of hem af te raden of te weigeren het krediet af te nemen, omdat het hypotheekbedrag door de eigen financieel adviseur van de betrokkenen was geadviseerd en SNS geen bemoeienis heeft gehad bij het financieel plan van Wagner, aldus nog steeds SNS Bank.

4.24 SNS Bank voert verder aan van iedere betrokkene informatie te hebben ingewonnen en daarmee te hebben voldaan aan de op haar rustende informatieplicht. SNS Bank heeft een inkomens- en vermogenstoets uitgevoerd en heeft een BKR toets uitgevoerd, teneinde vast te stellen of de financiële positie toereikend was om de lasten te kunnen dragen. Daarbij mocht zij rekening houden met verpand én onverpand vermogen, was bovendien alleen de informatie van belang ten tijde van de hypotheekverlening en moeten gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan na de hypotheekverstrekking buiten beschouwing worden gelaten. Bij de beoordeling van de hypotheekaanvraag heeft zij rekening gehouden met het feit dat betrokkenen van hun beleggingen moesten onttrekken (het meerdere boven 36%) om hun maandlasten volledig te betalen. Onder verwijzing naar het arrest van 23 december 2014 van

het Hof Den Bosch (zie onder 3.4) dient volgens SNS Bank bovendien een onderscheid te worden gemaakt per betrokkene of er sprake was van een onttrekkingsnoodzaak of van een onttrekkingsmogelijkheid. Ook voert SNS Bank aan dat de zogenoemde opeethypotheek maatschappelijk aanvaard zijn.

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 Wagner. 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 waarvan er een aantal door SNS Bank als productie 37 bij memorie van antwoord in het geding zijn gebracht, alsmede (althans meestal) over een door Wagner opgesteld document – besproken tijdens het pleidooi in hoger beroep - waarin op één A4 de financieringsconstructie was samengevat (zie ook noot 2 bij conclusie van antwoord, hierna:

het Wagner A4-tje). In sommige gevallen beschikte SNS Bank, zoals zij heeft aangegeven, ook nog over een brief van Wagner 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 ontleen 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 de in productie 38 bij memorie van antwoord opgenomen 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 Wagner geadviseerde financieringsconstructie. De betaalbaarheid van de door SNS Bank verstrekte hypothecaire geldlening was echter afhankelijk van de rendementen van de door Wagner 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 Wagner 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 (productie 1 bij memorie van grieven, nader aangevuld door productie 10 en 12 bij akte producties) 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 uit voorgenoemde productie 38 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. De bezwaren die SNS Bank heeft aangevoerd onder 23.99 tot en met 23.109 memorie van antwoord tegen de wijze waarop de Stichting de hiervoor genoemde overzichten heeft opgesteld, kunnen dan ook onbesproken blijven, nu deze bezwaren betrekking hebben op mogelijke invloeden die na de beoordeling of verstrekking van de hypothecaire lening verantwoord was, zouden kunnen plaatsvinden, zoals bijvoorbeeld de vermindering van de premie voor de kapitaalverzekering na vijf of tien jaar. Dan wel betrekking hebben op het woonlastpercentage, dat naar het oordeel van het hof niet (meer) relevant is indien, zoals het voorgaande volgt, 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. Ook de stelling van SNS Bank dat de zogeheten opeethypotheek als een gangbare vorm van hypotheekverstrekking moet worden beschouwd, maakt het oordeel van het hof niet anders. Voor zover dit al juist zou zijn, laat dit onverlet dat SNS Bank niet in voldoende mate heeft onderbouwd op welke wijze de door haar uitgevoerde vermogenstoets de verstrekking van de hypotheek kon rechtvaardigen.

4.31 Het hof acht daarbij van belang dat SNS Bank juist ook heeft aangevoerd dat zij geen kennis ervan droeg of het Wagner 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 Wagner A4-tje duidelijk voor SNS Bank was of had kunnen zijn, dat het advies van Wagner (mogelijk) van invloed zou kunnen zijn op de vermogenspositie van de betrokkene. Een (diepgaand) onderzoek naar het advies van Wagner 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 bezien 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. Dit leidt ertoe dat grief I in het principaal hoger beroep slaagt en grief V in het incidenteel hoger beroep faalt.

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 waarschuwplicht, 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. **Grief 2 in het principaal hoger beroep** faalt om die reden.

Schade

4.34 De Stichting heeft een verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd. Tijdens het pleidooi heeft de Stichting nader toegelicht dat de schade per betrokkene bestaat uit de rente over en de kosten van het bedrag dat als hypothecaire geldlening door SNS Bank is verstrekt, dat uitstijgt boven de destijds geldende norm van 4 à 5 keer van het bruto jaarinkomen (dan wel 36% daarvan). Bij de rente geldt dat het gaat om de werkelijk betaalde rente over het surplus. Bij verlaging van de rente gaat het over het bedrag aan verlaagde rente zolang het surplus is blijven lopen. Als eigen geld gebruikt is voor verlaging of aflossing van de geldlening dan telt de rente over dat bedrag niet als schade. Ook dient bij de schadebepaling rekening te worden gehouden met de coulanceregeling en inmiddels verleende kortingen.

4.35 SNS Bank heeft aangevoerd dat de Stichting onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de mogelijkheid van schade bestaat, dat geen causaliteit kan worden aangenomen, dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste en dat sprake is van eigen schuld. Volgens SNS Bank heeft de Stichting onvoldoende gesteld waaruit de schade bestaat die door SNS Bank is veroorzaakt, hetgeen tot een niet-ontvankelijkheid van de Stichting zou moeten leiden wegens gebrek aan belang. Voor zover het zou gaan om beleggingsschade dan voert SNS Bank aan dat de betrokkenen reeds schadeloos zijn gesteld door de aanbieders van de verschillende beleggingsdiensten. Ook is sprake van eigen schuld. Bovendien heeft geen van de betrokkenen een restschuld aan SNS Bank en hebben alle betrokkenen, procederend in hoger beroep, een aanbod tot een tegemoetkoming gekregen. Een aanzienlijk aantal betrokkenen heeft een korting op de rente gekregen en krijgt die nog steeds. Voorts heeft SNS Bank aangevoerd dat, omdat zij niet als adviseur is opgetreden en geen betrokkenheid heeft gehad bij de financieringsconstructie of de wijze waarop de gelden zouden worden aangewend een causaliteitsvermoeden niet aan de orde kan zijn. Ook is het nog maar de vraag of enige waarschuwing van SNS Bank zou zijn opgevolgd, nu Wagner en niet SNS Bank de financieel adviseur van de betrokkenen was en er ook geen contact tussen de betrokkenen en SNS Bank heeft plaatsgevonden.

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 Wagner 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 een 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 brutojaarincome (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.

Overig

4.39 In verband met het slagen van een aantal grieven in het principaal hoger beroep dient het hof in het kader van devolutieve werking van het appel na te gaan welke stellingen en weren SNS Bank in prima naar voren heeft gebracht, die de rechtbank heeft verworpen of onbesproken heeft gelaten. Dergelijke stellingen en weren zijn er, gelet ook op de gewijzigde eis in hoger beroep, niet dan wel zijn deze in het voorgaande reeds beoordeeld.

5. De slotsom

5.1 In het principaal hoger beroep slagen de grieven 1 en 3 en faalt grief 2. In het incidenteel hoger beroep falen de grieven I, II, III en V en wordt aan beoordeling van grief IV niet toegekomen. Het vonnis van 11 april 2012 moet worden vernietigd. Het primair gevorderde zal op na te melden wijze worden toegewezen. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5.2 Het hof zal SNS Bank als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij in de kosten van beide instanties veroordelen.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van de Stichting zullen worden vastgesteld op € 641,89 aan verschotten (explootkosten € 73,89 en griffierecht € 568) en € 904 (2 punten x tarief II) aan salaris advocaat.

De kosten voor de procedure in principaal hoger beroep aan de zijde van de Stichting zullen worden vastgesteld op € 756,64 aan verschotten (explootkosten € 90,64 en griffierecht € 666) en € 3.129 (3,5 punten x tarief II) aan salaris advocaat.

De kosten voor de procedure in het incidenteel hoger beroep aan de zijde van de Stichting zal worden vastgesteld op € 1.564,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief.

5.3 Als niet weersproken zal het hof ook de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in principaal en incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van 11 april 2012 van de rechtbank Utrecht en doet opnieuw recht;

verklaart voor recht dat SNS Bank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld zoals hiervoor overwogen jegens de Stichting in de gevallen:

veroordeelt SNS Bank tot vergoeding van de door de Stichting, als cessionaris van de genoemde betrokkenen, geleden schade als gevolg van het onrechtmatig handelen, onder bepaling dat deze schadevergoeding nader opgemaakt dient te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet;

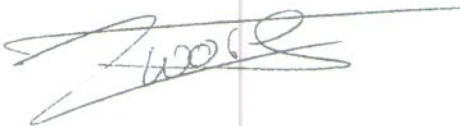
veroordeelt SNS Bank in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van de Stichting wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 641,89 voor verschotten en op € 904 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 756,64 voor verschotten en op € 4.693,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt SNS Bank in de nakosten, begroot op € 131 met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68 in geval SNS Bank niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening.

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Ch.E. Bethlem, S.M. Evers en J.G.J. Rinkes en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 29 december 2015.



Uitgegeven voor grosse
op 29-12-2015
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden