

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.142.654
(zaaknummer rechtbank Utrecht, 328112)

arrest van 29 december 2015

in de zaak van

de stichting

Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P,
gevestigd te Boekel,
appellante,
hierna: de Stichting,
advocaat: mr. J.M. van den Berg,

tegen:

de naamloze vennootschap

Rabohypotheekbank N.V.,
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde,
hierna: Rabobank,
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 12 december 2012 en 23 oktober 2013 die de rechtbank Utrecht tussen de Stichting als eiseres en Rabobank als gedaagde heeft gewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 21 januari 2014,
- de memorie van grieven tevens wijziging van eis met producties (hierna: memorie van grieven),
- de memorie van antwoord tevens antwoord akte wijziging van eis met producties,
- de pleitnota's van de op 16 februari 2015 gehouden pleidooien.

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

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat uit van de feiten die de rechtbank in het vonnis van 23 oktober 2013 onder 2.1 tot en met 2.8 heeft vastgesteld. Voorts gaat het hof uit van het volgende.

3.2 In de fax van 20 mei 2005 aan Rabobank schrijft de Stichting voor zover relevant: "De stichting stelt zich op het standpunt dat het financiële plan (...), de omvang van de kredietverlening en de periodieke onttrekkingsnoodzaak) in het algemeen als te risicovol valt te bestempelen. Derhalve had een dergelijk plan nooit geadviseerd respectievelijk gefinancierd mogen worden."

3.3 In de brief van 2 september 2005 van Rabobank aan de Stichting is onder meer het volgende opgenomen:

"In eerstgenoemde brief [*dit is de fax van 20 mei 2005, hof*] stelt u de Rabohypotheekbank, namens een aantal klanten van onze bank, aansprakelijk omdat deze bank heeft gefinancierd op basis van financiële adviezen van Wagner & Partners. Volgens uw Stichting gaat het hier om risicovolle adviezen, op basis waarvan naar uw mening nooit gefinancierd had mogen worden."

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. De 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 1997-2003 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. Rabobank, maar ook SNS Bank, 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. Een deel daarvan heeft betrekking op particulieren aan wie Rabobank een hypothecaire geldlening heeft verstrekt. De Stichting heeft ten minste 24 vorderingen van deze 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 Rabobank tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat. De rechtbank heeft bij vonnis van 23 oktober 2013 alle vorderingen van de Stichting afgewezen en haar veroordeeld in de proceskosten. De

Stichting heeft in hoger beroep drie grieven tegen dit vonnis gericht.

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 Rabobank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht jegens de Stichting in de gevallen

2. voor recht te verklaren dat Rabobank (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 Rabobank (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 Rabobank 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 Rabobank 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 Rabobank 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 "Wagnerplan", zoals blijkt uit de hypotheekoffertes door Rabobank verstrekt aan particulieren, waarmee Rabobank 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 Rabobank 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 Rabobank 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 Rabobank 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 Het hof zal eerst **grief 3** behandelen, die is gekeerd tegen het oordeel van de rechtbank dat de vordering van de Stichting is verjaard.

4.5 Rabobank heeft ter afwering van de vorderingen van de Stichting een beroep gedaan op verjaring. Het merendeel van de verstrekking van de financieringen vond plaats in de periode 1997-1999. Door de beursontwikkelingen in de jaren 2000-2001 zijn de koersen aanzienlijk gedaald, hetgeen van invloed is geweest op de beleggingsdepots van de betrokkenen. Rabobank acht het aannemelijk dat reeds medio 1999, begin 2000 voor de

betrokkenen zichtbaar was dat de beleggingsdepots zich niet ontwikkelden zoals door Wagner was voorgespiegeld. Vanaf dat moment is de verjaringstermijn aangevangen en mocht men bekend worden geacht met de aansprakelijke persoon. Rabobank stelt zich ten aanzien van de vordering van Kok op het standpunt dat de Stichting deze vordering niet tijdig heeft gestuit. In de bijlage bij de brief van 20 mei 2005 van de Stichting aan Rabobank is Kok niet opgenomen. Kok wordt evenmin genoemd in de brief van 6 november 2006. Eerst in de brief van 6 mei 2009 van de advocaat van de Stichting wordt Kok genoemd. Rabobank heeft in 1999 aan Kok de financiering verstrekt. Volgens Rabobank is de verjaringstermijn ten aanzien van Kok gaan lopen vanaf het moment dat het hem duidelijk was dat het financiële plan niet liep zoals hem door Wagner was voorgehouden, hetgeen gezien de slechte beursjaren (2000-2001) voor Kok al kort na verstrekking duidelijk moet zijn geweest. Met de brief van 6 mei 2009 van de Stichting heeft zij niet binnen de termijn van artikel 3:310 lid 1 BW de vordering van Kok tijdig gestuit. Ten aanzien van de vordering van Ligtfoot voert Rabobank aan, dat deze betrokkene wel in de bijlage bij de brief van 20 mei 2005 en de daarop volgende brief van 6 november 2006 van de Stichting wordt genoemd, maar dat nadien geen stuiting in de zin van artikel 3:317 BW heeft plaatsgevonden, zodat deze vordering is verjaard. Zo wordt Ligtfoot niet genoemd in de brief van de Stichting van 6 mei 2009 en fax van 17 januari 2012 (productie 1 bij conclusie van antwoord). Eerst bij memorie van grieven stelt de Stichting dat Rabobank ook jegens Ligtfoot onrechtmatig heeft gehandeld dan wel is tekort geschoten. Hieruit trekt Rabobank de gevolgtrekking dat de vordering van Ligtfoot niet is gecedeerd aan de Stichting. Rabobank stelt zich voorts op het standpunt dat de overige betrokkenen dan wel de Stichting namens hen, niet tijdig hebben geklaagd in de zin van artikel 6:89 BW.

4.6 Volgens de Stichting zijn de betrokkenen eerst rond 20 mei 2005 bekend geraakt met mogelijke tekortkomingen van Rabobank. Uit de als productie 5 bij memorie van grieven overgelegde fax van 20 mei 2005 en brief van 6 november 2006 van de Stichting aan Rabobank volgt dat tijdig is geklaagd en dat eveneens een tijdige stuiting van de verjaring heeft plaatsgevonden. De fax van 20 mei 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 6 mei 2009 met de betekening van de cessie-aktes aan Rabobank door de Stichting. De Stichting stuitte ook toen de verjaring namens zichzelf (artikel 3:305a BW) en namens de betrokkenen. De Stichting betwist dat de betrokkenen reeds op een eerder tijdstip dat rond mei 2005 bekend zouden moeten zijn geraakt met hun schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Volgens de Stichting heeft zij namens de betrokkenen en zichzelf ook tijdig geklaagd bij Rabobank.

4.7 Het hof oordeelt als volgt. Op grond van artikel 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsovereenkomst 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) zien op schadevergoeding op grond van schending van de zorgplicht van Rabobank. 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 eind 1999/begin 2000 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 Rabobank maakt is 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 beursontwikkeling in 2000-2001 zijn ingezet kunnen niet, zonder nadere toelichting die Rabobank niet heeft gegeven, dienen ter onderbouwing dat de betrokkenen op de hoogte waren van de op Rabobank verweten zorgplicht en dat er gereede aanleiding voor de betrokkenen was om te veronderstellen dat Rabobank daarin kan zijn tekortgeschoten en zij daardoor mogelijk schade hebben geleden.

4.8 Niet gesteld of gebleken is dat de betrokkenen op een eerder tijdstip dan omstreeks het moment dat de Stichting op 20 mei 2005 een fax aan Rabobank zond, op de hoogte waren dat Rabobank mogelijk niet aan haar zorgplicht inzake overkreditering jegens hen had voldaan. Het hof is van oordeel dat uit de fax van 20 mei 2005 van de Stichting volgt dat met de mogelijkheid wordt rekening gehouden dat (ook) Rabobank niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. De Stichting schrijft in genoemde fax, voor zover relevant, immers:

"De stichting stelt zich op het standpunt dat het financiële plan (...), de omvang van de kredietverlening en de periodieke onttrekkingsnoodzaak in het algemeen als te risicovol valt te bestempelen. Derhalve had een dergelijk plan nooit geadviseerd respectievelijk gefinancierd mogen worden."

Dat Rabobank de fax van 20 mei 2005 ook heeft begrepen als een aansprakelijkheidsstelling voor haar eigen rol ten aanzien van de betrokkenen volgt uit haar brief van 2 september 2005 aan de Stichting (zie onder 3.3). Dit leidt tot de conclusie dat kort voor 20 mei 2005 de verjaringstermijn voor de betrokkenen en de Stichting is aangevangen.

4.9 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 mogelijkterwils 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 20 mei 2005 een voldoende duidelijke waarschuwing aan Rabobank inhoudt, dat zij zich mogelijkerwils nog tegen een vordering van of namens de betrokkenen zal moeten verweren, hetgeen Rabobank, gelet op haar brief van 2 september 2005, ook zo heeft begrepen.

4.10 Uitgaande van een aanvang van de verjaringstermijn kort voor 20 mei 2005, en een eerste stuiting bij fax van 20 mei 2005, moest stuiting plaatsvinden vóór 20 mei 2010. Niet in geschil is dat op 6 mei 2009 de Stichting mededeling heeft gedaan aan Rabobank van de aan haar gecedeerde vorderingen door de betrokkenen, inclusief dus Kok, maar met uitzondering van Ligtvoet. Ten aanzien van Ligtvoet heeft de Stichting onbetwist gesteld dat uit de brief van 6 mei 2009 niet blijkt dat de Stichting nog uitsluitend optrad voor de vijf cedenten waarvan op dat moment de cessie-aktes werden verstrekt en dat slechts ten behoeve van die cedenten werd gestuit. Eveneens onbetwist heeft de Stichting aangevoerd, dat zij door Ligtvoet reeds op 3 september 2005 was gevolmachtigd om namens hem op te treden. Het hof is van oordeel dat binnen de context waarin Ligtvoet wel in de bijlage bij de brief van 20 mei 2005 en de daarop volgende brief van 6 november 2006 wordt genoemd, aan het enkele feit dat de cessie-akte van Ligtvoet niet bij de brief van 6 mei 2009 is verstrekt, niet de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de Stichting Ligtvoet in de brief van 6 mei 2009 niet meer vertegenwoordigde. Op grond van het voorgaande heeft derhalve een tijdige stuiting van de verjaringstermijn plaatsgevonden. De Stichting heeft vervolgens bij dagvaarding van 11 juli 2012 Rabobank in rechte betrokken.

4.11 Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor onder 4.7 is overwogen, kan ook het beroep van Rabobank 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 20 mei 2005 de betrokkenen en de Stichting op de hoogte zijn geraakt dat op Rabobank een zorgplicht rustte en er aanleiding was om te veronderstellen dat Rabobank daar mogelijk in kan zijn tekortgeschoten. Vervolgens heeft de Stichting namens betrokkenen aan Rabobank de fax van 20 mei 2005 gezonden en daarmee binnen bekwame tijd na ontdekking van een gebrek bij Rabobank geprotesteerd.

4.12 Het voorgaande betekent dat grief 3 slaagt.

Overkreditering

4.13 **Grief 1** is 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.

4.14 De Stichting stelt dat Rabobank 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 Rabobank 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 Rabobank 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 Rabobank moeten waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's. Zo nodig had Rabobank 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 beschikt Rabobank niet over deze toetsen. 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 Rabobank te verpanden, als ook een premiebetalende kapitaalverzekering (als onderdeel van het Wagner-advies) af te sluiten, die vervolgens aan Rabobank 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 behalen om aan de(ze) verplichtingen te kunnen voldoen. In de tussen Rabobank 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 Rabobank dient te waken voor overkreditering. Daarnaast geeft ook de publiekrechtelijke wetgeving nadere invulling aan de zorgplicht die op Rabobank ter zake rust, aldus de Stichting.

4.15 Rabobank betwist dat op haar een bijzondere zorgplicht rust, inhoudende dat zij uit eigen beweging betrokkenen had moeten informeren of (indringend) had moeten waarschuwen voor de Wagner-plannen dan wel betrokkenen nader had moeten informeren. Rabobank diende als geldverstrekker te onderzoeken of de aangevraagde financiering passend was en verstrekt kon worden op basis van de destijds geldende - meer open - verstrekkingnormen. Rabobank was niet de adviseur van de betrokkenen en ook geen aanbieder van een complex product. Volgens Rabobank was haar zorgplicht beperkt tot het doen van onderzoek naar de draagkracht van de betrokkenen en te waken voor overkreditering. De normen van de Wft golden pas sinds 2007. In de Gedragscode Hypothecaire Financieringen is eerst in 2007 een bepaling opgenomen ten aanzien van de leencapaciteit. De NIBUD Basisnormen zijn pas sinds 2013 "breed" ingevoerd. Zij moest derhalve beoordelen of de kredietverstrekking gelet op de inkomens- en vermogenspositie verantwoord was, waarbij de normen aanzienlijk ruimer waren dan thans het geval is. De bank mocht in die tijd ook rekening houden met opbrengsten van beleggingen. Volgens Rabobank heeft zij aan die onderzoeksplicht voldaan. Het door de Stichting aangehouden normpercentage tot 33% van het inkomen, was het percentage waar ook Rabobank in die jaren mee rekende. Rekenrendementen van 8 à 9 % waren in die tijd niet ongewoon. Niet is gebleken dat de betrokkenen vanaf het moment van verstrekking van hypothecaire geldlening hun verplichtingen niet hebben kunnen nakomen. Een verder gaande (bijzondere) zorgplicht, in de zin van een waarschuwings- en/of informatieplicht, rustte op de adviseur van betrokkenen, Wagner.

4.16 Rabobank voert verder aan dat zij bij alle betrokkenen een inkomens- en vermogenstoets heeft uitgevoerd, op basis waarvan geconcludeerd moet worden dat de verstrekkingen niet tot overkreditering hebben geleid. Rabobank verwijst hierbij naar de door haar overgelegde interne behandelingsoverzichten. Uit deze overzichten blijkt over welke

informatie de bank beschikte en welke informatie haar ter onderbouwing van de financieringsaanvraag is aangereikt, zoals werkgeversverklaringen, salarisspecificaties, BKR-toetsingen, waardebepalingen van de te verhypothekeren onderpanden. Volgens Rabobank dient tot uitgangspunt te worden genomen dat zij een inkomens- en vermogenstoets heeft uitgevoerd en uit die toets viel af te leiden dat de betrokkenen naar redelijke verwachting aan de uit de overeenkomst financiële verplichtingen kan blijven voldoen.

4.17 Het hof oordeelt als volgt. De primair aan Rabobank 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.

4.18 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.

4.19 Vaststaat dat Rabobank met geen van de betrokkenen contact heeft gehad en dat Rabobank zich uitsluitend heeft gebaseerd op de door Wagner aangeleverde gegevens. Van een individuele behandeling van de aanvragen is in die zin geen sprake geweest, hetgeen ook tot resultaat heeft gehad dat aan alle betrokkenen hypothecaire geldleningen werden verstrekt met een looptijd van 30 jaar, ongeacht de leeftijd van de betrokkenen bij het aangaan van hypothecaire geldleningen en ongeacht andere individuele omstandigheden. Rabobank heeft

een aantal (interne) toetsen uitgevoerd, voordat zij tot verstrekking van de hypothecaire geldleningen overging. Rabobank heeft bij haar beoordeling om tot verstrekking over te gaan, het door Wagner aangedragen verwachte rendement van 8% overgenomen. Het rendement van 8% diende jaarlijks gedurende de gehele looptijd van de te verstrekken leningen te worden behaald. Nog daargelaten of een rendement van 8% - ook in die tijd - realistisch was, staat vast, dat Rabobank zonder nader eigen onderzoek, dit rendementspercentage heeft overgenomen en tot uitgangspunt heeft genomen bij het verstrekken van de hypothecaire geldleningen. Uit de door Rabobank overgelegde gegevens op grond waarvan zij haar oordeel heeft gebaseerd om tot verstrekking over te gaan, volgt dat geen van de betrokkenen een zodanig inkomen had, dat een lager rendement niet direct tot een (forse) verzwaring van de financiële maandelijkse lasten zou leiden. Dat dit mogelijk anders zou kunnen zijn, omdat de betrokkenen bijvoorbeeld over eigen vermogen beschikten of dat er andere factoren waren waardoor een verzwaring van de maandelijkse hypotheeklasten niet op bezwaren zou stuiten, is door Rabobank niet, althans niet voldoende geverifieerd. Dit terwijl het Rabobank ook bekend was, zoals zij in haar pleitnota onder 22 heeft opgenomen, dat de maandelijkse financieringslasten niet volledig konden worden voldaan uit het arbeidsinkomen of uitkering van de betrokkenen en dat zij derhalve voor het kunnen voldoen van het overige deel van de maandelijkse financieringslasten afhankelijk waren van de opbrengsten van de beleggingen en kapitaalverzekeringen. In dit kader heeft Rabobank (meermalen) aangevoerd dat zij is uitgegaan van het door Wagner opgegeven rendementspercentage van 8% en dat haar dit niet buitensporig hoog voorkwam. Ter onderbouwing hiervan heeft Rabobank onder meer verwezen naar de in de (thans geldende) bijlage 5 van de Nadere Regeling Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft opgenomen beleggingsklassen en parameters. Hierin is de verwachte uitbetaling per beleggingsklasse bij een negatieve ontwikkeling van de koersen van een belegging weergegeven en deze varieert van 3.7% ingeval belegd wordt in deposito's tot 8,3% bij beleggingen in aandelen. Volgens Rabobank wijkt dit (negatieve) scenario weinig af van wat Wagner de betrokkenen heeft voorgehouden. Het hof stelt vast dat de in de pleitnota gedeeltelijk overgenomen tabel uit bijlage 5 Bepaling van de beleggingsklasse en parameters van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft als verwacht rendement voor de beleggingsklasse mixfonds 6,2% bedraagt. Uit de door Rabobank overgelegde stukken, waarop zij haar verstrekking heeft gebaseerd, volgt dat alle betrokkenen in een mixfonds gingen beleggen, hetgeen dus lager is dan de door Rabobank kennelijk aangehouden 8%.

Wat er ook zij van deze selectie aan kengetallen, het laat onverlet dat Rabobank heeft nagelaten om bij de verstrekking van de hypothecaire geldlening aan betrokkenen individueel te toetsen of bij een afwijkend rendementspercentage van (jaarlijks) 8% de maandelijkse financieringslasten nog konden worden gedragen, dan wel of de betrokkene bereid was het risico te lopen dat het beoogd rendement over de looptijd niet gehaald werd en dus op andere wijze besparingen moesten plaatsvinden om de maandelijkse financieringslasten te kunnen blijven dragen. Dit klemmt temeer nu Rabobank ervan op de hoogte was dat de financieringsconstructie inhield dat maandelijkse onttrekkingen werden gedaan uit het beleggingsdepot en dat de premie voor de kapitaalverzekering ook gefinancierd moesten worden vanuit het beleggingsrendement. Rabobank heeft ook het door de Stichting gemaakte en tijdens het pleidooi toegelichte rekenvoorbeeld (noot 3 van de pleitnota van de Stichting) waarin de Stichting aantoont dat de initiële hoofdsom daalt ondanks dat over een periode van vier jaar een gemiddeld rendement van 8%, dus niet jaarlijks, wordt gehaald, niet betwist.

4.20 Niet in geschil is dat Rabobank 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 Rabobank 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. Uit de overgelegde gegevens per betrokkene (productie 1 bij memorie van grieven) 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. Alle betrokkenen waren daarvoor afhankelijk van het halen van de beoogde jaarlijkse rendementen. Het bezwaar van Rabobank dat de Stichting in haar berekening van Venderbosch in productie 1 bij memorie van grieven ten onrechte is uitgegaan van een financiering van NLG 475.000, terwijl in het kadaster alleen een eerste hypotheek van NLG 350.000 staat ingeschreven, verklaart niet waarom dan wel in de hypotheekakte als hypotheekbedrag NLG 472.500 is opgenomen, zodat het hof aan dit bezwaar voorbij gaat. Dit betekent dat op het moment van verstrekking voor Rabobank al duidelijk was of had kunnen zijn, dat de financiële maandlasten voor de betrokkenen niet betaalbaar waren en er sprake zou zijn van overkreditering. Dit volgt alleen al uit de hiervoor genoemde effecten van de normale jaarlijkse fluctuaties van rendementen van aandelen(mixfondsen), de depotconstructie waardoor na het doen van onttrekkingen nog hogere rendementen noodzakelijk waren en de noodzaak om een deel van de rendementen te besteden aan de (forse) premie van de kapitaalverzekering.

4.21 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Rabobank niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Deze zorgplicht bestond eruit om op een zodanige 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 Rabobank onrechtmatig jegens de betrokkenen gehandeld. Dit leidt ertoe dat ook grief 1 slaagt.

Waarschuwingsplicht

4.22 Daarnaast heeft Rabobank ook niet voldaan aan haar waarschuwingsplicht, nu uit de door haar uitgevoerde inkomens- en vermogenstoets bleek dat bij alle betrokkenen het gevaar op overkreditering aanwezig was. Uit het voorgaande volgt dat er voor Rabobank bij alle betrokkenen aanleiding was om betrokkenen in ieder geval te wijzen op de risico's van de betaalbaarheid van de af te sluiten hypothecaire geldleningen en bijkomende verzekeringen. Dat Rabobank zich van de risico's bewust was, lijkt ook te volgen uit de verpanden van onder meer de kapitaalverzekeringen. De verplichting voor het geven van die zekerheidsstellingen zijn als zodanig (vanzelfsprekend) niet verwijtbaar, maar wel is verwijtbaar dat Rabobank niet individueel heeft getoetst of de betrokkenen de effecten van de voorwaarden waaronder Rabobank de hypothecaire geldleningen verstrekte, voldoende voorgehouden door Wagner - hun maandelijkse financieringslasten niet uit de beoogde rendementen van de constructie zouden kunnen betalen. De verwijzing in de hypotheekofferte naar de rol van Wagner (*"Door Wagner & Partners is het financieel*

overzicht toegelicht en bent u geïnformeerd ten aanzien van de financieringsconstructie en de fiscale consequenties. Korthedshalve mogen wij u daarnaar verwijzen") ecarteert de eigen zorgplicht daaromtrent niet. Deze waarschuwingsplicht berust op een eigen zorgplicht die op een verstrekker van hypothecaire geldleningen rust, ongeacht de op Wagner rustende waarschuwingsplicht. **Grief 2**, gericht tegen de overweging van de rechtbank over de op Rabobank rustende waarschuwingsplicht, slaagt eveneens.

Schade

4.23 De Stichting heeft een verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd. Rabobank heeft betwist dat de betrokkenen schade hebben geleden. Zij heeft erop gewezen dat vier van de zes betrokkenen hun financiering inmiddels hebben afgelost en dat de resterende twee betrokkenen de financieringsverplichtingen correct nakomen. Ook voert Rabobank aan dat niet duidelijk is of een eventuele schade van betrokkenen niet reeds is vergoed door andere financiële dienstverleners betrokken bij de Wagner-constructie, zoals de beleggingsverzekeraars en/of Wagner en/of haar rechtsopvolgers. Zo heeft de Stichting op haar website vermeld dat er een regeling zou zijn getroffen met onder meer Aegon en het T&P Resultante fonds, aldus Rabobank.

4.24 Het hof is van oordeel dat de Stichting de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt, zodat naar de schadestaatprocedure zal worden verwezen. Desgevraagd heeft de Stichting tijdens het pleidooi de schade van de betrokkenen, en meer in het bijzonder van de heer en mevrouw Mertschuweit (respectievelijk geboren in 1942 en 1941), nader toegelicht. Uit deze toelichting en uit de overgelegde stukken volgt onder meer dat het bruto-jaarinkomen NLG 33.410 (een WAO-uitkering) bedroeg, dat de vermogenspositie nihil was en dat na verstrekking hun hypotheekschuld verviervoudigd werd (van NLG 102.000 naar NLG 440.000). Gelet op de executiewaarde van de woning van NLG 285.000 (productie 1f bij memorie van antwoord) zou de volgens Rabobank destijds geaccepteerde 125% van de waarde bij executie resulteren in een hypothecaire geldlening van NLG 356.250 terwijl een lening van NLG 440.000 werd verstrekt. Dat zoals Rabobank heeft aangevoerd het percentage van 125% overschreden mocht worden bij een pandrecht op een beleggingstegoed laat onverlet dat de niet door Rabobank betwiste gevolgen indien niet jaarlijks een rendement van 8% zou worden gehaald, in het geval Mertschuweit niet buiten beschouwing hadden kunnen worden gelaten. Indien dit voldoende inzichtelijk was geworden, was Mertschuweit nooit de aan hem verstrekte hypothecaire geldlening aangegaan, zodat de mogelijkheid dat door het verstrekken van de hypothecaire geldlening schade bij hem is ontstaan voldoende aannemelijk is. Het hof acht het tevens voldoende aannemelijk dat dit geldt voor alle dan wel in ieder geval meerdere betrokkenen. Hierbij heeft bovendien te gelden dat Rabobank niet heeft betwist dat de Stichting de belangen behartigt van de betrokkenen.

4.25 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 inkomenspositie 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 à 5 keer het brutojaarinkomen, verleend had mogen worden. Een en ander gecorrigeerd met de inmiddels reeds gedane compensaties. Het verdere debat over onderwerpen als causaliteit, eigen schuld en matiging kunnen ook nader in de schadestaatprocedure worden gevoerd.

Overig

4.26 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 Rabobank 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. Slotsom

5.1 Alle grieven slagen, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. Het vonnis van 23 oktober 2013 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 Rabobank 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 € 665,64 aan verschotten (explootkosten € 90,64 en griffierecht € 575) en € 904 (2 punten x tarief II) aan salaris advocaat.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de Stichting zullen worden vastgesteld op € 806,87 aan verschotten (explootkosten € 102,87 en griffierecht € 704) en € 2.682 (3 punten x tarief II) aan salaris advocaat.

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

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van 23 oktober 2013 van de rechtbank Utrecht en doet opnieuw recht;

verklaart voor recht dat Rabobank in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld zoals hiervoor overwogen jgens de Stichting in de gevallen

veroordeelt Rabobank 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 Rabobank in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van de Stichting wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 665,64 voor verschotten en op € 904 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 806,87 voor verschotten en op € 2.682 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Rabobank in de nakosten, begroot op € 131 met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68 in geval Rabobank 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 gosse
op 29-12-2015
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden