

De bijzondere zorgplicht van de bank jegens de particuliere aspirant-borg: waar ligt de grens?

*Mr. B.M.H. Fleuren**

1 Inleiding

Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad heeft de bank een bijzondere zorgplicht jegens een particuliere aspirant-borg, die ertoe strekt te verzekeren dat hij zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde.¹ Deze verplichting is door de Hoge Raad eerst aangenomen in verband met het leerstuk van de dwaling in HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 m.nt. Brunner (Van Lanschot/Bink). In zijn arrest van 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190 (Aruba Bank c.s./Hardeveld), heeft de Hoge Raad het bestaan van de bijzondere zorgplicht van de bank jegens een particuliere borg opnieuw bevestigd.

In dit artikel ga ik in op de vraag of de bijzondere zorgplicht meebrengt dat de bank onderzoek moet doen naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid van de particuliere aspirant-borg en ervoor dient te zorgen dat de borgstelling hierop aansluit. Bij advisering aan consumenten bij het aangaan van een kredietovereenkomst is de bank daartoe verplicht op grond van art. 4:23 van de Wet op het financieel toezicht (Wft).² Bovendien mag de bank aan een consument geen krediet verstrekken indien dit leidt tot overkreditering (art. 4:34 lid 2 Wft). Mijn conclusie is dat de hiervoor genoemde Wft-bepalingen niet van toepassing zijn ten aanzien van de particuliere aspirant-borg (zie par. 3).

Hiermee is echter nog niet alles gezegd, omdat de bijzondere zorgplicht van de bank verder kan gaan dan haar publiekrechtelijke zorgplicht. In paragraaf 4 ga ik op de vraag in of, naar analogie met de effectenlease-jurisprudentie van de Hoge Raad, op de bank een verplichting rust om onderzoek te doen naar de draagkracht van de aspirant-borg en om hem te adviseren van de borgstelling af te zien, indien hij de verplichtingen daaruit niet kan dragen. De Hoge Raad heeft over deze vraag nog niet geoordeeld. In de lagere rechtspraak³ en in de literatuur⁴ wordt hierover verschillend gedacht. Mijn conclusie is dat er geen reden is om de bijzondere zorgplicht van de bank in deze zin uit te breiden.

* Mr. B.M.H. Fleuren is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

1. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190 (Aruba Bank c.s./Hardeveld), r.o. 3.4.1. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad rust de zorgplicht op de professionele kredietverstrekker. Professionele kredietverstrekkers kunnen banken zijn, maar ook financiële ondernemingen die financiële diensten verlenen met betrekking tot krediet in de zin van art. 1:1 Wft, maar geen bank zijn. Waar ik in dit artikel over de bank spreek, bedoel ik ook de andere professionele kredietverstrekkers (bijv. aanbieders, bemiddelaars en adviseurs met betrekking tot krediet in de zin van art. 1:1 Wft).
2. Zie J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten* (Recht en Praktijk, deel FR8), Deventer: Kluwer 2015, par. 3.2.8.1 (p. 299-308) en M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, *Overkreditering bij consumentenkrediet*, MvV 2014, afl. 7/8, p. 188-189. Ingevolge art. 41 lid 2 Vv Wft geldt deze verplichting voor wat betreft het verlenen van krediet alleen indien de krediet som meer bedraagt dan € 1000, indien sprake is van hypothe-cair krediet of indien het krediet deel uitmaakt van een complex product in de zin van art. 1 BGfO.

3. Het Hof Den Bosch heeft geoordeeld dat de bank jegens de particuliere aspirant-borg verplicht is om te toetsen of het aangaan van de borgtocht verantwoord is, indien deze verplichting is opgenomen in de interne leidraden van de bank. Het hof laat echter in het midden of de bank hiertoe ook verplicht is, indien deze verplichting niet in haar interne leidraden is opgenomen. Zie Hof Den Bosch 15 juli 2014, JOR 2014/311 m.nt. Bertrams (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), r.o. 7.11, Hof Den Bosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106, JOR 2013/261 m.nt. Bertrams (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), r.o. 4.23, en Hof Den Bosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1650 (X c.s./Rabobank), r.o. 7.10. Zie anders: Hof Den Haag 18 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1934, r.o. 2.15 (Rabobank/X c.s.), waarin werd geoordeeld dat de bank niet tot taak heeft zich te verdiepen in de draagkracht van de aspirant-borgen. Hoewel dit laatste oordeel algemeen is geformuleerd, woog het hof bij dit oordeel ook mee dat de aspirant-borgen ervaren horecaondernemers waren en een eigen adviseur konden raadplegen. Zie ook Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6593, r.o. 4.5, waarin de rechtbank oordeelde dat bij gebrek aan bijzondere omstandigheden, die daartoe nopen, de bank niet verplicht is om de draagkracht van de aspirant-borg te onderzoeken. De bank kan hiertoe dus naar het oordeel van de rechtbank onder bijzondere omstandigheden wel verplicht zijn.
4. Tjittes is voorstander van uitbreiding van de bijzondere zorgplicht in deze zin. Zie R.P.J.L. Tjittes, *Ongeschreven zorgplichten van de schuldeiser jegens de aspirant-borg bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht*, WPNR 2001/6442, p. 355-356 en R.P.J.L. Tjittes, *Verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg, preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, TvPr. 2000/37 (4-00), nr. 43 (p. 1465-1466). Bertrams koestert tegen het aannemen van deze verplichting geen principiële, maar wel praktische bezwaren. Zie R.I.V.F. Bertrams, *annotatie bij Hof Den Bosch 19 maart 2013*, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106, JOR 2013/261 (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), nr. 6.

2 Inhoud en ratio van de bijzondere zorgplicht van de bank jegens de aspirant-borg

De wetgever heeft bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (BW) voorzien in een specifiek regime ter bescherming van particuliere borgen (titel 15, afdeling 2 van Boek 7 BW (art. 7:857-864 BW)).⁵ Van een particuliere borgtocht is sprake indien de borgtocht wordt aangegaan door een natuurlijke persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of BV waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft (art. 7:857 BW). Een particuliere borgstelling wordt, met andere woorden, niet aangegaan uit een zakelijk motief, maar vanwege de persoonlijke (vriendschaps- of familie)relatie tussen de borg en de hoofdschuldenaar.⁶

De aanleiding om particuliere borgen aanvullende bescherming te bieden is dat ten aanzien van hen 'de behoefte het grootst [is] aan een bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven, maar als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen'.⁷ Bij particuliere borgen, die door overwegingen die samenhangen met hun persoonlijke relatie tot de hoofdschuldenaar, tot het aangaan van de borgtocht worden bewogen, is volgens de wetgever 'het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop het grootste (...), terwijl bij hem het inzicht, nodig voor het beoordelen van de gevolgen van de hem verlangde transactie, het vaakst zal ontbreken'.⁸

Deze beschermingsgedachte ligt ook ten grondslag aan de bijzondere zorgplicht van de bank ten aanzien van particuliere aspirant-borgen.⁹ Deze bijzondere zorgplicht strekt er naar het oordeel van de Hoge Raad in *Aruba Bank c.s./Hardeveld* toe te verzekeren dat de laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van de bijzondere zorgplicht hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de hoofdschuldenaar:

'3.4.1 Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat – ook naar het recht van het land Aruba en (tot 10 oktober 2010) van de toenmalige Nederlandse Antillen – een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar. (HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (*Van Lanschot/Bink*)).'

In de literatuur is discussie over de vraag of het volstaat om de borg te waarschuwen voor de risico's die in het algemeen verbonden zijn aan een borgstelling, of dat de bank ook specifieke informatie met betrekking tot de financiële toestand van de hoofdschuldenaar dient te delen.¹⁰ De Hoge Raad heeft zich over deze vraag nog niet uitgelaten. Omdat de bijzondere zorgplicht mede ertoe strekt te voorkomen dat de aspirant-borg ten onrechte vertrouwt op een goede afloop, kunnen de omstandigheden van het geval mijns inziens meebrengen dat de bank ook informatie met betrekking tot de financiële situatie van de hoofdschuldenaar met de aspirant-borg dient te delen. Ook in de lagere rechtspraak wordt op deze manier

5. O.m. geldt voor de particuliere borgtocht dat het maximumbedrag waarvoor de borg aansprakelijk kan worden gesteld vooraf moet vaststaan en dat de borgtocht in beginsel slechts door een geschrift bewezen kan worden (art. 7:858 en 7:859 BW). Ook geldt een tussentijdse opzeggingsbevoegdheid voor borgtochten ter zake van toekomstige vorderingen (art. 7:861 BW) en dient de echtgenoot mee te tekenen (art. 1:88 BW). Zie verder Asser/*Van Schaick* 7-VIII* 2012/106-109 en J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW, deel B78), Deventer: Kluwer 2012, p. 73-84.

6. Ook borgtochten verstrekt door verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen zijn particuliere borgtochten, tenzij gezegd kan worden dat zij in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de borg zijn aangegaan. Zie Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 444.

7. Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 444.

8. Parl. Gesch. Boek 7 BW, p. 857.

9. Zie Asser/*Van Schaick* 7-VIII* 2012/110 en HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190 (*Aruba Bank c.s./Hardeveld*), r.o. 3.4.2, waarin de Hoge Raad verwijst naar de hiervoor aangehaalde passage uit Parl. Gesch. Boek 7 BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 444.

10. Blomkwist, Castermans en Tjittes betogen dat de bank slechts verplicht is om de aspirant-borg te waarschuwen voor de risico's van een borgtocht in het algemeen, namelijk dat de borg kan worden aangesproken indien de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, maar dat onzeker is of dat zal gebeuren. Zij betogen echter niet dat de bank ook financiële informatie over de hoofdschuldenaar met de aspirant-borg moet delen. Zie Blomkwist 2012, nr. 23 (p. 63), A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 111 en Tjittes 2001, p. 352 en 356. Volgens Hijma moet de bank wel informatie over de financiële toestand van de hoofdschuldenaar verstrekken, zij het op hoofdlijnen en alleen voor zover de informatie aan haar bekend is. Zie J. Hijma, 'Dwaling', *TvPr.* 1992, p. 508. Van Rossum en Jansen begrijpen de jurisprudentie van de Hoge Raad aldus dat op de bank een onderzoeksplicht rust naar de financiële toestand van de hoofdschuldenaar en dat de bank de resultaten daarvan aan de aspirant-borg dient te presenteren. Zie M.M. van Rossum, *Dwaling*, in het bijzonder bij koop van onroerend goed (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 36 en 158 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, nr. 3.7.15 (p. 239-240).

invulling gegeven aan de bijzondere zorgplicht van de bank jegens de aspirant-borg.¹¹

De bank mag informatie die zij ontleent aan haar vertrouwensrelatie met haar cliënt niet aan derden verstrekken. Deze verplichting volgt uit de algemene bankvoorwaarden¹² en de bancaire gedragsregels.¹³ De bank zal daarom steeds toestemming van de hoofdschuldenaar nodig hebben om vertrouwelijke informatie over de hoofdschuldenaar met de aspirant-borg te mogen delen. De bank heeft deze toestemming niet nodig indien zij aan haar zorgplicht kan voldoen door te wijzen op risico's die in het algemeen zijn verbonden aan de markt waarop de hoofdschuldenaar actief is.¹⁴

De bijzondere zorgplicht van de bank jegens de aspirant-borg geldt niet indien de borg geen particulier is.¹⁵ Dat is bijvoorbeeld het geval indien de aspirant-borg (mede) aandeelhouder is in het geplaatst kapitaal van de hoofdschuldenaar,¹⁶ reeds enkele jaren in dienst is bij de hoofdschuldenaar en een traject is gestart tot deelname in de onderneming van de hoofdschul-

denaar,¹⁷ of bestuurder is van de hoofdschuldenaar.¹⁸ Ook kan ervaring van de aspirant-borg als bankier en bestuurder van een vennootschap¹⁹ maken dat de bijzondere zorgplicht niet van toepassing is. In die gevallen kan de aspirant-borg immers worden geacht zich verdiept te hebben in de financiële toestand van de hoofdschuldenaar.

Is de aspirant-borg aandeelhouder van de hoofdschuldenaar, maar sinds enkele jaren niet meer actief betrokken bij de onderneming van de hoofdschuldenaar, en lijkt een familieband de doorslag te hebben gegeven bij de borgstelling, dan dient de bank wel informatie te verstrekken over de financiële toestand van de hoofdschuldenaar.²⁰ Dat geldt ook indien de aspirant-borg een ervaren zakenman is, maar de persoonlijke vriendschapsband met de hoofdschuldenaar de doorslag lijkt te hebben gegeven bij het aangaan van de borgstelling.²¹

Het is nog geen uitgemaakte zaak of de bank ook verplicht kan zijn om te onderzoeken of de aspirant-borg zijn verplichtingen uit hoofde van de borgstelling wel kan dragen. Het Hof Den Bosch oordeelde in een casus die zich speelde toen art. 4:23 en 4:34 Wft nog niet in werking waren getreden,²² dat van de bank in ieder geval mocht worden verwacht dat zij jegens een particuliere aspirant-borg haar interne leidraden zou naleven om te beoordelen of het aangaan van de borgstelling onverantwoord was.²³ Het Hof Den Haag oordeelde in een casus ten tijde waarvan deze regels al wel van toepassing waren, dat het niet de taak van de bank is om zich in de draagkracht van de aspirant-borg te verdiepen.²⁴

11. Zie in deze zin bijv. Rb. Maastricht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:AZ9740, JOR 2007/158 m.nt. Spinath (ABN Amro/Heunen-Vroemen), r.o. 3.10-3.11. In de hierna in noten 16 t/m 19 genoemde lagere rechtspraak werd telkens geoordeeld dat de bank niet was verplicht om specifieke informatie met betrekking tot de financiële toestand van de hoofdschuldenaar met de aspirant-borg te delen, omdat de aspirant-borg gezien zijn betrokkenheid bij de onderneming van de hoofdschuldenaar (als aandeelhouder, aspirant-aandeelhouder of bestuurder) geacht kon worden op de hoogte te zijn van de financiële toestand van de hoofdschuldenaar. Hoewel in deze rechtspraak niet uitdrukkelijk is geoordeeld dat op de bank een verplichting rustte om, indien van dergelijke betrokkenheid geen sprake zou zijn geweest, informatie met betrekking tot de financiële toestand van de hoofdschuldenaar met de aspirant-borg te delen, ligt het voor de hand dat de rechters in die zaken wél van deze verplichting zijn uitgegaan. Zie anders: Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8685, r.o. 4.12, waarin werd geoordeeld dat er op de bank in het algemeen geen verplichting rust om informatie te verstrekken over de financiële toestand van de hoofdschuldenaar. Dat laat mijns inziens onverlet dat de bijzondere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat wel van een dergelijke verplichting sprake is.
12. A.J.C. Meijs, Bank, zorgplicht en derden: enkele lessen voor de bancaire praktijk, MvV 2013, afl. 12, p. 352 en noot 5, R.I.V.F. Bertrams, Algemene bankvoorwaarden, in B. Wessels e.a. (red.), Algemene voorwaarden (Recht en Praktijk, deel CR 1), Deventer: Kluwer 2010, nr. 24.2 en Rb. 22 december 1999, JOR 2000/130, waarin het bankgeheim als een algemene verplichting van de bank jegens haar cliënten wordt aanvaard.
13. De Gedragsregels zijn gepubliceerd op de website van de Nederlandse Vereniging van Banken (zie <www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/3569/gedragsregels-toekomstgericht-bankieren.html>).
14. Zie Rb. Noord-Holland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:6063, JONDR 2015/114 (DSB/X en Y), r.o. 4.2, waarin de rechtbank oordeelde dat de bank de aspirant-borg had moeten waarschuwen voor het risico dat hij tot betaling zou worden aangesproken, gezien de risico's die net na het uitbreken van de financiële crisis op de vastgoedmarkten speelden.
15. Vgl. HR 3 juni 1994, NJ 1997/287 m.nt. CJHB (Direktbank/Breda), waarin werd geoordeeld dat de aard van de borgtochtvereenkomst meebrengt dat – buiten gevallen van particuliere borgtocht – een dwaling omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar krachtens art. 6:228 lid 2 BW in beginsel voor rekening van de borg behoort te blijven.
16. Hof Den Haag 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2129, JOR 2012/124, r.o. 4.11 en 4.16, Hof Den Bosch 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BW7996, JOR 2012/197, r.o. 4.15.2 en Rb. Leeuwarden 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU1277 (Rabobank Tilburg/X).

17. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6967, RF 2016/40 (ING/X).
18. Rb. Noord-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5675, JOR 2015/77 (Deutsche Bank/Taekema), r.o. 4.14 en 4.15.
19. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5484, JOR 2016/163 (X/Rabobank Gelderse Vallei), r.o. 4.8.
20. Rb. Maastricht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:AZ9740, JOR 2007/158 m.nt. Spinath (ABN Amro/Heunen-Vroemen), r.o. 3.10 en 3.11.
21. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, NJ 2016/190 (Aruba Bank c.s./Hardeveld), r.o. 3.4.2.
22. De verplichting om cliëntonderzoek te doen (art. 4:23 Wft) was per 1 juli 2006 opgenomen in art. 32 Wfd. De verplichting om overkreditering te voorkomen (art. 4:34 Wft) was per 1 mei 2006 opgenomen in art. 51 Wfd. Zie Stb. 2005, 339 en 677. Per 1 januari 2007 zijn deze verplichtingen opgenomen in de Wft.
23. Zie Hof Den Bosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106, JOR 2013/261 m.nt. Bertrams (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), r.o. 4.15. Door de borgen was in die zaak betoogd dat art. 4:23 en 4:34 Wft van toepassing waren bij het aangaan van de borgtocht. Het hof hoefde op dit betoog niet in te gaan, omdat de borgtochten waren aangegaan in 2003, d.w.z. voor de invoering van deze verplichtingen.
24. Zie Hof Den Haag 18 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1934 (Rabobank/X c.s.), r.o. 2.2 (vierde gedachtstreepte) en 2.15, waarin de borgtochten waren aangegaan in 2007. Zie ook Hof Den Bosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1650 (X c.s./Rabobank), r.o. 7.1 onder c en 7.10, waarin de borgtocht was aangegaan in 2008, en Rb. Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6593, r.o. 2.2 en 4.5, waarin de borgtochten waren aangegaan in 2012. In deze zaken werd evenmin een verplichting tot het doen van draagkrachtonderzoek aangenomen.

Indien uit de toezichtrechtelijke regels kan worden afgeleid dat de bank ten aanzien van de aspirant-borg verplicht is om aan het *ken-uw-cliënt*-beginsel te voldoen en te voorkomen dat hij een schuld aangaat die hij niet kan of wil dragen, betekent dit in beginsel dat deze verplichting ook in het civiele recht jegens hem doorwerkt. De toezichtrechtelijke bepalingen, die zijn opgenomen in deel 4 Wft, hebben immers mede tot doel om consumenten te beschermen tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen. Dat betekent dat indien komt vast te staan dat de bank een toezichtrechtelijke bepaling uit deel 4 Wft heeft geschonden en een consument hierdoor schade heeft geleden, voldaan zal zijn aan het relativiteitsvereiste (art. 6:163 Wft).²⁵

Brengt het toezichtrecht géén verplichting met zich om onderzoek te doen naar de draagkracht van de aspirant-borg, dan is het echter niet uitgesloten dat deze verplichting wél uit de bijzondere zorgplicht van de bank kan volgen. De bijzondere zorgplicht is immers gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals toegesneden op het concrete geval, en deze kunnen meebrengen dat een bank gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de geldende publiekrechtelijke regels.²⁶ Hieronder ga ik eerst in op de publiekrechtelijke zorgplicht van de bank jegens de aspirant-borg en vervolgens op het civiele recht.

3 Publiekrechtelijke zorgplicht jegens de particuliere aspirant-borg: toepasselijkheid van art. 4:23 en 4:34 Wft

3.1 Inleiding

Indien een bank een consument adviseert over het aangaan van een hypothecair krediet, een consumptief krediet waarvan de krediet som meer bedraagt dan € 1000 of krediet dat deel uitmaakt van een complex product, dient de bank te voldoen aan het *ken-uw-cliënt*-beginsel, zoals neergelegd in art. 4:23 Wft. Art. 4:23 lid 1 Wft bepaalt dat de bank vooraf aan de adviesverlening informatie dient in te winnen over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid van de consument. De bank dient er bovendien voor te zorgen dat haar advies op deze informatie is gebaseerd en dient haar advies toe te lichten (art. 4:23 lid 1 aanhef en onder b en c Wft). Indien de bank de cliënt bij het verlenen van een financiële dienst niet adviseert, dient zij dat vooraf kenbaar te maken (art. 4:23 lid 2 Wft).

25. Kamerstukken II 2005/06, 29709, 19, p. 395. Zie hierover Claassen & Snijders 2014, par. 6.1.

26. Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia), r.o. 4.11.5 en de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor dit arrest, nr. 3.21. Dat geldt ook voor de bijzondere zorgplicht van de bank jegens de aspirant-borg, omdat de verhouding tussen de bank en de aspirant-borg niet wordt bestreken door de Richtlijn consumentenkrediet (2008/48/EU) en de Richtlijn woonkredietovereenkomsten (2014/17/EU) of enige andere Europese regels. Zie J.W.A. Biemans, De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen, NTBR 2012/46, par. 3.

Van advisering in de zin van art. 1:1 Wft is sprake wanneer één of meer specifieke financiële producten in de zin van art. 1:1 Wft in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aanbevolen. Een financieel product kan ingevolge art. 1:1 Wft zijn: een beleggingsobject, een betaalrekening, elektronisch geld, een financieel instrument, krediet, een spaarrekening, een verzekering, een premiepensioenvordering of een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen ander product. Krediet is in art. 1:1 Wft gedefinieerd als het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten. Van aanbieden in de zin van de Wft is sprake indien rechtstreeks of middellijk een voldoende bepaald voorstel wordt gedaan tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument, premiepensioenvordering of verzekering is.

Art. 4:34 lid 1 Wft schrijft voor dat een aanbieder van krediet vóór de kredietverlening of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet informatie inwint over de financiële positie van de consument en ter voorkoming van overkreditering beoordeelt of het aangaan van de overeenkomst onderscheidenlijk de belangrijke verhoging verantwoord is.²⁷ De aanbieder mag geen overeenkomst inzake krediet aangaan met een consument en mag niet overgaan tot een belangrijke verhoging van het krediet indien dit, met het oog op de overkreditering van de consument, onverantwoord is (art. 4:34 lid 2 Wft). Daarnaast bevat de Wft een groot aantal informatieverplichtingen die gelden met betrekking tot het aanbieden, bemiddelen en adviseren ten aanzien van krediet. Ook is per 1 januari 2014 in art. 4:24a Wft een generieke zorgplicht opgenomen voor financiële dienstverlening aan consumenten.

3.2 CBB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, JOR 2015/143 (AFM/Quarz)

De vraag of art. 4:23 Wft van toepassing is ten aanzien van particuliere aspirant-borgen, was aan de orde in AFM/Quarz. Quarz bood lidmaatschapsrechten in een woonvereniging aan. Verschillende banken verstrekten hypothecair krediet ter financiering van de lidmaatschapsrechten. Quarz trad daarbij op als adviseur en bemiddelaar in krediet zoals bedoeld in de Wft. De doelgroep van Quarz bestond uit studenten en starters. Hun ouders traden bij de financiering op als borg, hoofdelijk verbonden schuldenaar, mededebiteur of garantieverer.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) oordeelde dat de advisering van Quarz de ouders én de studenten betrof. Het CBB oordeelde dat ouders mede contractspartij bij de kredietovereenkomst werden.²⁸ Hun financiële belan-

27. Deze verplichting was per 1 mei 2006 opgenomen in art. 51 Wfd (Stb. 2005, 339 en 677).

28. CBB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, JOR 2015/143 (AFM/Quarz), r.o. 5.4. Zie voor de uitspraak in eerste aanleg Rb. Rotterdam 23 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1507, r.o. 2.1 en de beslissing op bezwaar van de AFM d.d. 24 februari 2012 (<www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2013/aug/boete-quarz>), nr. 116.

gen waren daarbij naar het oordeel van het CBB in het geding en Quarz verstrekke ook aan hen advies. Aldus is sprake van advisering in de zin van art. 4:23 lid 1 Wft en derhalve diende Quarz zich ook van hun financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid op de hoogte te stellen. Indien Quarz de ouders geen advies wenste te verlenen, had Quarz dit aan de ouders uitdrukkelijk kenbaar moeten maken.²⁹

3.3 Zijn art. 4:23 en 4:34 Wft van toepassing ten aanzien van de aspirant-borg?

Uit AFM/Quarz kan mijns inziens niet worden afgeleid dat art. 4:23 Wft van toepassing is in alle gevallen waarin een particulier zich borg stelt voor de nakoming van verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst inzake krediet in de zin van de Wft. Omdat in de adviesfase alle opties nog open waren (dus ook dat de ouders mededebiteur of hoofdelijk schuldenaar zouden worden), was art. 4:23 Wft hoe dan ook van toepassing ten aanzien van de ouders. Dat zou anders zijn geweest indien borgstelling door de ouders van meet af aan de enige optie zou zijn geweest.

Aan de borg wordt immers geen geldsom verstrekt. Dit betekent dat ten aanzien van de aspirant-borg geen sprake is van aanbieden van krediet of adviseren in de zin van art. 1:1 Wft. Ook betekent dit dat de aspirant-borg in de verhouding tot de bank niet kan worden aangemerkt als consument in de zin van art. 1:1 Wft.³⁰ Het gevolg hiervan is dat art. 4:23 en 4:34 Wft en de overige Wft-bepalingen inzake krediet niet van toepassing zijn ten aanzien van de borg, maar slechts ten aanzien van de hoofdschuldenaar (indien hij consument is).³¹

Ook de generieke zorgplicht, die per 1 januari 2014 is neergelegd in art. 4:24a Wft, beschermt de aspirant-borg niet in zijn relatie tot de bank. Art. 4:24a lid 1 Wft bepaalt dat een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. De aspirant-borg is in de relatie met de bank geen consument, omdat de bank aan de aspirant-borg geen financiële dienst verleent. Ook is de aspirant-borg geen begunstigde zoals bedoeld in art. 4:24a lid 1 Wft.³² Het gevolg is dat de aspirant-borg niet door het financiële toezichtrecht wordt beschermd.

4 Brengt de bijzondere zorgplicht een verplichting met zich om draagkrachtonderzoek te doen?

Mijns inziens brengt ook de bijzondere zorgplicht van de bank niet met zich dat zij zich dient te verdiepen in de draagkracht van de aspirant-borg.³³ Ten eerste staat de bank met de aspirant-borg niet in een adviesrelatie, maar verhoudt zij zich tot hem als tot een derde.³⁴ De borg neemt bovendien geen financieel product van de bank af, maar gaat slechts een (voorwaardelijke) verplichting aan jegens de bank ten behoeve van de hoofdschuldenaar. De relatie van de aspirant-borg tot de bank verschilt niet van die tot een derde, die ten behoeve van de bank een pand- of hypotheekrecht vestigt voor de schuld van een ander (art. 3:231 lid 1 BW).

De Hoge Raad heeft in *De Treek/Dexia* aanvaard dat ook indien de bank de consument niet adviseert, maar slechts een financieel product aan de consument aanbiedt, zij verplicht kan zijn om (1) voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de cliënt en (2) de cliënt te waarschuwen voor het risico van een restschuld, indien hij deze niet kan dragen.³⁵ Het hof had in het arrest *a quo* geoordeeld dat een effectenleaseovereenkomst een complex aflossingsproduct is, waarbij het risico bestaat van een restschuld bij tussentijdse beëindiging en waaruit langlopende financiële verplichtingen kunnen voortvloeien. Het hof had naar het oordeel van de Hoge Raad terecht geoordeeld dat *Dexia* potentiële afnemers had moeten waarschuwen om van de overeenkomst af te zien, indien zij de potentiële restschuld niet zouden kunnen dragen.

De bijzondere zorgplicht, zoals door de Hoge Raad is aangenomen in *De Treek/Dexia*, is echter niet van toepassing indien de bank een (relatief) eenvoudig product aanbiedt, zoals een hypothecair krediet. In dat geval liggen de verplichtingen van de consument op voorhand vast, en rust op de bank geen bijzondere zorgplicht. Zie aldus bijvoorbeeld het Hof Amsterdam in een zaak waarin de kredietnemers hadden betoogd dat op de bank een bijzondere zorgplicht rustte, die

29. CBB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, JOR 2015/143 (AFM/Quarz), r.o. 5.4.

30. Een consument in de zin van de Wft is een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelt aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent (art. 1:1 Wft).

31. Vgl. R.I.V.F. Bertrams, annotatie bij Hof Den Bosch 15 juli 2014, JOR 2014/311 (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), nr. 1 en zijn annotatie bij het tussenarrest in deze zaak van 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106, JOR 2013/261, nrs. 5 en 6.

32. Het begrip begunstigde is volgens de MvT in art. 4:24a lid 1 Wft opgenomen voor het geval de financiële dienstverlener weliswaar een financiële dienst verleent aan een consument, maar de begunstigde van dit product een derde persoon is (bijv. bij levensverzekeringen). Zie Kamerstukken II 2012/13, 33632, 3, p. 78-79.

33. Zie anders: Tjittes 2000, p. 356, die betoogt dat de bank beter in staat is dan een particulier om in te schatten wat de grenzen behoren te zijn van de aansprakelijkheid van de borg en hoe reëel deze verplichtingen zijn. Daarom dient de bank volgens Tjittes onderzoek te doen naar de eigen belangen en financiële mogelijkheden van de borg (bij het aangaan van de overeenkomst en in de toekomst), gevolgd door een verslag van de bevindingen daarvan aan de borg.

34. Zie ook B. Bierens, *Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht*, NTBR 2003/3, par. 8.1.

35. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. Vranken (*De Treek/Dexia*). Zie hierover R.E. van Esch, *Uitspraak van de Hoge Raad in effectenlease-zaken*, FR 2009, p. 295-299 en Van Poelgeest 2015, p. 208-210.

inhiel dat de bank hen diende te waarschuwen tegen het aangaan van een lening die zij niet zouden kunnen terugbetalen:³⁶

‘4.16 De onderhavige kredietovereenkomst betreft echter niet dergelijke, niet of minder goed door de consument in te schatten risico’s. Het gaat bij de overeenkomst om een krediet van een bepaald bedrag en om duidelijke, in beginsel vaste maandelijkse betalingsverplichtingen, die – gezien de variabele rente – alleen kunnen wisselen binnen de marge van de maximumkredietvergoeding. De kredietnemers wisten vanaf het begin welke betalingsverplichtingen zij aangingen. Ook daarom is voor een zorgplicht van een aard en omvang als door de kredietnemers gesteld in dit geval geen plaats.’

Een borgstelling is, evenals een overeenkomst inzake hypothecair krediet, geen complex product. Bij een hypothecaire geldlening kan het op het moment van het afsluiten van de lening nog onduidelijk zijn wat de betalingsverplichtingen precies zullen zijn, omdat sprake kan zijn van een variabele rente. Bij een particuliere borgtocht staat echter bij aanvang vast wat het maximumbedrag is waarvoor de borg aansprakelijk kan worden gesteld (art. 7:858 lid 1 BW).³⁷ Een borgstelling is in zoverre een eenvoudiger contract dan een overeenkomst inzake hypothecair krediet. Er is dus ten aanzien van de particuliere aspirant-borg geen reden om aan te nemen dat de bijzondere zorgplicht van de bank meebrengt dat zij ervoor dient te zorgen dat de aspirant-borg niet een te grote schuld aangaat.

Ten tweede dient er, bij gebrek aan een andersluidende wettelijke regeling, in beginsel van te worden uitgegaan dat de aspirant-borg zelf verantwoordelijk is om te bepalen of hij de verplichtingen uit hoofde van de borgtocht kan en wil dragen. Vóór de invoering van art. 4:23 en 4:34 Wft gold dit ook ten aanzien van kredietverlening aan consumenten. Art. 28 lid 2 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck) bepaalde dat de kredietgever een kredietwaardigheidstoets moest uitvoeren, maar deze bepaling strekte ter bescherming van de bank en niet van de consument. Het was volgens de wetgever de eigen verantwoordelijkheid van de consument om, eventueel met hulp van een onafhankelijke buitenstaander, aan de hand van de benodigde gegevens zijn eigen aflossingscapaciteit vast te stellen.³⁸

Mijns inziens geldt deze eigen verantwoordelijkheid *a fortiori* voor de aspirant-borg, ten aanzien van wie de bank ook thans niet verplicht is om draagkrachtonderzoek te doen (zie par. 3.3). Ook indien de interne regels van de bank wél bepalen dat de bank een draagkrachtonderzoek moet doen ten aanzien van een particuliere aspirant-borg, leidt niet-nakoming van deze verplichting niet tot een tekortkoming jegens de borg. Deze verplichting strekt immers ter bescherming van het belang van de bank en niet dat van de borg.³⁹ De hiervoor vermelde uitspraak van het Hof Den Bosch, waarin werd geoordeeld dat de bank ten aanzien van de aspirant-borg verplicht was om haar interne richtlijnen na te leven om te beoordelen of het aangaan van de borgtocht verantwoord was,⁴⁰ lijkt mij om deze reden onjuist.

Ten derde stuit het aannemen van een verplichting om ten aanzien van de aspirant-borg draagkrachtonderzoek te doen, zoals Bertrams heeft betoogd, op praktische bezwaren.⁴¹ Bij kredietverlening aan consumenten is het op voorhand relatief goed in te schatten wat de betalingsverplichtingen van de kredietnemer zullen zijn. De betalingsverplichtingen van de aspirant-borg zijn echter op voorhand naar hun aard onzeker, omdat de borg alleen kan worden aangesproken als de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. Om een correcte inschatting te maken van de vraag of de borg een te grote schuld aangaat, zou de bank dus een kansberekening moeten maken met betrekking tot de vraag of de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen zal nakomen.

Deze berekening is echter niet met voldoende zekerheid te maken. Daarbij komt dat de bank nu juist een borgtochtovereenkomst afsluit om de onzekerheid met betrekking tot de toekomstige financiële toestand van de hoofdschuldenaar af te

36. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, RF 2008/58, r.o. 4.3, 4.15 en 4.16. Zie ook Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP9469, JONDR 2011/143, r.o. 4.23, Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, JOR 2012/267 m.nt. Lieveerse, Rb. Maastricht 19 januari 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP2357, B.T.M. van der Wiel & A.M. van Aerde, Zorgplichten bij consumentenkredietverstrekking, in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), Aansprakelijkheid in de financiële sector (Onderneming en Recht, deel 78), Deventer: Kluwer 2013, nr. 14.5.5, O.O. Cherednychenko, Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief, MvV 2014, afl. 7/8, p. 184 en Van Poelgeest 2015, p. 210 en 215 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie. Zie anders: Rb. Den Haag 11 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1674, JOR 2012/181, waarover kritisch J.W.P.M. van der Velden in nr. 9 van zijn annotatie bij deze uitspraak, en de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 1 april 2011, JOR 2011/222, r.o. 5.4, waarover kritisch: F.M.A. 't Hart in nr. 9 van zijn annotatie bij deze uitspraak. Het komt ook steeds vaker voor dat in de lagere rechtspraak de normen van art. 4:23 en 4:34 Wft, die anders dan art. 28 lid 1 Wck wel strekken ter bescherming van de kredietnemer, ook worden toegepast op gevallen waarvoor deze normen nog niet golden. Zie Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2700, RF 2015/79, JOR 2015/331 (ABN Amro/Overwaardeconstructie W&P), r.o. 3.7, waarover kritisch: H. Scholten in nr. 7 van zijn annotatie bij dit arrest, en Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9921, JOR 2016/67 (Rabohypotheekbank/Overwaardeconstructie W&P), r.o. 4.17, waarover kritisch: J.M. Atema in nr. 7 van zijn annotatie bij dit arrest. Om de hiervoor vermelde redenen lijkt mij dat onjuist.

37. Daarbij kunnen nog wel de rente en kosten worden opgeteld doordat de borg zelf tekortschiet in zijn verplichting tot betaling van het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is (art. 7:858 lid 2 BW). Zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/80 en 106.

38. Kamerstukken II 1987/88, 19785, 7, p. 37, Kamerstukken II 1986/87, 19785, 3, p. 47, en Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, RF 2008/58, r.o. 4.12.

39. Zie Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, RF 2008/58, r.o. 4.12.

40. Zie noot 3.

41. Zie R.I.V.F. Bertrams in zijn annotatie bij Hof Den Bosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106, JOR 2013/261 (Gradussen c.s./SNS Bank c.s.), nr. 6.

dekken. Indien de bank geen beroep kan doen op de borgtocht, indien achteraf blijkt dat zij een verkeerde inschatting heeft gemaakt met betrekking tot de precieze hoogte van de betalingsverplichtingen van de aspirant-borg, wordt de borgtocht daarmee tot een te risicovolle zekerheid voor de bank. De bank zal in dat geval alleen nog professionele borgen willen accepteren. Dit lijkt mij niet de bedoeling van de wetgever, die immers juist in een specifiek beschermingsregime voor de particuliere borg heeft voorzien.

Ten slotte zie ik ook geen noodzaak om de bijzondere zorgplicht van de bank aldus uit te breiden, dat de bank moet voorkomen dat de aspirant-borg een schuld aangaat die hij niet kan of wil dragen. De aspirant-borg is al op de hoogte van het maximale risico dat hij loopt, omdat het maximumbedrag waarvoor hij aansprakelijk is van tevoren vast moet staan (art. 7:858 lid 1 BW). De bank kan onder omstandigheden verplicht zijn om met de aspirant-borg specifieke informatie te delen over de financiële toestand van de hoofdschuldenaar om te voorkomen dat de aspirant-borg er ten onrechte op vertrouwt dat hij niet door de bank zal worden aangesproken. De aspirant-borg kan met deze informatie in de hand zelf beoordelen of hij zich borg kan en wil stellen.

5 Conclusie

In dit artikel ben ik ingegaan op de omvang van de bijzondere zorgplicht van de bank jegens de particuliere aspirant-borg. In het bijzonder heb ik de vraag behandeld of de bank verplicht is om de financiële wensen en draagkracht van de particuliere aspirant-borg te onderzoeken. Mijn conclusie is dat de bank hiertoe op grond van het financieeltoezichtrecht niet verplicht is, omdat art. 4:23 en 4:34 Wft niet van toepassing zijn ten aanzien van de aspirant-borg. Ook de bijzondere zorgplicht van de bank brengt naar mijn mening geen verplichting met zich om draagkrachtonderzoek te doen. Wel kan de bank uit hoofde van de bijzondere zorgplicht verplicht zijn om aan de particuliere aspirant-borg specifieke informatie te verschaffen over de financiële toestand van de hoofdschuldenaar, indien dit nodig is om te voorkomen dat de aspirant-borg ten onrechte op een goede afloop vertrouwt.