De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening

Onderzoek naar de omstandigheden waaronder de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk is in geval van overkreditering.

Waalre, 26 mei 2014

VDB Advocaten Notarissen B.V.
Auteur: P. A. (Pietro) Bonaparte

Geschreven in opdracht en onder begeleiding van de heer mr. G.A.M (Rik) Sieben, advocaat bij VDB Advocaten Notarissen B.V.

De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening

Onderzoek naar de omstandigheden waaronder de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk is in geval van overkreditering.

Datum verschijning	**Waalre, 26 mei 2014**
Opdrachtgever	**VDB Advocaten Notarissen B.V.**
adres opdrachtgever	**Eindhovenseweg 128, 5580 AD Waalre**
Auteur	**De heer P.A. (Pietro) Bonaparte**
Studentnummer	**2039856**
Opleiding	**HBO-Rechten**
Onderwijsinstelling	**Juridische Hogeschool Avans-Fontys, Hervenplein 2**
Locatie opleiding	**'s-Hertogenbosch (5232 JE)**
Afstudeerperiode	**3 februari 2014 - 26 mei 2014**
Afstudeermentor	**De heer mr. G.A.M. (Rik) Sieben**
Eerste afstudeerdocent	**Mevrouw mr. N. (Noortje) Lavrijssen**
Tweede afstudeerdocent	**Mevrouw mr. L.A. (Loes) Hopmans**

Voorwoord

De scriptie die voor u ligt is het eindproduct van een vier maanden durende afstudeerperiode bij VDB Advocaten Notarissen, hierna: VDB. Daarnaast is deze scriptie het sluitstuk in de afronding van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te ’s-Hertogenbosch, hierna: JHS.

Na mijn derdejaars stage bij VDB op de sectie insolventierecht, werkte ik als administratief medewerker nog een tijdje mee op de sectie, totdat de sectie zich eind 2013 afsplitste van VDB. Tegelijkertijd was ik dringend op zoek naar een afstudeerplek. Bij de trappen in het VDB huis raakte ik aan de praat met de heer G.A.M. (Rik) Sieben, advocaat bij VDB, hierna: de heer Sieben. Ik profiteerde van het gesprek om mijn afstuderen toe te lichten en in het vervolggesprek zijn wij tot een onderzoeksopdracht gekomen.

In de periode van 3 februari 2014 tot en met 26 mei 2014 heb ik onderzoek gedaan naar de omstandigheden waaronder de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk is voor de schade als gevolg van overkreditering. De aanleiding voor het schrijven van deze scriptie is dat heer Sieben en ik het opmerkelijk vinden dat er in onze directe omgeving veel mensen met betalingsproblemen kampen. Deze betalingsproblemen zijn onder andere ontstaan doordat op onverantwoorde wijze krediet is verstrekt. In lang niet alle gevallen is dat te wijten aan de onachtzaamheid van de consumenten. De financiële dienstverlener treft ook enige blaam. Op de financiële dienstverlener rust als deskundige partij een (bijzondere) zorgplicht, welke door de financiële dienstverlener soms wordt overtreden. Het was voor de heer Sieben en voor mij echter nog onduidelijk onder welke omstandigheden een financiële dienstverlener aansprakelijk is jegens de consument, indien de financiële dienstverlener op onverantwoorde wijze krediet verleent. Daarnaast vroegen wij ons af welke maatregelen uit het privaatrecht geschikt zijn om de financiële dienstverlener aan te spreken voor de schade als gevolg van overkreditering. Voormelde vragen worden in deze scriptie beantwoord.

Bij het schrijven van deze scriptie is onderzoek gedaan naar de geldende wet- en regelgeving, zoals de Wft, het Bgfo en de gedragscodes met betrekking tot de kredietverlening. Daarnaast is de jurisprudentie en de literatuur uitvoerig behandeld. Tot slot zijn er diverse interviews met financiële dienstverleners afgenomen om te onderzoeken hoe in de praktijk wordt omgesprongen met de normen van de kredietverlening.

Deze scriptie is het eindproduct van vier jaar hard werken. Ondanks het feit dat ik voor de eerste keer in aanraking kwam met het financieel recht, heb ik mezelf volledig ingezet met de hulp van verschillende personen om het onderzoek tot een goed eind te laten belopen. Daarom wil ik op de eerste plaats de heer Sieben bedanken voor het geven van de opdracht en de begeleiding. Tevens bedank ik mijn collega’s van de sectie Contracten & Geschillen van VDB voor de ondersteuning tijdens het schrijven van deze scriptie. Tot slot wil ik mevrouw N. (Noortje) Lavrijssen en mevrouw L.A. (Loes) Hopmans, docenten aan de JHS, bedanken voor de begeleiding gedurende de afstudeerperiode.

Buona lettura oftewel veel leesplezier,

Pietro Bonaparte

Waalre, 26 mei 2014

INHOUDSOPGAVE

		Blz.
Afkortingenlijst		
Samenvatting		
Hoofdstuk 1	Inleiding	8
§ 1.1	De probleembeschrijving	8
§ 1.2	De vraag- en doelstelling	9
§ 1.3	De opbouw	10
Hoofdstuk 2	De begrippen en definities van het financieel recht	11
§ 2.1	Inleiding	11
§ 2.2	De begrippen en definities	11
Hoofdstuk 3	De normen bij kredietverlening	13
§ 3.1	Inleiding	13
§ 3.2	De wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening	13
§ 3.3	De normen van de financiële dienstverlening	15
§ 3.3.1	De onderzoeksplicht bij financiële dienstverlening	16
§ 3.3.2	De onderzoeksplicht bij kredietverlening	17
§ 3.3.3	Het acceptatiebeleid bij persoonlijke kredietverlening	18
§ 3.3.4	Het acceptatiebeleid bij hypothecaire kredietverlening	19
§ 3.3.5	De informatieplicht bij financiële dienstverlening	21
§ 3.3.6	De informatieplicht bij kredietverlening	23
§ 3.3.7	De waarschuwingsplicht bij kredietverlening	24
§ 3.4	De handhaving van de normen bij kredietverlening	25
§ 3.5	Tussenconclusie	27
Hoofdstuk 4	De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening	28
§ 4.1	Inleiding	28
§ 4.2	De algemene zorgplicht bij financiële dienstverlening	28
§ 4.3	De bijzondere zorgplicht bij beleggingsdienstverlening	30
§ 4.4	De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening	32
§ 4.5	De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bij kredietverlening	35
§ 4.6	Tussenconclusie	38
Hoofdstuk 5	De maatregelen bij overkreditering	39
§ 5.1	Inleiding	39
§ 5.2	De wanprestatie	39
§ 5.3	De onrechtmatige daad	41
§ 5.4	Het dwalingsleerstuk	43
§ 5.5	De schadebegroting	46

§ 5.6 De eigen schuld 48
§ 5.7 De klachtplicht 49
§ 5.8 Tussenconclusie 51

Hoofdstuk 6 De conclusies en aanbevelingen 52
§ 6.1 De conclusies 52
§ 6.2 De aanbevelingen 58

Hoofdstuk 7 De evaluatie 59

Literatuurlijst 60

Bijlagen 64

Bijlage 1: Interview met [redacted]
Bijlage 2: Interview met [redacted]
Bijlage 3: Interview met [redacted]

Afkortingenlijst

AFM	Autoriteit Financiële Markten
ABV	Algemene Bank Voorwaarden
AMvB	Algemeen Maatregel van Bestuur
Bgfo	Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen
BKR	Stichting Bureau Krediet Registratie
BW	Burgerlijk Wetboek
DNB	De Nederlandsche Bank
GHF	Gedragscode Hypothecaire Financieringen
Kifid	Klachteninstituut financiële dienstverlening
NVB	Gedragscode Nederlandse Vereniging van Banken
Nrgfo	Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen
NTO	Nederlandse Thuiswinkel Organisatie
Trhk	Tijdelijke regeling hypothecair krediet
VFN	Gedragscode Vereniging van financieringsondernemingen in Nederland
Wft	Wet op het financieel toezicht
WOZ	Waarde Onroerende Zaken

Samenvatting

De kredietverleningspraktijk ligt al enkele jaren onder vuur. Dit komt onder andere doordat de financiële dienstverleners hun (bijzondere) zorgplicht hebben geschonden. Door de schending van de (bijzondere) zorgplicht lijden de consumenten schade. Om die reden staat de volgende vraag in deze scriptie centraal: onder welke omstandigheden is de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk voor de schade in geval van overkreditering.

De doelstelling houdt in dat op 26 mei 2014 deze scriptie bij de heer Sieben wordt ingeleverd. Deze scriptie geeft aan de hand van een juridische toetsing een antwoord op de vraag onder welke omstandigheden en op welke wijze de consument een financiële dienstverlener aansprakelijk kan stellen in geval van overkreditering, zodat de heer Sieben deze scriptie als naslagwerk kan gebruiken om in de toekomst een consument of een financiële dienstverlener bij te staan.

Tijdens de afstudeerperiode van 3 februari 2014 tot en met 26 mei 2014 is deze scriptie vervaardigd. In de eerste 4 weken stond de oriëntatie in het financieel recht centraal. In de daaropvolgende 6 weken heeft een literatuuronderzoek plaatsgevonden. Waarbij de wet- en regelgeving, de literatuur, en de jurisprudentie is geraadpleegd en bestudeerd. De theoretische bevindingen zijn vervolgens aangevuld met de praktische bevindingen die voortvloeien uit de interviews met verschillende financiële dienstverleners, zoals [redacted], [redacted] en de [redacted].

In het derde hoofdstuk worden de normen van de kredietverlening besproken, die zich vanuit het publiekrecht hebben ontwikkeld. Deze normen zijn weer uitgesplitst in onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten. Ten aanzien van de onderzoeksplicht is in art. 4:34 Wft expliciet een overkrediteringsverbod opgenomen. De financiële dienstverlener doet onderzoek naar de kredietwaardigheid van de consument. Daarmee voert zij een BKR-toetsing uit en voert zij op basis van haar acceptatiebeleid een inkomen/lasten toets uit. Voor zowel persoonlijke als hypothecaire kredietverlening gelden afzonderlijke normen.

In het vierde hoofdstuk wordt op basis van de jurisprudentie besproken of er een (bijzondere) zorgplicht geldt bij kredietverlening. Naast de normen van het publiekrecht, zijn er aanvullende normen ontwikkeld die voortvloeien uit de aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid. Het belangrijkste kenmerk van een bijzondere zorgplicht is dat op de financiële dienstverlener rustende onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten omvangrijker worden. Ten aanzien van persoonlijke kredietverlening rust op de financiële dienstverlener een algemene zorgplicht. Echter, ten aanzien van hypothecaire kredietverlening geldt naar mijn mening een bijzondere zorgplicht.

In het vijfde hoofdstuk wordt besproken welke maatregelen de consument kan inzetten om zijn schade te verhalen. Bij schending van de (bijzondere) zorgplicht kan de consument zijn schade op de financiële dienstverlener zo nodig verhalen door middel van een gerechtelijke procedure. De consument kan een beroep doen op wanprestatie of onrechtmatige daad. De consument kan door middel van een beroep op dwaling vernietiging of aanpassing van het contract vorderen. Indien de aansprakelijkheid van de financiële dienstverlener vaststaat, wordt in dit hoofdstuk besproken op welke wijze de schade kan worden begroot. Daarnaast wordt ook besproken hoe de schadevergoedingsplicht kan worden verdeeld wanneer er sprake is van eigen schuld aan de zijde van de consument.

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit inleidende hoofdstuk komen achtereenvolgens de probleembeschrijving, de centrale vraag- en doelstelling en de opbouw van deze scriptie aan de orde.

§ 1.1 De probleembeschrijving

De kwaliteit van de kredietverleningspraktijk ligt al enkele jaren onder vuur. Sinds de kredietcrisis van 2008 is dat ook sterk merkbaar. Vanuit de Tweede Kamer zijn er diverse ingrepen gedaan om de normen ten aanzien van de kredietverlening aan te scherpen. Deze aanscherping komt met name tot uiting met de invoering van de Wft en de gedragscodes per 1 januari van 2007. Vervolgens is per 1 januari 2013 het Bgfo in werking getreden. De laatste ontwikkeling betreft de sinds 1 januari 2014 gecodificeerde algemene zorgplicht in art. 4:24a van de Wft. Op basis van de aanscherping van de wet- en regelgeving heeft de AFM bij enkele financiële dienstverleners in Nederland een onderzoek gestart naar de gevoerde kredietverleningspraktijk.[1]

Dat de kredietverleningspraktijk onder vuur ligt heeft te maken met het feit dat een aantal financiële dienstverleners zich onvoldoende aan de geldende wet- en regelgeving en regels van ongeschreven recht hebben gehouden. Dat maatschappelijk probleem ligt ten grondslag aan dit onderzoek. Zo blijkt uit de boetebesluiten van de AFM inzake DSB Bank N.V. van 5 mei 2009, Afab Financiële Diensten Holding N.V. van 29 oktober 2009 en de Rabobank van 24 september 2010 dat de financiële dienstverleners onvoldoende onderzoek uitvoerden naar de kredietwaardigheid van de consument.

Dit maatschappelijk probleem doet zich inmiddels ook voor in een dossier van de heer Sieben. In deze kwestie hebben de cliënten van de heer Sieben een hypothecaire kredietovereenkomst gesloten met de bank. De bank heeft echter, gelet op het overkrediteringverbod genoemd in art. 4:34 lid 1 Wft jo. art. 115 Bgfo, dit hypothecair krediet niet zonder meer mogen verlenen. De bank heeft namelijk voorafgaand aan de kredietverlening onvoldoende onderzoek verricht naar de financiële positie van de cliënten. Daarnaast heeft de bank nagelaten de cliënten te waarschuwen voor de risico's die verbonden zijn aan de hypothecaire kredietovereenkomst. Deze risico's bestaan uit overlijden, pensionering, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid of echtscheidingen. Het intreden van een dergelijk risico kan tot een forse inkomensdaling van de cliënt leiden, waardoor overkreditering kan ontstaan. Zo verstrekte de bank in onderhavig geval meer hypothecair krediet dan volgens de normen in de gedragscodes was toegestaan. Het verstrekken van een te hoog kredietbedrag in combinatie met de pensionering van de cliënt, hebben tot een aanzienlijke inkomensdaling geleid. Het gevolg hiervan was dat cliënten niet meer solvent genoeg waren om de maandelijkse lasten van het hypothecair krediet te dragen. Cliënten waren dan ook genoodzaakt om de woning te verkopen met alle gevolgen van dien.

Naast de cliënten van de heer Sieben zijn er op dit moment circa 1,4 miljoen Nederlandse huishoudens waarvan de woningen 'onder water' staan.[2] Onder deze 1,4 miljoen

[1] J.C. de Jager, de minister van Financiën, naar de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Beleids- en wetgevingsbrief op het terrein van de financiële markten*, 20 oktober 2011, p. 4 en 12.
[2] Tweede Kamer der Staten-Generaal, Eindrapport Parlementair onderzoek naar Kosten Koper, *Een reconstructie van 20 jaar stijgende huizenprijzen*, 10 april 2013; zie ook NRC, *'1,4 miljoen koophuizen staan onder water'*, 21 maart 2014.

consumenten zullen wellicht ook gevallen aan de orde zijn waarbij de financiële dienstverlener niet conform de normen van de kredietverlening heeft gehandeld.

Het overkrediteringsverbod van art. 4:34 lid 1 Wft jo. art. 115 Bgfo en andere bepalingen binnen de Wft zijn geschreven om als consumentenbescherming te dienen in de zin van art. 1:25 lid 1 Wft. Bij schending van de Wft treedt de AFM door middel van boetebesluiten publiekrechtelijk op. Desalniettemin betekent dat niet dat de financiële dienstverlener bij schending van de Wft jegens de consumenten aansprakelijk is voor de schade die zij daardoor lijden.[3] De Wft vormt namelijk geen wettelijke basis voor de consument om schade te verhalen op de financiële dienstverlener. Indien de consumenten niet op andere gronden tot een oplossing kunnen komen met de financiële dienstverlener, dan zijn de consumenten genoodzaakt om een civielrechtelijk procedure te starten. Door middel van een gerechtelijke procedure kunnen zij de door hun geleden schade verhalen op de financiële dienstverlener. Bij het bepalen of de financiële dienstverlener is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld, rijst de vraag onder welke omstandigheden de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht. De gevallen waarin consumenten succesvol een financiële dienstverlener hebben aangesproken wegens schending van de (bijzondere) zorgplicht zijn gering. Het staat in ieder geval vast dat de maatschappelijke functie van een financiële dienstverlener een (bijzondere) zorgplicht met zich brengt ten opzichte van de consumenten. De reikwijdte van deze (bijzondere) zorgplicht is echter steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.[4]

Deze (bijzondere) zorgplicht is voortdurend aan veranderingen onderworpen. Zo is de Rabobank recentelijk aansprakelijk gehouden voor het op een onverantwoorde wijze verstrekken van rentederivaten.[5] Deze uitspraak is opmerkelijk aangezien in dat geval voor het eerst een bijzondere zorgplicht is aangenomen ten aanzien van zakelijke klanten.

Gelet op het bovenstaande is het de vraag of deze bijzondere zorgplicht nog verder kan worden opgerekt, zodat inmiddels ook een bijzondere zorgplicht bij kredietverlening kan worden aangenomen.

§ 1.2 De vraag- en doelstelling

Voor de heer Sieben en mij is het nog niet helemaal duidelijk of deze bijzondere zorgplicht ook geldt ten aanzien van de kredietverlening aan consumenten. In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal: ‘onder welke omstandigheden is de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk in geval van overkreditering.’

De bedoeling is dat er op 26 mei 2014 een scriptie bij de heer Sieben wordt ingeleverd. Deze scriptie geeft aan de hand van juridische toetsing een antwoord op de vraag onder welke omstandigheden en op welke wijze de consument een financiële dienstverlener aansprakelijk kan stellen in geval van overkreditering, zodat de heer Sieben deze scriptie als naslagwerk kan gebruiken om in de toekomst een consument of een financiële dienstverlener bij te staan.

[3] J.G.J. Rinkes, *NTHR* 2007/6, p. 223-235.
[4] HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, (Rabobank/Everaars).
[5] Rb. Oost Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415.

§ 1.3 De opbouw

Hieronder wordt de opbouw van deze scriptie uiteengezet.

Begrippen en definities van het financieel recht
In hoofdstuk 2 worden de relevante definities en begrippen toegelicht.

De normen bij kredietverlening
In hoofdstuk 3 wordt aan de hand van een literatuuronderzoek en interviews met verschillende financiële dienstverleners zoals [redacted] en de [redacted] de normen besproken, die de financiële dienstverlener in acht moet nemen bij kredietverlening. Allereerst zal in § 3.2 de wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening aan bod komen. Hierbij komt de doelstelling en de gelaagde structuur van de Wft aan de orde. Nadat de wettelijke verankering van de financiële dienstverlening is besproken, wordt in § 3.3 gekeken naar de normen uit de Wft die van toepassing zijn op de financiële dienstverlening. Deze normen zijn uitgesplitst in onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten. Deze voormelde plichten worden achtereenvolgens in § 3.3.1 tot en met § 3.3.7 besproken. Tot slot wordt in § 3.4 gekeken naar de essentie van de boetebesluiten. Deze essentie kan wellicht worden gebruikt om in een gerechtelijke procedure de financiële dienstverlener aansprakelijk te stellen in geval van overkreditering.

De zorgplicht bij kredietverlening
In het derde hoofdstuk zijn uitgebreid de normen ten aanzien van de kredietverlening besproken. Deze voormelde normen zijn ontwikkeld vanuit het publiekrecht. Naast de ontwikkelde normen uit publiekrecht, hebben de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten zich ook in het privaatrecht ontwikkeld. Derhalve wordt in het vierde hoofdstuk onderzoek gedaan naar de (bijzondere) zorgplicht bij kredietverlening. In § 4.2 zullen de gevallen worden besproken wanneer een zorgplicht geldt. Vervolgens wordt er gekeken naar de omvang van deze algemene zorgplicht in het kader van de financiële dienstverlening. Tot op heden is slechts een bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van de beleggingsdienstverlening. De omvang hiervan wordt in § 4.3 besproken. In § 4.4 wordt aan de hand van een jurisprudentieonderzoek en interviews met [redacted] en [redacted] besproken of een (bijzondere) zorgplicht geldt bij kredietverlening. Tot slot komt de reikwijdte hiervan in § 4.5 aan bod.

De maatregelen bij overkreditering
Op de financiële dienstverlener rust een (bijzondere) zorgplicht bij de kredietverlening. In het vijfde hoofdstuk wordt besproken op welke wijze de consument de financiële dienstverlener kan aanspreken, indien zij haar (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden, waardoor overkreditering is ontstaan. Ten eerste komt in § 5.2 de wanprestatieregeling aan de orde. Vervolgens wordt in § 5.3 de onrechtmatige daad besproken. In § 5.4 wordt gekeken op welke wijze het dwalingsleerstuk van betekenis kan zijn. Indien de aansprakelijkheid van de financiële dienstverlener vaststaat, rijst de vraag wat de consument aan schadevergoeding kan vorderen. Om die reden wordt in § 5.5 besproken op welke wijze de schade kan worden begroot en welke componenten als schade kunnen worden aangemerkt. In veel gevallen zal de financiële dienstverlener een beroep doen op eigen schuld van de consument om de schadevergoedingsplicht te verdelen. Deze eigen schuld wordt in § 5.6 besproken. Dit hoofdstuk wordt in § 5.7 afgesloten met de behandeling van de klachtplicht.

Hoofdstuk 2 De begrippen en definities van het financieel recht

§ 2.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk is uitgebreid het onderwerp en de daar bijhorende probleembeschrijving aan bod gekomen. In dit hoofdstuk komen de belangrijkste begrippen en definities van het financieel recht aan bod, zodat de volgende hoofdstukken beter te begrijpen zijn. Bij de omschrijving van de begrippen en definities is getracht om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de definities uit de Wft en het Bgfo.

§ 2.2 De begrippen en definities

In deze scriptie wordt verstaan onder:

Consument
Onder een consument wordt volgens art. 1:1 Wft verstaan: een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent.

Financiële dienstverlener
Onder een financiële dienstverlener wordt in de zin van art. 1:1 Wft verstaan: degene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekering bemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent. De financiële dienstverlener houdt zich dus bezig met de financiële dienstverlening. Onder financiële dienstverlening wordt verstaan het aanbieden en/of adviseren van overeenkomsten inzake een financieel product. Het verschil tussen aanbieden en adviseren is dat de financiële dienstverlener bij het aanbieden van financiële producten slechts een voorstel doet aan de consument, waarna de consument deze accepteert. Vervolgens komt er een overeenkomst tot stand en wordt het financiële product daadwerkelijk verschaft. Bij adviseren houdt de financiële dienstverlener zich voornamelijk bezig met het doen van aanbevelingen van een financieel product.[6]

Financieel product
Onder een financieel product wordt volgens art. 1:1 Wft verstaan: een beleggingsobject, een betaalrekening met inbegrip van de daaraan verbonden betaalfaciliteiten, elektronisch geld, een financieel instrument, krediet, een spaarrekening met inbegrip van de daaraan verbonden spaarfaciliteiten, een verzekering die geen herverzekering is, een premiepensioenvordering of een bij AMvB aan te wijzen financieel product. De financiële producten worden onderscheiden in eenvoudige financiële producten en complexe financiële producten. Bij eenvoudige financiële producten wordt verstaan het aanbieden en/of adviseren van één financieel product. Denk hierbij aan een persoonlijk krediet. Bij complexe financiële producten gaat het om een combinatie van twee of meer financiële producten zoals beleggen, sparen, verzekeren of lenen. Bij een hypothecaire kredietovereenkomst is er meestal sprake van een combinatie tussen een levensverzekering, een hypothecair krediet of een spaarkrediet. In de zin van art. 1 Bgfo wordt hypothecair krediet aangemerkt als een complex financieel product.[7]

[6] L. Silverentand 2011, p. 225.
[7] L. Silverentand 2011, p. 247-248.

Financiële onderneming
Onder een financiële onderneming vallen alle entiteiten genoemd in art. 1:1 Wft: een bank, beheerder, beleggingsinstelling, beleggingsonderneming, bewaarder, clearinginstelling, financiële dienstverlener, financiële instelling, kredietinstelling of verzekeraar.

Kredietovereenkomst
Onder krediet wordt op basis van de ruime definitie van art. 1:1 Wft verstaan: het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten. Dit wordt ook wel een geldkrediet genoemd. Daarnaast wordt onder krediet verstaan het aan een consument of een derde ter beschikking stellen van een geldsom ter zake van het aan die consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten, met uitzondering van doorlopende dienstverlening en doorlopende levering van dezelfde soort roerende zaken, financiële instrumenten of beleggingsobjecten, waarbij de consument gehouden is in termijnen te betalen zolang de doorlopende dienstverlening of doorlopende levering plaatsvindt. Dit wordt ook wel goederenkrediet genoemd. Krediet is een ruim begrip wat kan worden onderscheiden in geldkrediet en goederenkrediet. In deze scriptie zal in beginsel uitsluitend worden gericht op geldkredietovereenkomsten. Een geldkredietovereenkomst kent verschillende verschijningsvormen zoals consumptief krediet en hypothecair krediet.[8]

Persoonlijk krediet
Onder consumptief krediet wordt in de zin van art. 1 sub e Bgfo verstaan: krediet, niet zijnde hypothecair krediet. Consumptief krediet kan verder worden onderverdeeld in onder andere persoonlijk krediet. Persoonlijk krediet is een andere benaming voor eenvoudige geldleningsovereenkomsten. Volgens art. 1 Bgfo wordt onder persoonlijk krediet verstaan: het ter beschikking stellen van een geldsom, wat in vaste termijnen tegen een bepaalde rentelast dient te worden afgelost.

Hypothecair krediet
Hypothecair krediet is gelet op art. 1 sub m Bgfo een kredietovereenkomst tussen een financiële dienstverlener en een consument. Bij het sluiten van de kredietovereenkomst wordt ten behoeve van de financiële dienstverlener een hypotheekrecht gevestigd op de onroerende zaken van de consument. Indien de consument niet meer aan zijn betalingsverplichting voldoet, dan kan de bank boven andere schuldeisers zijn zekerheidsrecht uitwinnen bij de consument.

Overkreditering
In deze scriptie wordt onder overkreditering verstaan: de situatie waarin de consument niet meer aan zijn betalingsverplichting kan voldoen met betrekking tot de kredietverlening. Deze overkrediteringssituatie kan ontstaan bij de aanvang van de kredietovereenkomst, waarbij de consument meer krediet verstrekt krijgt dan volgens de normen is toegestaan. Daarnaast kan deze situatie ontstaan doordat de financiële dienstverlener onvoldoende de aan de kredietovereenkomst verbonden risico's heeft geïnventariseerd en/of de consument onvoldoende op deze risico's heeft gewezen bij het sluiten van de kredietovereenkomst. Het verstrekken van te hoge kredietbedragen en/of de intreding van een dergelijk risico kunnen ertoe leiden dat de consument niet meer aan zijn betalingsverplichting kan voldoen.

[8] L. Silverentand 2011, p. 237.

Hoofdstuk 3 De normen bij kredietverlening

§ 3.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk zijn de definities en begrippen van het financieel recht toegelicht. In dit hoofdstuk worden de normen uit het publiekrecht, die de financiële dienstverlener in acht moet nemen bij de kredietverlening, besproken. Alvorens deze normen in kaart te brengen is het allereerst van belang om in § 3.2 de wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening toe te lichten. Vervolgens worden vanaf § 3.3 de normen van de financiële dienstverlening besproken aan de hand van wet- en regelgeving, literatuur en interviews met [redacted] en [redacted]. Deze normen zijn afgeleid van de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten die op de financiële dienstverlener rusten. De onderzoeksplicht wordt in § 3.3.1 tot en met § 3.3.4 besproken. De informatieplicht komt in § 3.3.5 en § 3.3.6 aan de orde. In § 3.3.7 komt de waarschuwingsplicht aan bod. Tot slot komen in § 3.4 de boetebesluiten van de AFM in het kader van schending van het overkrediteringsverbod aan de orde. De essentie uit deze boetebesluiten kan wellicht interessant zijn voor de invulling van de zorgplicht.

§ 3.2 De wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening

Hieronder komt de wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening aan de orde. De uitkristallisering hiervan is van belang om er achter te komen op welke wijze de normen ten aanzien van de kredietverlening zich hebben ontwikkeld in het publiekrecht.

De grondslag
Naast het BW vormt de Wft de wettelijke basis van de financiële dienstverlening. Op basis van art. 1:25 Wft is de AFM belast met het gedragstoezicht. Dit toezicht is gericht op ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van consumenten en beleggers. Met name de zorgvuldige behandeling van consumenten is hier van belang. De financiële dienstverleners dienen bij hun optreden op de financiële markt de belangen van de consumenten voorop te stellen. De wettelijke normen die zich exclusief richten op de zorgvuldige behandeling van de consumenten zijn opgenomen in de Wft. Deze normen zijn te vinden in hoofdstuk 4.2 Regels voor het werkzaam zijn op de financiële markten betreffende alle financiële diensten van de Wft. Naast die normen gelden specifieke normen ten aanzien van de kredietverlening. Deze normen zijn opgenomen in hoofdstuk 4.3 Aanvullende regels voor het werkzaam zijn op de financiële markten betreffende bepaalde financiële diensten van de Wft.

Gelaagde structuur
Het blijft echter niet bij de bovengenoemde hoofdstukken van de Wft. De Wft kent namelijk een gelaagde structuur. Dit betekent dat de Wft naast een wettelijke basis ook de kapstok vormt voor nadere wet- en regelgeving ten aanzien van de financiële dienstverlening. Deze regelgeving bestaat uit uitvoeringsbesluiten en ministeriële regelingen, die op hun eigen wijze en mate kleur geven aan de normen van de Wft. Opmerkelijk is dat uit de praktijk blijkt dat er niet in de eerste plaats wordt gekozen om met uitvoeringsbesluiten of toezichthoudersregels te werken. De AFM prefereert richting te geven aan bovengenoemde wet- en regelgeving door middel van beleidsregels, terwijl dit geen wettelijke regelgeving is.[9]

[9] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 22.

Hieronder zullen de verschillende bronnen van de gelaagde structuur worden toegelicht.

Uitvoeringsbesluiten
Om invulling te geven aan de open normen van de Wft, kunnen en/of worden nadere regels opgesteld door de toezichthouder. Deze nadere regels worden opgesteld aan de hand van uitvoeringsbesluiten van de AFM. Deze uitvoeringsbesluiten zijn te onderscheiden in AMvB's en ministeriële regelingen. In het kader van dit onderzoek zijn alleen de uitvoeringsbesluiten relevant die zien op het gedragstoezicht. Om die reden is slechts het Bgfo van belang. Dit besluit bevat een nadere uitwerking van bepaalde normen uit hoofdstuk 4.2 en hoofdstuk 4.3 van de Wft. Voor wat betreft de ministeriële regelingen zal in dit hoofdstuk de Trhk worden besproken. Deze regeling geeft namelijk nader invulling aan de normen die gelden voor hypothecaire kredietverlening ter voorkoming van overkreditering.

Toezichthoudersregels
De AFM is ook bevoegd om nadere regelingen op te stellen. In het kader van gedragstoezicht is door de AFM de Nrgfo in het leven geroepen. In deze scriptie komt deze regeling niet aan de orde, omdat in deze regeling in principe geen normen zijn opgenomen ten aanzien van de kredietverlening.[10]

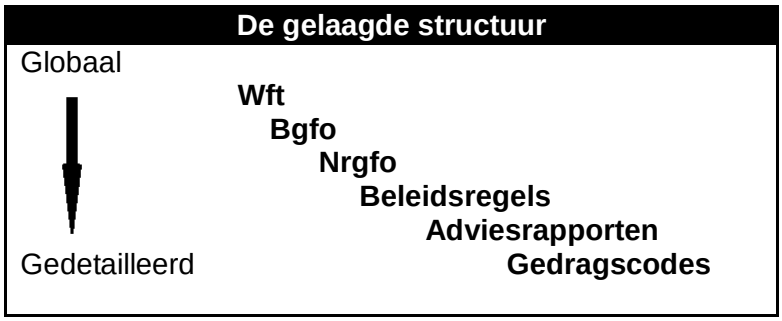
Beleidsregels
Naast de uitvoeringsbesluiten en de nadere regelingen van de AFM, hebben de toezichthouders de ruimte om beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb op te stellen. Een beleidsregel geeft structuur aan een bestaande bevoegdheidsuitoefening door in algemene zin aan te geven op welke wijze een bestuursbevoegdheid zal worden uitgeoefend. In het kader van kredietverlening is de Beleidsregel Informatieverstrekking 2013 van belang.

Tot zover de bronnen van de gelaagde structuur van de Wft.

Principles based regelgeving
In de Wft en het Bgfo is ten aanzien van bepaalde onderwerpen gekozen voor een 'principles based' benadering. Dit betekent dat de normen voortkomend uit de gelaagde structuur van de Wft een open karakter dragen. De wetgever heeft voor deze open benadering gekozen, omdat zij in beginsel aan de AFM en de DNB de vrijheid heeft willen geven om richting te geven aan de normen uit de Wft.[11] Vervolgens is het aan de rechter om een oordeel te vellen over de juistheid van de gehanteerde interpretaties.[12] Naast de zelfregulering van de AFM, hebben de financiële dienstverleners zelf ook de vrijheid om normen te scheppen. Desalniettemin behoort de financiële dienstverlener bij het scheppen en uitvoeren van eigen normen minimaal te voldoen aan de interpretatie die de AFM hanteert. Uit de praktijk blijkt dat de AFM ten aanzien van de kredietverlening diverse keren heeft aangezegd dat de gedragscodes van de branche en de adviesrapporten van de AFM leidend zijn ten aanzien van de kredietverlening.[13]

[10] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 24.
[11] CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260; zie ook JOR 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.
[12] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 24.
[13] D. Busch 2013, p. 522.

Figuur 3.1: De gelaagde structuur van de Wft en de invulling daarvan aan de hand van de adviesrapporten van de AFM en gedragscodes van de branche.



§ 3.3 De normen van de financiële dienstverlening

In § 3.2 is de wettelijke verankering van de financiële dienstverlening besproken. In deze paragraaf wordt gekeken naar de normen uit de Wft die van toepassing zijn op de financiële dienstverlening. Hieronder worden deze normen uit art. 4:19 t/m 4:24a en art. 4:32 t/m 4:34 van de Wft doorlopen. In verband met de beperkte omvang van deze scriptie, wordt slechts de belangrijkste van de aan de Wft verbonden wet- en regelgeving die ziet op de kredietverlening besproken. Derhalve wordt in bepaalde gevallen volstaan met de doorverwijzing naar de relevante bepalingen van het Bgfo.

Onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten

De normen voortkomend uit de gelaagde structuur van de Wft hebben een open karakter. Onder deze open normen kunnen concrete plichten van de financiële dienstverlener worden gedestilleerd bij het verlenen van financiële diensten en/of producten aan de consument. Een van deze plichten is de zogenoemde onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de benodigde informatie inwint over de financiële positie van de consument, zodat zij een financieel product en/of dienst kan aanbieden die aansluit bij de behoeften en de wensen van de consument. Deze onderzoeksplicht wordt ten aanzien van de financiële dienstverlening in zijn algemeenheid besproken in § 3.3.1. In § 3.3.2 wordt deze onderzoeksplicht in het kader van de kredietverlening besproken. Tot slot wordt in § 3.3.3 de normen bij persoonlijke kredietverlening ter voorkoming van overkreditering besproken. Ten aanzien van hypothecaire kredietverlening wordt hetzelfde besproken in § 3.3.4.

Ten tweede rust op de financiële dienstverlener een informatieplicht. Deze informatieplicht is erop gericht de kennisachterstand van de consument met betrekking tot de financiële dienstverlening ten opzichte van de financiële dienstverlener als het ware wordt recht getrokken, zodat de consument in staat is om een adequate beoordeling te maken over het te nemen financiële product.[14] Deze informatieplicht wordt in § 3.3.5 voor de financiële dienstverlening in het algemeen en in § 3.3.6 specifiek ten aanzien van de kredietverlening toegelicht.

Tot slot komt in § 3.3.7 de waarschuwingsplicht aan bod. De waarschuwingsplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de consument de kredietovereenkomst dient te ontraden in het geval van overkreditering.

[14] L. Silverentand 2011, p. 530.

Deze onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten werken niet afzonderlijk van elkaar, maar lopen door elkaar heen en beïnvloeden elkaar. Wanneer de informatie door de financiële dienstverlener is ingewonnen, dient zij deze informatie vervolgens te koppelen aan het te verlenen financiële product. Na de koppeling presenteert zij het financiële product aan de consument. Indien uit de ingewonnen informatie blijkt dat de financiële dienstverlening niet verantwoord is, dan moet de financiële dienstverlener in beginsel de financiële dienstverlening aan de consument ontraden.

Algemene zorgplicht

Naast de voormelde onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten is sinds 1 januari 2014 een nieuwe bepaling in hoofdstuk 4.2.3 van de Wft opgenomen. Het gaat om de codificatie van de algemene zorgplicht in art. 4:24a Wft. Dit artikel vormt een algemene zorgplicht van de financiële dienstverlening. Het eerste lid luidt dat de financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. Volgens het tweede lid van dit artikel dient een financiële dienstverlener die adviseert, te handelen in het belang van de consument of begunstigde. Uit de kamerstukken blijkt het volgende: 'De publiekrechtelijke verankering van de algemene zorgplicht is bedoeld als een aanvulling op het systeem van consumentenbescherming en als vangnet indien specifieke regels ontbreken. Daarnaast geldt op basis van het privaatrecht reeds een zorgplicht voor financiële dienstverleners; de algemene zorglicht heeft niet als doel om een verdergaande verplichting te introduceren. In het licht van het bovenstaande – en gezien de beperking van de handhaving van de zorgplicht tot evidente misstanden – is de regering van mening dat met de huidige formulering van de zorgplicht een juiste balans is gevonden tussen consumentenbescherming enerzijds en de eigen verantwoordelijkheid van de consument anderzijds.'[15] Met deze zorgplicht wordt beoogd om niet zozeer een nieuwe norm te introduceren, maar om de handhavingsmogelijkheden van de AFM uit te breiden.[16]

§ 3.3.1 Onderzoeksplicht bij financiële dienstverlening

Voordat een financieel product en/of een financiële dienst wordt verleend, rust op de financiële dienstverlener een onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht wordt hieronder aan de hand van de Wft en de daaraan verbonden regelgeving besproken.

Het ken-uw-cliënt beginsel

Op grond van art. 4:23 Wft rust op de financiële dienstverlener een onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht houdt in dat de financiële dienstverlener informatie inwint over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument. De strekking van deze onderzoeksplicht is afhankelijk van de aard van de financiële dienstverlening. Zo is de financiële dienstverlener bij persoonlijke kredietverlening in mindere mate gehouden om onderzoek te doen naar de financiële positie van de consument dan bij hypothecaire kredietverlening. Voordat het hypothecair krediet wordt aangeboden, zal de financiële dienstverlener eerst met een advies moeten komen. Voor het schrijven van een gedegen advies dient de financiële dienstverlener informatie in te winnen over de huidige woonlasten, het bestedingspatroon, toekomstverwachtingen, inkomen en eventuele vermogensbestanddelen van de consument. Vervolgens zal de financiële dienstverlener rekening moeten houden met bepaalde risico's, waaronder de kans dat de consument overlijdt, werkloos wordt, arbeidsongeschikt raakt, gaat scheiden, met pensioen gaat, met

[15] *Kamerstukken II* 2012- 2013, 33 632, nr. 3 p. 24-29.
[16] A. CH H Franken, *VRA* 2013/127.

dubbele maandlasten of een restschuld komt te zitten.[17] De financiële dienstverlener doet er verstandig aan om allerlei overlegde rapportages tussen haar en de consument te laten ondertekenen.[18]

Nadat de informatie is ingewonnen rust op de financiële dienstverlener de verplichting om de informatie te verwerken in een advies. Vervolgens dient zij na te gaan of dit advies in alle redelijkheid kan worden gegeven.[19]

§ 3.3.2 Onderzoeksplicht bij kredietverlening

Het ken-uw-cliënt beginsel geldt ten aanzien van de financiële dienstverlening. Voor wat betreft de kredietverlening gelden nog aanvullende normen. Alvorens de financiële dienstverlener overgaat tot kredietverlening, dient zij namelijk onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van de consument. Deze kredietwaardigheidstoets bestaat uit een BKR-toetsing en de uitvoering van het acceptatiebeleid.

BKR-toetsing

In beginsel dienen alle financiële dienstverleners zich aan te sluiten bij de Stichting Bureau Krediet Registratie te Tiel (BKR) volgens art. 4:32 Wft, zodat de financiële dienstverlener bij het aangaan van een kredietovereenkomst, de kredietwaardigheid van de consument kan beoordelen conform de raadpleging van het gegevensbestand. Uit dit gegevensbestand kan de financiële dienstverlener namelijk opmaken of de consument reeds belast is met andere kredieten of financiële producten. Voor een nadere uitwerking van art. 4:32 Wft wordt verwezen naar art. 113 en 114 Bgfo.

Overkrediteringsverbod

Naast de BKR-toetsing dient de financiële dienstverlener expliciet rekening te houden met het overkrediteringverbod dat in art. 4:34 Wft is gecodificeerd. Hierin staat vermeld dat de financiële dienstverlener voor de totstandkoming van een kredietovereenkomst, of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet, dan wel de som van de bedragen die op grond van een bestaande kredietovereenkomst aan de consument ter beschikking zijn gesteld, informatie inwint over de financiële positie van de consument. De financiële dienstverlener dient zich daadwerkelijk ervan te vergewissen of de consument de lasten verbonden aan de kredietovereenkomst kan dragen.[20] Op deze manier voorkomt de financiële dienstverlener dat zij op een onverantwoorde wijze krediet verleent. Indien dit onverantwoord is, dient de financiële dienstverlener dit expliciet in zijn motivering op te nemen en mag zij geen kredietovereenkomst aangaan met de consument. Dit overkrediteringsverbod is nader uitgewerkt in de artikelen 113, 114 en 115 van het Bgfo.

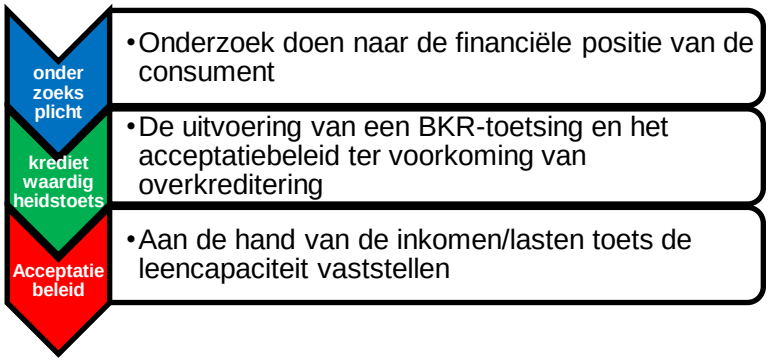
Acceptatiebeleid

Volgens art. 115 lid 1 Bgfo legt de financiële dienstverlener ter voorkoming van overkreditering de criteria vast die zij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag. Daarbij opgemerkt dat voor zowel persoonlijke als voor hypothecaire kredietverlening afzonderlijke normen gelden om de kredietaanvraag te beoordelen. In § 3.3.3 en § 3.3.4 zullen de normen bij persoonlijke en hypothecaire kredietverlening nader

[17] Adviesrapport AFM, *Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken,* Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, 2007, p. 39.
[18] Zie bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].
[19] Rb. Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748, AWB 09/1497 BC-T2.
[20] D. Busch 2013, p. 519.

worden geconcretiseerd. Uit de praktijk blijkt dat iedere financiële dienstverlener vrij is om een eigen acceptatiebeleid vast te leggen, mits het beleid strookt met de minimale vereisten van de gedragscodes.

Figuur 3.3: De essentie uit § 3.3.3 en § 3.3.4 weergegeven.



§ 3.3.3 Het acceptatiebeleid bij persoonlijke kredietverlening

Naast de BKR-toetsing dient de financiële dienstverlener te onderzoeken of de consument de lasten die verbonden zijn aan de kredietverlening kan dragen. Uit de praktijk blijkt dat de financiële dienstverlener ter voorkoming van overkreditering een acceptatiebeleid uitvoert op grond van art. 4:34 Wft jo. art. 115 Bgfo. Dit acceptatiebeleid dient ten aanzien van persoonlijke kredietverlening volgens de AFM wel minimaal te voldoen aan de normen die in de gedragscodes VFN, NVB en NTO zijn opgenomen.[21] De AFM heeft in 2004 en in 2006 twee adviesrapporten geschreven in het kader van verantwoord consumptief kredietverstrekking. Hieronder worden deze gedragscodes en adviesrapporten besproken om te kijken hoe er in de praktijk invulling wordt gegeven aan het acceptatiebeleid.

Inkomen/lasten toets

In het acceptatiebeleid legt de financiële dienstverlener de criteria vast die van belang zijn bij de beoordeling van de kredietaanvraag. Een van deze criteria houdt in dat de financiële dienstverlener een inkomen/lasten toets uitvoert. Hierbij vraagt zij informatie op over zowel de inkomsten als bepaalde vaste lasten van de consument.[22] Bij het onderzoek naar het inkomen vraagt zij een inkomensverklaring op. Daaruit kan de financiële dienstverlener de inkomensgegevens opmaken. Om te kijken of dit inkomen stabiel blijft doet zij onderzoek naar het dienstverband, het beroep en de functie van de consument. Vervolgens doet zij onderzoek naar de genoten opleiding om te beoordelen of er een inkomensstijging valt te verwachten. Los van het inkomen doet de financiële dienstverlener tevens onderzoek naar het vermogen van de consument. Bij het onderzoeken naar de vaste lasten houdt de financiële dienstverlener rekening met de woonlasten zoals: kosten van alimentatie, kosten van kinderopvang, ziektekosten en energiekosten. Tevens onderzoekt zij de kosten die verbonden zijn aan de bestaande kredieten.[23]

Leennorm

Op basis van de inkomen/lasten toets kan de financiële dienstverlener vervolgens de leennorm berekenen. Deze leennorm is het bedrag dat de consument altijd voor levensonderhoud ter beschikking moet hebben.[24] Daarbij opgemerkt dat de financiële

[21] CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.
[22] Adviesrapport AFM, *Verantwoorde kredietverstrekking*, 2006, p. 20.
[23] Adviesrapport AFM, *Verantwoorde kredietverstrekking*, 2006, p. 20.
[24] Gedragscode NVB onder 6 Leennorm.

dienstverlener rekening dient te houden met de basisnorm. Deze basisnorm wordt jaarlijks door het Nibud vastgesteld.[25]

In beide gedragscodes wordt de volgende formule gehanteerd om de leennorm te berekenen: 0,15 x (het netto-inkomen van de consument verminderd met de basisnorm en de basishuur) vermeerderd met de basisnorm. Indien uit de berekening blijkt dat het netto-inkomen beneden de leennorm ligt, is er geen ruimte om een persoonlijk krediet te verstrekken. De leennorm is steeds afhankelijk van het type huishouden en het inkomen. Er zijn vier typen huishoudens alleenstaand, alleenstaand met kinderen, gehuwd/samenwonend en gehuwd/samenwonend met kinderen.[26]

Leencapaciteit
Nadat de inkomen/lasten toets is uitgevoerd en de leennorm bekend is, kan de financiële dienstverlener de leencapaciteit berekenen. De leencapaciteit is het bedrag dat de consument elke maand maximaal kan besteden aan de aflossing van het krediet. De leencapaciteit kan worden berekend door de vaste lasten en de leennorm van het inkomen af te trekken. Bij de beoordeling van de aflossingscapaciteit gaat de financiële dienstverlener uit van een maandelijkse betaling door de consument van tenminste 2% van de kredietsom. Hiermee wordt voorkomen dat zij te veel krediet aan de consument verleent, waardoor overkreditering kan ontstaan. Voor meer informatie omtrent de leencapaciteit wordt verwezen naar de gedragscodes NVB en VFN.

Overleg omtrent overkreditering
Volgens de gedragscodes is het voor de consumenten mogelijk om in geval van overkreditering te overleggen met de financiële dienstverlener, teneinde tot een oplossing te komen. Ook in dit soort gevallen rust op de financiële dienstverlener de verplichting om adequaat met de belangen van de consument rekening te houden. Het feit dat de financiële dienstverlener hiervan geen rekenschap geeft, kan alleen maar in haar eigen nadeel werken.[27] Deze mogelijkheid om te overleggen met de financiële dienstverlener geldt ook bij hypothecaire kredietverlening.[28]

§ 3.3.4 Het acceptatiebeleid bij hypothecaire kredietverlening

Naast de BKR-toetsing dient de financiële dienstverlener te onderzoeken of de consument de lasten die verbonden zijn aan de kredietverlening kan dragen. Uit de praktijk blijkt dat de financiële dienstverlener ter voorkoming van overkreditering een acceptatiebeleid uitvoert op grond van art. 4:34 Wft jo. art. 115 Bgfo. Dit acceptatiebeleid dient ten aanzien van hypothecaire kredietverlening volgens de AFM wel minimaal te voldoen aan de normen die in de gedragscode GHF zijn opgenomen.[29] Daarnaast is de AFM adviesrapport kwaliteit advies en transparantie hypotheken 2007 van belang. Hieronder worden deze gedragscodes en adviesrapporten besproken om te kijken hoe er in de praktijk invulling wordt gegeven aan het

[25] Gedragscode NVB onder 5 Basisnorm.
[26] Gedragscode NVB onder 5, 6, 7 en 8; zie ook Gedragscode VFN onder 4,5 en 6.
[27] Gedragscode NVB onder 12 overleg bij financiële problemen; zie ook Gedragscode onder 7 overleg bij financiële problemen.
[28] Gedragscode GHF onder 15 Overleg bij financiële problemen.
[29] CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart; zie ook bijlage 2: Interview met [redacted] (bedrijfsjurist) van [redacted].

acceptatiebeleid.[30]

Inkomen/lasten toets

Bij de hypothecaire kredietaanvraag dient een financiële dienstverlener zich te verdiepen in de financiële positie, de moraliteit van de consument en de waarde van woning waaraan een hypotheekrecht wordt gevestigd. Hierbij alvast opgemerkt dat het hypothecair krediet maximaal 104% ten opzichte van de waarde van de woning bedraagt. Net zoals bij persoonlijke kredietverlening vindt er een inkomen/lasten toets plaats. Het toetsinkomen is het inkomen waar een aanbieder van hypothecair krediet vanuit gaat, bij het bepalen van het maximaal te verlenen hypothecair krediet. Bij de vaststelling van het toetsinkomen houdt de financiële dienstverlener in de praktijk onder andere rekening met de in art. 2 Trhk opgenomen punten:

- Het vaste en bestendige inkomen van de consument zoals: de hoogte van het inkomen, toeslagen, vakantiegeld en bijtellingen;
- De toekomstige beschikbare inkomsten uit vrij beschikbaar vermogen van de consument, indien die inkomsten redelijkerwijs te verwachten zijn;
- Een te verwachte structurele inkomensstijging binnen een redelijke termijn;
- Het beroep en de functie van de consument;
- De duur en de omvang van het dienstverband;
- De werkgevergegevens;
- Het arbeidsverleden van de consument;
- De regelingen vanuit de werkgever met betrekking tot de intreedbare risico's zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, pensionering of werkloosheid.[31]

Vervolgens dient een financiële dienstverlener onderzoek te doen naar de lasten van de consument. Daarbij doet zij onder andere onderzoek naar de woonlasten van de consument.[32] De financiële dienstverlener zal de consument vervolgens een hypotheeklastenberekening ter hand stellen. Deze berekening geeft de lasten weer die aan het hypothecair krediet zijn verbonden en bevat onder andere de vermelding van rente, maandelijkse aflossingsbedrag, premie te verpanden levensverzekering. Voor de overige gegevens wordt verwezen naar de gedragscode GHF.[33]

Leencapaciteit

Met de bovengenoemde gegevens kan de financiële dienstverlener de leencapaciteit berekenen. Bij het bepalen van de leencapaciteit wordt uitgegaan van tenminste de lasten behorende bij een 30-jarige annuïtaire lening. Deze berekening gaat in beginsel uit van de huidige vaste en bestendige inkomsten van de consument. Voor de vaststelling van het maximale bedrag aan kredietlasten wordt uitgegaan van de actuele door het Nibud vastgestelde percentages.[34] Indien het te verstrekken hypothecair krediet hoger is dan de martkwaarde bij onderhandse verkoop van de woning, dan zal de financiële dienstverlener

[30] Zie bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted]; zie ook bijlage 3: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].
[31] Zie bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted]; zie ook bijlage 3: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].
[32] Zie bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].
[33] Gedragscode GHF onder 4 hypotheeklastenberekening.
[34] Gedragscode GHF onder 6 lid 1,2 en 3 leencapaciteit.

de consument tijdig over de gevolgen van een restschuld wijzen.[35]

Afwijkingsmogelijkheid
Volgens art. 6 lid 6 GHF mag een financiële dienstverlener in bijzondere gevallen afwijken van de berekening op basis van de leencapaciteit.[36] Dit wil echter nog niet zeggen dat de financiële dienstverlener in strijd handelt met het overkrediteringsverbod.[37] Bij een overschrijding van deze normen dient de consument hier wel schriftelijk mee akkoord te gaan. Bij de akkoordverklaring dient te consument aan te geven dat hij de risico's verbonden aan de overschrijding begrijpt. Verder moet de financiële dienstverlener de overschrijding en de daaraan ten grondslag liggende motivering vastleggen in het financieringsdocument van de consument. Uit deze cijfermatige onderbouwing moet voorts blijken op welke wijze de consument een dergelijke maandlast kan dragen en of dit dan verantwoord is. [38] De precieze omstandigheden waaronder de financiële dienstverlener mag afwijken van de bovengenoemde normen zijn nog niet helder. Hieronder volgen de summiere vereisten waarbij afwijken in beginsel is toegestaan:

- Een aantoonbare verbetering van de financiële positie van de consument;
- Een gegarandeerde salarisverhoging op korte termijn, waardoor het krediet wel binnen de normen van de gedragscode past;
- De waarde van de onroerende zaken van de consument overstijgen het hypothecair krediet.[39]

§ 3.3.5 Informatieplicht bij de financiële dienstverlening

Wanneer de financiële dienstverlener voldoende informatie heeft ingewonnen met betrekking tot de wensen, behoeften en kredietwaardigheidspositie van de consument, zal zij deze informatie verwerken in een advies en/of offerte. Vervolgens rust op de financiële dienstverlener de plicht om deze informatie aan de consument te presenteren. Deze zogenoemde informatieplicht wordt hieronder aan de hand van de daaraan verbonden wet- en regelgeving besproken.

Correct, duidelijk en niet misleidend
Een financiële dienstverlener houdt bij het verstrekken van informatie aan de consument er rekening mee dat deze informatie geen afbreuk doet aan ingevolge deze wet te verstrekken of beschikbaar te stellen informatie in de zin van art. 4:19 lid 1 Wft. Dit betekent dat de financiële dienstverlener voorafgaand aan het adviseren of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product voor adequate informatieverschaffing dient zorg te dragen. Hierdoor stelt zij de consument in staat om zich een goed beeld te vormen over de financiële dienstverlening. De laatste zinsnede van dat artikel houdt in dat alle informatie die de financiële dienstverlener verstrekt, moet stroken met de informatie die zij krachtens de wet verplicht is te verstrekken. Daarbij opgemerkt dat de te verstrekken informatie over het financiële product correct, duidelijk en niet misleidend mag zijn volgens art. 4:19 lid 2 Wft. Als bepaalde informatie anders wordt gepresenteerd dan vergelijkbare informatie of wordt

[35] Gedragscode GHF onder 6 lid 5 leencapaciteit.
[36] Zie bijlage 2: Interview met [redacted] (bedrijfsjurist) van [redacted].
[37] D. Busch 2013, p. 526.
[38] Adviesrapport AFM, *Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken,* Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, 2007, p. 39-45.
[39] Adviesrapport AFM, *Resultaten onderzoeken AFM bij financieel bemiddelaars*, Voorbeelden van tekortschietende adviespraktijken bij hypotheken en beleggingsverzekeringen, 2008, p. 5-10.

verstopt in een grote hoeveelheid andere informatie om de ware boodschap te verhullen, is de verstrekte informatie niet alleen onduidelijk, maar waarschijnlijk ook misleidend.[40] Onder correct wordt verstaan dat de precontractuele informatie inhoudelijk overeenstemt met de informatie die later bij de overeenkomst wordt gesloten. Indien blijkt dat de overeenkomst tegenstrijdigheden bevat ten aanzien van de verschafte precontractuele informatie, dan is het correctheidsvereiste door de financiële dienstverlener geschonden.[41] Het duidelijkheidsvereiste houdt in dat informatie door de presentatie ervan te begrijpen moet zijn voor het gemiddelde lid van de groep tot wie zij is gericht of tot wie zij waarschijnlijk zal worden ontvangen. Hier is aan voldaan indien de consument gemakkelijk zijn weg vindt in de verstrekte informatie. Hierbij gaat het dus niet om de beschikbaarheid van informatie, maar om de vindbaarheid van de informatie door de verschillende documenten heen.[42] De financiële dienstverlener dient de nodige informatie te verschaffen. Dit betekent echter niet dat de consument overvloeiend dient te worden geïnformeerd, ten einde door de bomen het bos niet meer te zien. Bij het duidelijkheidsvereiste speelt ook de complexiteit van de financiële dienstverlening een rol. Naarmate het financiële product of de dienst complexer en/of risicovoller wordt, mag van de gemiddelde consument minder kennis en inzicht worden verwacht en zal de informatie daarop toegesneden moeten zijn. Hiermee wordt in principe ook aangegeven dat op de consument een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid rust. De consument zal zich tenslotte in de aangeboden informatie dienen te verdiepen.[43] Dat de informatie niet misleidend mag zijn impliceert het voormelde duidelijkheidsvereiste. Aan de andere kant mag van een consument worden verwacht dat hij bewust is van de omstandigheid dat het beeld over het financiële product in reclamecampagnes rooskleuriger wordt geschetst, dan wat het financiële product werkelijk inhoudt.[44] Voor meer informatie over de bovengenoemde normen wordt doorverwezen naar de artikelen 51a en 51b Bgfo.

De precontractuele informatie

In art. 4:20 Wft komt de te verstrekken precontractuele informatie aan bod. De financiële dienstverlener is namelijk verplicht voorafgaand aan het adviseren of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product aan de consument informatie te verstrekken voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling daarvan.[45] De financiële dienstverlener verstrekt onder andere de volgende informatie ten aanzien van de financiële dienst en/of het financiële product:

- De gegevens van de financiële dienstverlener;
- Een omschrijving van het financiële product;
- Het vermelden van de eventuele opbrengsten zoals de rente, rendement en uitkering;
- De kosten van de financiële dienstverlening;
- De risico's van het financiële product;
- De voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt gesloten;
- De niet-marktconforme kenmerken;

[40] L. Silverentand 2011, p. 531.
[41] AFM Beleidsregel Informatieverstrekking, *Waar let de AFM op bij het beoordelen van informatieverstrekking door financiële ondernemingen over financiële producten en diensten?*, september 2013, p. 7.
[42] AFM Beleidsregel Informatieverstrekking, *Waar let de AFM op bij het beoordelen van informatieverstrekking door financiële ondernemingen over financiële producten en diensten?*, september 2013, p. 8.
[43] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 532.
[44] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 532.
[45] J.M van Poelgeest 2012, onder 2.3.3 Precontractuele informatieverstrekking.

- Voor nadere informatie wordt op grond van art. 4:20 lid 1 t/m 5 doorverwezen naar de artikelen 57-63 Bgfo.

Nadat het advies is gegeven of de overeenkomst inzake een financieel product tot stand is gekomen, dient de financiële dienstverlener gedurende de looptijd van de overeenkomst, de consument te attenderen op en te informeren over de mogelijke wijzigingen met betrekking tot de financiële dienstverlening. De informatie is in ieder geval niet tijdig verstrekt wanneer de consument een nadeel heeft ondervonden dat voorkomen had kunnen worden, indien de consument de informatie op een eerder tijdstip had ontvangen en de informatie ook op dat eerder tijdstip beschikbaar was.[46] Voor de nadere uitwerking met betrekking tot de informatieplicht tijdens de looptijd van een overeenkomst, wordt doorverwezen naar de artikelen 67-75 Bgfo.

Tot slot wordt ook gewezen op het belang van art. 4:21 Wft. Dit artikel ziet namelijk op de situatie waarin een financiële dienstverlener door tussenkomst van een (onder)bemiddelaar of (onder)gevolmachtigde agent die financiële producten aanbiedt of bemiddelt in financiële producten. In die situaties rust de verplichting om aan de consument voorafgaand aan en gedurende de looptijd van een overeenkomst de benodigde informatie te verstrekken niet op de desbetreffende financiële dienstverlener, maar op de (onder)bemiddelaar of (onder)gevolmachtigde agent, tenzij anders is overeengekomen. Het is dus van belang om steeds vast te stellen op wie van de bovengenoemde financiële dienstverleners de informatieplicht rust.

§ 3.3.6 Informatieplicht bij kredietverlening

De bovenvermelde informatieplicht geldt ten aanzien van de financiële dienstverlening in zijn algemeenheid. Er gelden echter aanvullende informatieplichten ten aanzien van de kredietverlening. Voor persoonlijke kredietverlening geldt echter een minder verdergaande informatieplicht dan bij hypothecaire kredietverlening. Hieronder worden deze afzonderlijke informatieplichten besproken.

Informatieplicht bij persoonlijke kredietverlening

Volgens art. 4:33 Wft dient de financiële dienstverlener voorafgaand aan de totstandkoming van een persoonlijke kredietovereenkomst informatie hierover aan de consument te verstrekken. Op deze wijze kan de consument een adequate beoordeling van het financiële product maken. Dit betekent dat een aanbieder van krediet een consument op een begrijpelijke, gestandaardiseerde en beknopte wijze moet informeren over de meest relevante kenmerken van het aangeboden krediet. De informatie bevat in ieder geval de vermelding van het soort krediet, de identiteit van de financiële dienstverlener, het totale kredietbedrag, de duur van de kredietovereenkomst en de rente. Onverlet het bovenstaande uit art. 4:33 Wft jo. art. 112 Bgfo, volgt uit het BW een dezelfde wijze van informatieverstrekking. Uit art. 7:60 BW kan namelijk worden afgeleid dat de financiële dienstverlener alvorens een persoonlijke kredietovereenkomst tot stand komt, de consument de nodige informatie dient te verstrekken.[47] Deze informatie wordt verstrekt aan de hand van het formulier ‘Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet’. In dit formulier staan tevens de voormelde gegevens uit het Bgfo opgenomen. De aanbieder moet de informatie geruime tijd voor het aangaan van de overeenkomst aan de consument

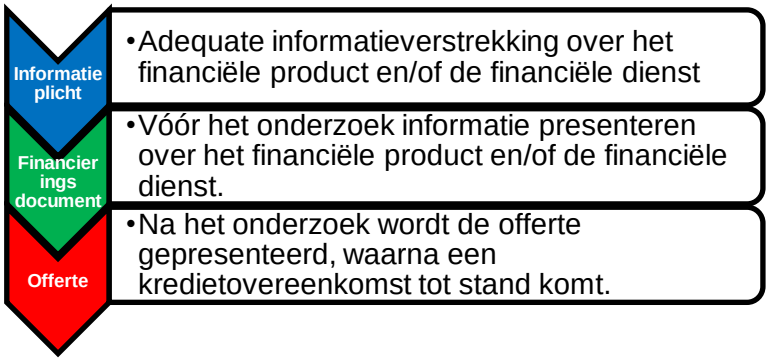
[46] C.M. Grundmann-van de Krol 2010, p. 533.
[47] J.M van Poelgeest 2012, onder 2.3.5.2 Vorm en inhoud van de kredietovereenkomst.

overhandigen. Op die manier kan de consument ook verschillende kredietaanbiedingen vergelijken. Voor de specifieke informatie wordt gemakshalve verwezen naar de artikelen: 111, 112, 112a, 112b en 112c Bgfo.

Informatieplicht bij hypothecaire kredietverlening

Voorafgaand aan de totstandkoming van een hypothecaire kredietovereenkomst dient de financiële dienstverlener door middel van een financieringsdocument aan de consument op een heldere en duidelijke wijze de punten genoemd in gedragscode te presenteren. Hierbij gaat het om een aanduiding van de financiële consequenties die aan het hypothecair krediet verbonden zijn, een omschrijving van de aangeboden financieringsvorm, de toepasselijke rente en de gegevens van de financiële dienstverlener. Voor nadere gegevens wordt naar de gedragscode verwezen.[48] Los van de bovengenoemde gegevens in de gedragscodes, rust op de financiële dienstverlener de plicht om de consument te informeren over zijn financiële positie in geval van overlijden, werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, echtscheidingen en pensionering. Op deze manier kan de consument zich een goed beeld vormen over de financiële dienstverlening. Nadat de gesprekken vorderen en beide partijen verdere invulling willen geven aan het traject in de vorm van een overeenkomst, verwerkt de financiële dienstverlener de ingewonnen informatie in een offerte. Volgens de gedragscode omvat de offerte in ieder geval het kredietbedrag, de looptijd van de overeenkomst, de tijdstippen waarop de rente dient te worden afgelost en voor de overige punten wordt naar de gedragscode verwezen.[49]

Figuur 3.2: De essentie uit § 3.3.1 en § 3.3.2 weergegeven.



§ 3.3.7 Waarschuwingsplicht bij de kredietverlening

De consument slechts informeren over de risico's die aan de kredietverlening zijn verbonden, kan onder bepaalde omstandigheden onvoldoende zijn. Indien uit de kredietwaardigheidstoets blijkt dat het niet verantwoord is om het krediet te verstrekken, rust op de financiële dienstverlener een waarschuwingsplicht in de zin van art. 4:23 lid 2 Wft jo. art. 4:34 lid 2 Wft. Deze waarschuwingsplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de consument expliciet attendeert op aan de kredietverlening verbonden risico's en toetst of de consument deze risico's en de gevolgen daarvan daadwerkelijk heeft begrepen.[50]
Op de eerste plaats rust op de financiële dienstverlener in beginsel de plicht om de

[48] Gedragscode GHF onder 3 Voorlichting.
[49] Gedragscode GHF onder 5 Offertes.
[50] D. Busch 2013, p. 519; Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4356; Zie bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted]; zie ook bijlage 3: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].

kredietverlening te weigeren in geval van overkreditering. Ondanks dat de weigering wellicht op gespannen voet staat met het beginsel van contractsvrijheid.[51]

Indien de consument echter de kredietverlening alsnog wil door zetten, dan doet de financiële dienstverlener er verstandig aan om in de offerte de volgende bepaling op te nemen: *'(Naam financiële dienstverlener) heeft u erop geattendeerd dat de lasten die zijn verbonden aan deze financiering in verhouding tot uw inkomen hoog zijn. (Naam financiële dienstverlener) heeft u gewezen op de risico's die daaraan zijn verbonden. U heeft jegens de (naam financiële dienstverlener) verklaard deze risico's acceptabel te achten.'*[52]

Dit schriftelijkheidsvereiste is echter geen garantie dat de financiële dienstverlener voldaan heeft op de door rustende waarschuwingsplicht bij overkreditering. Of er voldaan is aan de waarschuwingsplicht is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

§ 3.4 Handhaving bij schending normen van kredietverlening

In deze paragraaf wordt gekeken naar de handhaving van de AFM bij overtreding van de normen bij kredietverlening. De AFM kan namelijk handhaven door middel van boetebesluiten, indien blijkt dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de normen van de kredietverlening. Derhalve wordt in deze paragraaf gekeken naar de essentie van de boetebesluiten. Deze essentie kan wellicht worden gebruikt voor de invulling van de zorgplicht. Deze boetebesluiten worden hieronder chronologisch besproken.

Boetebesluiten inzake DSB Bank N.V. van 5 mei 2009
In deze boetebesluiten is vastgesteld dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende onderzoeksplicht. Dit blijkt ten eerste uit het feit dat het acceptatiebeleid niet gericht was ter voorkoming van overkreditering en om die reden in strijd was met gedragscodes. Indien uit de kredietaanvraag bleek dat de kredietverlening niet aan de normen van de gedragscode voldeed, paste de financiële dienstverlener aanvullende criteria toe. Indien de kredietaanvraag evenmin binnen de aanvullende criteria paste, konden daartoe geautoriseerde medewerkers twee nadere criteria toepassen namelijk of de afwijking marginaal is of dat het anderszins jegens de consument onredelijk is om strikt de letter van de kredietnota te volgen. Echter, slechts de verwachting dat een consument meer gaat verdienen is onvoldoende reden om van de normen af te wijken. Deze onvoldoende uitgewerkte criteria bieden alle ruimte om hoge en risicovolle kredieten naar eigen inzicht af te handelen. Maatwerk is toegestaan, mits de financiële dienstverlener kan onderbouwen dat er geen sprake is van overkreditering.[53]

Ten tweede had de financiële dienstverlener haar onderzoeksplicht geschonden, omdat zij onvoldoende informatie heeft ingewonnen omtrent de doelstellingen en risicobereidheid van de consument. De door de consument verstrekte informatie omtrent de door hem gewenste maandlast was niet verenigbaar met de door hem verstrekte informatie inzake risicobereidheid. Gelet op deze tegenstrijdigheid heeft de financiële dienstverlener nagelaten om navraag te doen bij de consumenten. Daarnaast blijkt dat de financiële dienstverlener geen rekening heeft gehouden met de bestaande financiële producten van de consument.

[51] HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, (Rabobank/Everaars); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, (Van der Klundert/Rabobank); zie ook HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, (Fortis/Bourgonje).
[52] Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4356.
[53] Rb. Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748, AWB 09/ 1497 BC-T2.

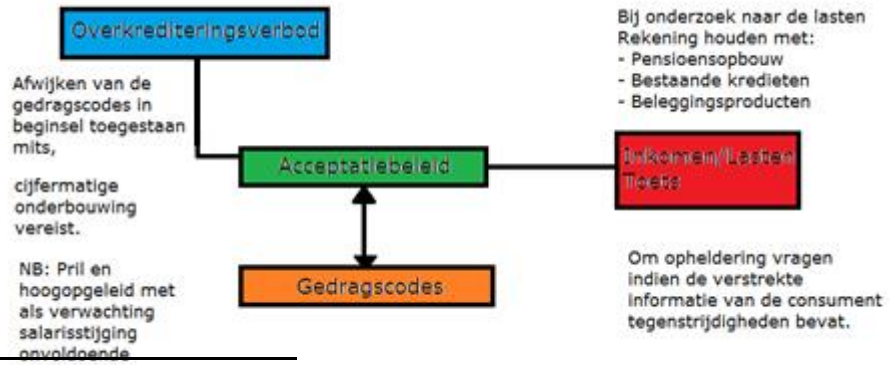
Boetebesluit Afab Financiële Diensten Holding N.V. van 29 oktober 2009
In dit geval had de financiële dienstverlener in strijd gehandeld met de op haar rustende onderzoeksplicht. Zij had in bepaalde gevallen nagelaten om onderzoek te doen naar wezenlijke lasten met betrekking tot de pensioensopbouw, de aflossing van de kredieten, de kosten van een levensverzekering en de kosten van een beleggingsproduct.[54]

Boetebesluit GMAC Nederland N.V. 30 oktober 2009
In dit geval was de financiële dienstverlener bij de uitvoering van het acceptatiebeleid enkel uit gegaan van de door de consument opgegeven inkomens- en lastengegevens. Bij de beoordeling van het inkomen is door de consument enkel de loonstroken overlegd. Deze gegevens weken echter af van het daadwerkelijke inkomen van de consument. Daarnaast beschikte de financiële dienstverlener over te weinig of onjuiste informatie met betrekking tot de lasten van de consument. Doordat de financiële dienstverlener niet aan haar onderzoeksplicht heeft voldaan heeft als gevolg dat zij op een onverantwoorde wijze de financiële positie van de consument in kaart heeft gebracht.[55]

Boetebesluiten AFM inzake Rabobank van 24 september 2010
In dit geval heeft de financiële dienstverlener in strijd gehandeld met de op haar rustende onderzoeksplicht. Het acceptatiebeleid van de financiële dienstverlener is namelijk in strijd met de normen binnen de gedragscode. Indien uit de kredietaanvraag blijkt dat de kredietverlening niet aan de normen van de gedragscode voldoet, kan de financiële dienstverlener van deze normen afwijken. Volgens de AFM mag de financiële dienstverlener niet enkel afwijken van gedragscode, indien een salarisstijging van consumenten valt te verwachten, omdat zij jong en hoog opgeleid zijn. Het is namelijk niet evident dat een dergelijke salarisstijging zich daadwerkelijk zal voordoen.[56]

Boetebesluiten ING 18 februari 2011
In dit geval is het scenario vergelijkbaar met het vorige besproken boetebesluit. De AFM voegt in onderhavige geval echter een regel toe. Indien uit de kredietaanvraag blijkt dat de kredietverlening niet aan de normen van de gedragscode voldoet, dan kan de financiële dienstverlener van deze normen afwijken. Dit is echter alleen mogelijk indien de gedragscode dat toestaat en de financiële dienstverlener cijfermatig kan aantonen dat de kredietverlening desalniettemin verantwoord is.[57]

Figuur 3.5: De essentie uit de boetebesluiten weergegeven:



[54] AFM Boetebesluiten inzake Afab Financiële Diensten Holding N.V., 29 oktober 2009.
[55] AFM boetebesluit inzake GMAC Nederland N.V., 30 oktober 2009.
[56] AFM boetebesluit inzake Rabobank, 24 september 2010.
[57] AFM boetebesluit inzake ING Bank, 18 februari 2011.

§ 3.5 Tussenconclusie

De Wft vormt naast het BW de wettelijke grondslag van de financiële dienstverlening. Vanwege het open karakter van de Wft zijn de normen ten aanzien van de financiële dienstverlening in lagere wet- en regelgeving uitgewerkt. Voor de kredietverlening zijn daarbij het Bgfo, de adviesrapporten van de AFM en de gedragscodes van belang. Deze bronnen geven namelijk gedetailleerde invulling aan de normen van de kredietverlening.

De normen van de kredietverlening kunnen worden uitgesplitst in een onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht. Deze plichten worden hieronder kort toegelicht.

Onderzoeksplicht
De onderzoeksplicht houdt in dat de financiële dienstverlener voorafgaand aan de kredietverlening, onderzoek doet naar de financiële positie van de consument volgens art. 4:23 Wft. Op basis van dit kredietwaardigheidsonderzoek kan de financiële dienstverlener bepalen of het verantwoord is om het krediet aan de consument te verstrekken. Het krediet mag in beginsel niet worden verstrekt, indien het in strijd is met het overkrediteringsverbod van art. 4:34 Wft. Het overkrediteringsverbod houdt in dat de consument niet meer krediet krijgt verstrekt dan wat maximaal draagbaar is. Daarbij is het van belang dat de financiële dienstverlener niet alleen toets of de kredietverlening binnen de normen van de gedragscodes past, maar moet zij ook onderzoek doen naar de kredietwaardigheidspositie van de consument in het geval een bepaalde risico intreedt zoals: overlijden, werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, echtscheidingen en pensionering.

Informatieplicht
De informatieplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de nodige informatie over het kredietproduct aan de consument verstrekt, zodat de consument in staat is om een adequate beoordeling daarover te maken. Gelet op de artikelen 4:19 en 4:20 van de Wft houdt de financiële dienstverlener er rekening mee dat zij correct, duidelijke en niet-misleidende informatie aan de consument verstrekt omtrent de kredietverlening. Dit betekent onder andere dat de financiële dienstverlener de consument dient te informeren over zijn kredietwaardigheidspositie in het geval een bepaalde risico intreedt. De intreding van een dergelijk risico tast namelijk de kredietwaardigheidspositie van de consument aan, waardoor overkredietering kan ontstaan.

Waarschuwingsplicht
De consument slechts informeren over de risico’s die aan de kredietverlening zijn verbonden, kan onder bepaalde omstandigheden onvoldoende zijn. Indien uit de kredietwaardigheidstoets blijkt dat het niet verantwoord is om het krediet te verstrekken, rust op de financiële dienstverlener een waarschuwingsplicht in de zin van art. 4:23 lid 2 Wft jo. art. 4:34 lid 2 Wft. Deze waarschuwingsplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de consument expliciet attendeert op de aan de kredietverlening verbonden risico’s en toetst of de consument de risico’s en de gevolgen bij overkredietering daadwerkelijk heeft begrepen.

Hoofdstuk 4 De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening

§ 4.1 Inleiding

In het derde hoofdstuk zijn de normen ten aanzien van de kredietverlening besproken. Daarbij is voornamelijk gekeken naar de normen die zich vanuit het publiekrecht hebben ontwikkeld. Deze normen zijn uitgesplitst in onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten. Naast de ontwikkeling in het publiekrecht, hebben deze onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten zich ook in het privaatrecht ontwikkeld. De normen uit het publiekrecht en de ontwikkeling in het privaatrecht vallen naar mijn idee onder de reikwijdte van deze (bijzondere) zorgplicht bij kredietverlening. Allereerst komt in § 4.2 de algemene zorgplicht ten aanzien van de financiële dienstverlening aan bod. Daarin wordt onder andere besproken in welke gevallen een zorgplicht geldt. De omvang van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de financiële dienstverlening. Tot op heden is deze zorgplicht omvangrijker geworden ten aanzien van beleggingsdienstverlening. Er is namelijk een bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van beleggingsdienstverlening. In § 4.3 wordt besproken welke omstandigheden van belang zijn om een bijzondere zorgplicht aan te nemen. Nu rijst de vraag of deze bijzondere zorgplicht ook aangenomen kan worden ten aanzien van kredietverlening. Aan de hand van de bestudering van de literatuur, de jurisprudentie, de juridische tijdschriftartikelen en de interviews met de [redacted] en [redacted] wordt in § 4.4 gekeken of deze bijzondere zorgplicht ook geldt ten aanzien van de kredietverlening. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening wordt in § 4.5 in kaart gebracht.

§ 4.2 De algemene zorgplicht

Hieronder wordt aan de hand van de literatuur besproken in welke gevallen een algemene zorgplicht van toepassing is en wat de omvang hiervan is.

De toepasselijkheid van de zorgplicht
Bij de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product en/of dienst is één van de vereisten dat er sprake moet zijn van wilsovereenstemming tussen de financiële dienstverlener en de consument in de zin van art. 3:33 BW. De wil van de financiële dienstverlener is erop gericht om financiële producten en/of financiële diensten te verlenen, omdat zij daarbij een commercieel belang heeft. Aan de andere kant heeft de consument belang bij de financiële dienstverlening om zijn behoeften en wensen te kunnen realiseren. Om tot een wilsovereenstemming te komen rust op zowel de financiële dienstverlener als de consument de plicht om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van elkaar.[58] Voor de consument betekent dit dat hij zijn behoeften en wensen duidelijk kenbaar dient te maken aan de financiële dienstverlener. Tenslotte mag van de consument worden verwacht dat hij zich verdiept in de kenmerken van de financiële dienstverlening. Op de financiële dienstverlener rust daarentegen een plicht om zich zodanig in te spannen, teneinde de wil van de consument te onderkennen en te realiseren. Gelet op het bovenstaande dienen beide partijen rekening te houden met de gerechtvaardige belangen van elkaar. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat de zorgplicht van de financiële dienstverlener in beginsel zwaarder weegt, dan de plicht van de consument om zich te verdiepen in de financiële

[58] HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, (Baris/ Riezenkamp).

producten. Daarbij geldt ook dat het pot-verwijt-de-ketel verweer van de financiële dienstverlener niet altijd opgaat.[59] De zorgplicht van de financiële dienstverlener weegt namelijk zwaarder en heeft als doel om de belangen van de consumenten te beschermen. De financiële dienstverlener heeft als deskundige partij namelijk de plicht om de informatieachterstand tussen haar en de consument te verkleinen, aangezien de consument in principe weinig tot geen besef heeft van wat de financiële producten inhouden.[60]

Deze zorgplicht geldt in beginsel voor zowel contractuele als buitencontractuele gevallen.[61] Bij contractuele gevallen is deze zorgplicht te vinden in de bepalingen die opgenomen zijn in de overeenkomst. In art. 2 ABV is de volgende bepaling opgenomen:

'De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.'

Ten aanzien van de overeenkomst van opdracht, waarbij de financiële dienstverlener de opdracht van de consument krijgt om te adviseren over een financieel product, is in de wet een zorgplichtbepaling opgenomen. Volgens art. 7:401 BW houdt deze bepaling het volgende in:

'De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaameden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.'

Indien bovengenoemde bepaling niet expliciet in de overeenkomst is opgenomen, doet dat geen afbreuk aan de op de financiële dienstverlener rustende zorgplicht. De aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid brengen op grond van de maatschappelijke positie van de financiële dienstverlener een zorgplicht mee volgens art. 6:248 lid 1 BW.[62]

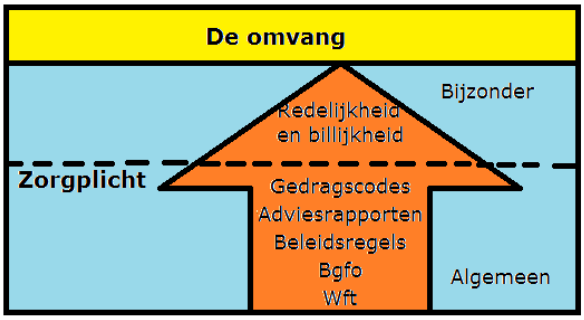
De omvang van de zorgplicht

Het voorgaande betekent dat op de financiële dienstverlener in zowel contractuele als buitencontractuele gevallen onder bepaalde omstandigheden een zorgplicht rust. Vervolgens moet er worden gekeken naar de omvang van deze zorgplicht. Deze wordt enerzijds gevormd door het publiekrecht.[63] Dit volgt namelijk uit de kamerstukken: 'of en in welke mate de rechter in een civielrechtelijke procedure een overtreding van de Wft meeneemt, zal afhangen van hetgeen de cliënt vordert, op welke civielrechtelijke bepalingen deze vordering wordt gebaseerd en welke gronden daartoe worden aangevoerd.'[64] Naar mijn idee vallen de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten uit de Wft, de daaraan verbonden wet- en regelgeving, adviesrapporten van de AFM en de gedragscodes allemaal onder de reikwijdte van deze zorgplicht. Anderzijds wordt deze zorgplicht ontwikkeld aan de hand van de jurisprudentie. Aan de hand van de omstandigheden van het geval kunnen de eisen van de redelijkheid en billijkheid namelijk aanvullende normen vaststellen aan de financiële

[59] HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, (Van der Beek/Van Dartel); HR 7 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC0090, (Türk/Van den Berg); HR 21 december 1990, LJN ZC0088, (Van Geest/Nederlof); HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2492, (Holvrieka/Brunink); zie ook HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, (Offringa/Vinck c.s).
[60] D. Busch 2013, p. 77.
[61] D. Busch 2013, p. 385 en 513.
[62] HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, (Mees Pierson/Ten Bos).
[63] M.M. Van Rossum, *TvPP* 2013-3.
[64] D. Busch 2013, p. 607.

dienstverlening.[65] De reikwijdte van deze zorgplicht wordt daardoor mogelijk omvangrijker. Wanneer deze zorgplicht omvangrijker wordt, betekent dat in beginsel dat er sprake is van een bijzondere zorgplicht. Gelet op de jurisprudentie is tot op heden slechts een bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van beleggingsdienstverlening. Deze bijzondere zorgplicht bij beleggingsdienstverlening wordt in § 4.3 toegelicht.

Figuur 4.1: De omvang van de algemene/bijzondere zorgplicht weergegeven.



§ 4.3 De bijzondere zorgplicht bij beleggingsdienstverlening

Uit de jurisprudentie blijkt dat een bijzondere zorgplicht is aangenomen ten aanzien van de beleggingsdienstverlening. Hieronder wordt aan de hand van de jurisprudentie en de literatuur worden de omstandigheden besproken waaronder een bijzondere zorgplicht kan worden aangenomen.

Bijzondere zorgplicht

De bijzondere zorgplicht heeft als doelstelling de consumenten te beschermen tegen het gevaar van eigenzinnigheid, eigen lichtvaardigheid en het gebrek aan inzicht.[66] De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht wordt enerzijds bepaald door de ontwikkelde normen in het publiekrecht ten aanzien van de beleggingsdienstverlening. Anderzijds kunnen de redelijkheid en billijkheid op grond van de jurisprudentie nadere normen stellen aan de beleggingsdienstverlening.[67] Om te kijken of er aanvullende normen vanuit de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, is dat echter wel steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de financiële dienstverlening, de bijzondere risico's die verbonden zijn aan zowel de financiële dienstverlening, de deskundigheid, de relevante ervaring en de achtergrond van de consument en tot slot de financiële positie van de consument.[68] Hieronder wordt in het kader van de beleggingsdienstverlening ingegaan op deze omstandigheden.

De aard van financiële dienstverlening

Of de eisen van de redelijkheid en billijkheid nadere normen aan de financiële dienstverlening kunnen stellen, is primair afhankelijk van de aard van de financiële dienstverlening. Bij de beleggingsdienstverlening valt voor wat betreft de aard van de financiële dienstverlening een onderscheid te maken in 'execution only', adviseren en vermogensbeheer. Bij 'execution only' weet de consument meestal wat hij wil en verzoekt hij

[65] S.B. van Baalen, *F* 2006/4.
[66] HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, (Rabobank/Everaars); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, (Van der Klundert/Rabobank); zie ook HR 11 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, (Kouwenberg/Rabobank).
[67] F.J. van Ommeren 2011, p. 29.
[68] D. Busch 2013, p. 386; zie ook O.O. Cherednychenko, *NTBR* 2010.11, p. 5.

de financiële dienstverlener om slechts een door de consument bepaalde transactie uit te voeren. Bij adviseren rust op de financiële dienstverlener de verplichting om naar een passende financieel product te zoeken. Dat het financiële product passend moet zijn betekent dat het aan moet sluiten bij de behoeften en de wensen van de consument. Uiteindelijk is het aan de consument om te beslissen of hij het geadviseerde beleggingsproduct accepteert. Bij vermogensbeheer neemt de financiële dienstverlener namens de consument het voortouw. Als vermogensbeheerder is hij middels een volmachtverlening bevoegd om namens de consument tot aan- of verkoop van aandelen, obligaties of andere financiële instrumenten te besluiten. Op basis van het voormelde kan het volgende worden opgemaakt. Naarmate de financiële dienstverlener meer verantwoordelijkheid krijgt, hoe zwaarder de op financiële dienstverlener rustende zorgplicht wordt.[69]

De bijzondere risico's die verbonden zijn aan de financiële dienstverlening

Of de eisen van de redelijkheid en billijkheid nadere normen aan de financiële dienstverlening kunnen stellen, is op de tweede plaats afhankelijk van de bijzondere risico's die verbonden zijn aan de financiële dienstverlening. Op de financiële dienstverlener rust de verplichting om de consument te wijzen op de bijzondere risico's die verbonden zijn aan de financiële dienstverlening. In dat geval gaat het om risico's die verbonden zijn aan beleggingsproducten. Het gaat bij de beleggingsdienstverlening niet zozeer om de bescherming tegen algemene risico's zoals koersverlies, maar om de bescherming tegen risico's die de consument niet begrijpt of de risico's van een zodanige omvang zijn dat de consument deze niet wil of kan dragen.[70] Hierbij kan er dus worden gedacht aan het risico dat de verkoopopbrengst van de beleggingsproducten ontoereikend is om de daaraan verbonden lasten te kunnen voldoen. Het is steeds afhankelijk van de complexiteit van het financiële product in hoeverre de financiële dienstverlener de consument dient te wijzen op aan het financiële product verbonden risico's.[71] Bij beleggingsproducten gaat het namelijk om zeer complexe producten.

Deskundigheid, ervaring en achtergrond

Of de eisen van de redelijkheid en billijkheid nadere normen aan de financiële dienstverlening kunnen stellen, is op de derde plaats afhankelijk van de deskundigheid, ervaring en achtergrond van de consument. Van de consument dient er een cliëntprofiel te worden samengesteld. In dit cliëntenprofiel brengt de financiële dienstverlener de deskundigheid, ervaring en de achtergrond van de consument in kaart. De financiële dienstverlener dient na te gaan of de consument een opleiding heeft genoten en of hij eerder in aanraking is gekomen met de beleggingsdienstverlening. Op basis van dit cliëntenprofiel kan de financiële dienstverlener bepalen in hoeverre de informatieachterstand met betrekking tot de beleggingsdienstverlening bedraagt. Op deze manier kan de financiële dienstverlener deze achterstand zoveel mogelijk parallel trekken met haar eigen kennis over het financiële product. Het is dus afhankelijk van de kennis en de ervaring van de consument in hoeverre de financiële dienstverlener de consument moet wijzen op de consequenties van het sluiten van het financiële product. De financiële dienstverlener dient bij de beschrijving van de aard en risico's van de beleggingsproducten niet af te stemmen op de individuele

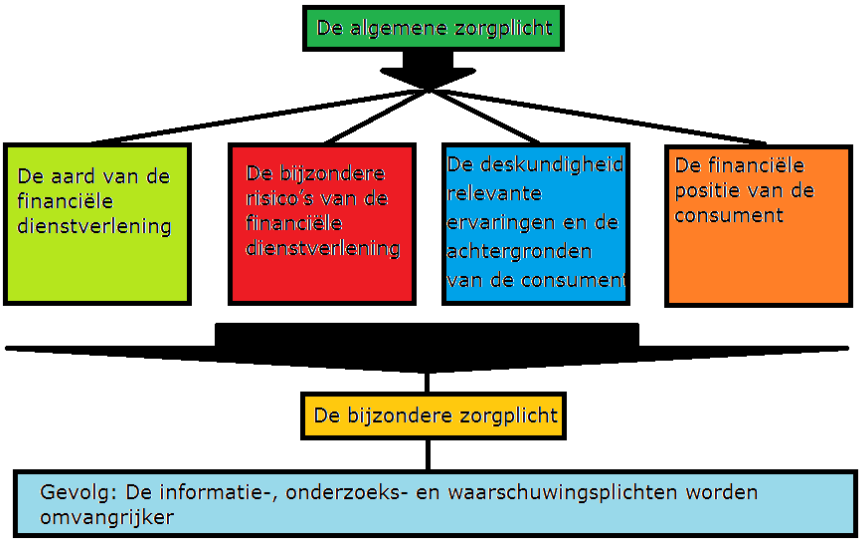
[69] B. Bierens, *NTBR* 2013/3, p. 6.
[70] D. Busch 2013, p. 386.
[71] A.C.W. Pijls 2010, p. 167-193.

consument, maar mag daarbij uitgaan van een kennisniveau van de gemiddelde consument.[72]

De financiële positie

Of de eisen van de redelijkheid en billijkheid nadere normen aan de financiële dienstverlening kunnen stellen is tenslotte afhankelijk van de financiële positie van de consument. De financiële dienstverlener moet nagaan of de consument in staat is om het beleggingsrisico op te vangen indien dit risico zich verwezenlijkt. Daarbij moet belangrijke informatie worden ingewonnen over het inkomen van de consument of hij een vaste of tijdelijke baan heeft en tot slot of hij eventuele zekerheden heeft.

Figuur 4.2: De essentie uit § 4.2 en § 4.3 weergegeven.



§ 4.4 De bijzondere zorgplicht bij kredietverlening

Ten aanzien van de beleggingsdienstverlening is dus een bijzondere zorgplicht aangenomen. Deze bijzondere zorgplicht heeft als gevolg dat op basis van de eisen van de redelijkheid en billijkheid nadere normen worden gekoppeld aan de financiële dienstverlening. Hieronder wordt besproken of er ook sprake is van een bijzondere zorgplicht bij kredietverlening. Dit wordt besproken aan de hand van de literatuur, de jurisprudentie en de interviews met de [redacted] en [redacted].

Uit § 4.3 blijkt dat de bijzondere zorgplicht als doelstelling heeft de consumenten te beschermen tegen het gevaar van eigenzinnigheid, eigen lichtvaardigheid en het gebrek aan inzicht. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht wordt enerzijds bepaald door de ontwikkelde normen ten aanzien van de financiële dienstverlening uit het publiekrecht. Zo dient de financiële dienstverlener bij de uitvoering van de kredietwaardigheidstoets zich te houden aan de gedragscodes.[73] Anderzijds kunnen de redelijkheid en billijkheid op grond van de jurisprudentie nadere normen opleggen aan de kredietverlening. Om te kijken of er aanvullende eisen vanuit de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, is dat echter wel steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Waaronder de aard van de financiële dienstverlening, de bijzondere risico's die verbonden zijn aan zowel de financiële

[72] D. Busch 2013, p. 391.
[73] Kifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170.

dienstverlening, de deskundigheid, de relevante ervaring en de achtergrond van de consument en tot slot de financiële positie van de consument.

Op basis van de onderzochte jurisprudentie is in slechts 5 van 23 gevallen, waarin er sprake was van overkreditering een bijzondere zorgplicht aangenomen.[74] Gelet op de jurisprudentie en de literatuur kan om de navolgende redenen niet met zekerheid worden vastgesteld dat er een bijzondere zorgplicht geldt bij kredietverlening.

Reden 1: ongecompliceerd product
Bij kredietverlening gaat het doorgaans om een eenvoudig financieel product, waarvan de maandelijkse betalingsverplichtingen, de hoogte van het kredietbedrag en de financiële consequenties bij het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen voor de consumenten in beginsel overzichtelijk zijn.[75] Om die reden rust op de financiële dienstverlener niet de plicht om te onderzoeken of de consument zich de omvang van de door hem aangegane verplichtingen in voldoende mate realiseert.[76] Dit betekent echter niet dat op de financiële dienstverlener geen informatieplicht meer geldt.[77]

Reden 2: duidelijke wet- en regelgeving
De normen ten aanzien van de kredietverlening zijn inmiddels duidelijk omschreven en om die reden is een zwaardere onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht niet nodig.[78]

Reden 3: toetsing ex tunc
Bij de beoordeling of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende bijzondere zorgplicht met betrekking tot het voorkomen van overkreditering, moet worden beoordeeld aan de hand van de wet- en regelgeving die destijds bij het sluiten van de kredietovereenkomst gold.[79]

Op basis van de bovenvermelde redenen is op dit moment geen bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van kredietverlening. Naar mijn mening is dat onjuist om de navolgende redenen.

Ad 1:
Ten aanzien van de persoonlijke kredietverlening is het bovenstaande oordeel te begrijpen. Een persoonlijk krediet wordt in de zin van de wet namelijk aangemerkt als een niet complex financieel product. Als dit persoonlijk krediet conform de normen van kredietverlening is verleend, dan kan er in beginsel ook geen overkreditering ontstaan.

Het oordeel dat er geen bijzondere zorgplicht geldt ten aanzien van hypothecaire kredietverlening valt echter naar mijn idee niet te bevatten. Bij hypothecaire kredietverlening

[74] Hof Leeuwaarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437; Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab); Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL4345; Rb. Den Haag 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314; zie ook Rb. Den Haag 11 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1674.
[75] J.M van Poelgeest 2012, onder 2.3.12.1 Zorgplicht; Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1681; Rb. Almelo 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU3018; zie ookKifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170.
[76] Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL4345; Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78; zie ook Prg. 2014/85, m.nt. P.J.M. Ros.
[77] Hof Leeuwaarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.
[78] D. Busch 2013, p 540.
[79] Rb. Almelo 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU3018; Rb. Noord-Holland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3006, JOR 2013/1116; zie ook Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4356.

gaat het in principe om aanzienlijke kredietbedragen waarbij een recht van hypotheek ten behoeve van de financiële dienstverlener wordt gevestigd op de onroerende zaken van de consument. Dit hypothecair krediet gaat meestal ook gepaard met een levensverzekering wat de hypothecaire kredietverlening een complex financieel product maakt in de zin van art. 1 Bgfo. De combinatie van een aanzienlijke kredietbedrag, een levensverzekering en een hypotheekrecht met de intreding van een mogelijke risico zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, echtscheiding en pensionering leiden ertoe dat de hypothecaire kredietverlening als een complex financieel product kan worden aangemerkt.[80]

Bovenstaande leidt naar mijn mening tot de aanname van een bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening. Indien de financiële dienstverlener meer krediet aan de consument verstrekt dan eigenlijk is toegestaan volgens de gedragscodes, onvoldoende onderzoek doet naar de invloed van de bovenvermelde risico's op de kredietwaardigheid van de consument, de consument niet of nauwelijks informeert over de bovenvermelde risico's en tot slot de consument niet uitdrukkelijk waarschuwt voor de gevolgen bij de intreding van een dergelijk risico, dan kan dat leiden tot overkreditering. Het gevolg van overkreditering is dat de consument niet meer aan zijn betalingsverplichting kan voldoen. De woning van de consument moet worden verkocht, waardoor hij in beginsel met een restschuld blijft zitten.

Ad 2:
Ook deze uitleg moet tot een bepaalde hoogte worden gevolgd. In hoofdstuk 3 van deze scriptie zijn de boetebesluiten in het kader van schending van het overkrediteringsverbod behandeld. Uit deze boetebesluiten en de praktijk valt op te maken dat het voor de financiële dienstverleners nog lang niet altijd duidelijk is hoe zij binnen het open karakter van de Wft en haar gelaagde structuur dienen te opereren.[81] De gedragscodes geven weliswaar op een nauwkeurige wijze richting aan de open normen van de Wft, maar afwijken van de normen in de gedragscodes is bij hypothecaire kredietverlening in principe toegestaan.[82] De precieze omstandigheden waaronder mag worden afgeweken van de gedragscodes, zijn tot op heden echter niet volledig duidelijk.

Ad 3:
De rechter toetst ex tunc of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende bijzondere zorgplicht. De wet- en regelgeving die invulling geeft aan de bijzondere zorgplicht is in de jaren flink aangescherpt. Dit betekent dat een kredietovereenkomst die in 2002 is gesloten waarschijnlijk in lijn is met de wet- en regelgeving die destijds van toepassing was, maar dezelfde kredietovereenkomst onder dezelfde voorwaarden wellicht nu in strijd is met de normen die vandaag de dag gelden. Ondanks de aanscherping van de wet- en regelgeving op het gebied van de kredietverlening, ben ik van mening dat er altijd een bijzondere zorgplicht geldt bij hypothecaire kredietverlening.

Gelet op het bovenstaande ben ik van mening een bijzondere zorgplicht geldt bij hypothecaire kredietverlening, aangezien het hier om een complex financieel product gaat.

[80] Zie bijlage 2: Interview met [redacted] (bedrijfsjurist) van [redacted].
[81] Zie bijlage 3: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].
[82] Gedragscode CHF onder 6 lid 6.

§ 4.5 De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bij kredietverlening

Hieronder wordt op basis van de jurisprudentie de omvang van deze bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening besproken.

Onderzoeksplicht
Ten eerste rust op de financiële dienstverlener een onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht houdt in dat de financiële dienstverlener alvorens de kredietverlening, onderzoek doet naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument.

Kredietwaardigheidstoets
Ter voorkoming van overkreditering voert de financiële dienstverlener een kredietwaardigheidsonderzoek uit om de financiële positie van de consument in kaart te brengen. Dit doet zij op de eerste plaats door middel van een BKR-toetsing.[83] Ten tweede hanteert de financiële dienstverlener ter voorkoming van overkreditering een acceptatiebeleid. Uit dit acceptatiebeleid moet blijken dat de financiële dienstverlener een inkomen/lasten toets uitvoert.

Inkomen/lasten toets
Bij de vaststelling van het inkomen dient de financiële dienstverlener onderzoek te doen naar de vaste en bestendige inkomsten van de consument, de toekomstige beschikbare inkomsten uit vrij beschikbaar vermogen van de consument, indien die inkomsten redelijkerwijs te verwachten zijn en tot slot of er binnen een redelijke termijn een structurele inkomensstijging valt te verwachten. Hierbij opgemerkt dat de financiële dienstverlener erop mag vertrouwen dat de door consument aangeleverde informatie inzake zijn inkomens- en vermogenspositie juist is, tenzij de financiële dienstverlener gegronde reden heeft daaraan te twijfelen. Op de consument rust om die reden een eigen verantwoordelijkheid voor de aangeleverde informatie. Echter, de financiële dienstverlener mag niet slechts uitgaan van de door de consument mondeling medegedeelde informatie.[84]

Bij de vaststelling van de inkomens- en vermogenspositie doet zij onderzoek naar het inkomen en de lasten van de consument. Ten aanzien van het inkomen houdt zij rekening met het volgende:

- De duur en de omvang van het dienstverband, het beroep, de functie en het arbeidsverleden van de consument;
- Een inkomensverklaring van de consument opvragen;[85]
- Loonstroken opvragen waaruit het maandelijkse salaris van de consument valt op te maken. Hieruit blijkt de hoogte van het salaris, vakantiegeld, toeslagen en de bijtellingen;
- De gemiddelde winst uit de winst- en verliesrekening van de eenmanszaak. Echter, alleen de winst over een aantal jaren is onvoldoende om de kredietwaardigheid te controleren;[86]

[83] Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL4345.
[84] Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1681; Rb. Dordrecht 23 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM9737; zie ook Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT 2014:2631.
[85] Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP9469; Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78; zie ook Prg. 2014/85 m.nt. P.J.M. Ros.
[86] Kifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170.

- De regelingen vanuit de werkgever met betrekking tot de intreedbare risico's zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid of pensionering;
- De AOW-uitkering bij pensionering.[87]

Ten aanzien van het vermogen dient de WOZ waarde van onroerende zaken te worden opgevraagd.[88] Hierbij opgemerkt dat het hypothecair krediet alleen verstrekt mag worden indien blijkt dat de waarde van de onroerende zaak toereikend is om het kredietbedrag terug te betalen ingeval van niet-nakoming van de kredietovereenkomst. Met name als het uitdrukkelijke de wens van de consument is om maximaal gefinancierd te zijn.[89]

Naast het toetsen van het inkomen, toetst de financiële dienstverlener ook de lasten. Hierbij onderzoekt zij de volgende gegevens:

- De woonlasten van de consument;
- De hypotheeklasten van de consumenten. Daarbij houdt zij ook rekening met een mogelijke stijging van de rentelasten in de toekomst.[90]

De wijziging van de kredietwaardigheid
Wanneer de inkomen/lasten toets eenmaal is uitgevoerd dient de financiële dienstverlener er rekening mee te houden dat het inkomen en de lasten van de consument wellicht in de toekomst kunnen veranderen. Deze verandering kan ontstaan doordat een bepaald risico intreedt, zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, scheiding of pensionering.[91] Indien een dergelijk risico intreedt, tast dat de kredietwaardigheid van de consument aan, waardoor overkreditering kan ontstaan.[92] Het is om die reden belangrijk dat de financiële dienstverlener de kredietwaardigheid van de consument aan de hand van de bovenvermelde omstandigheden duidelijk in kaart brengt, zodat de consument een deugdelijke afweging kan maken of hij de hypothecaire kredietovereenkomst aangaat.

De volgende omstandigheden tasten ook de kredietwaardigheidspositie van de consument aan, waardoor de consument met betalingsproblemen komt te zitten. Deze omstandigheden kunnen in beginsel echter niet aan de financiële dienstverlener worden toegerekend.

- Een drugs- en alcoholverslaving van de consument;[93]
- Het niet regelen van een spaarvoorziening waarmee het hypothecair krediet op termijn kan worden afgelost. Dit geldt ook voor het afsluiten van een overlijdensrisicoverzekering;[94]
- Het feit dat de consument ten tijde van het sluiten van de hypothecaire kredietovereenkomst zich reeds in een penibele financiële situatie bevindt;[95]
- Een te lage opbrengst van de woning in verband met de huizenmarktcrisis.[96]

[87] Rb. Amsterdam 9 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8426.
[88] Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP9469.
[89] Kifid 31 oktober 2012, nr. 2012-308.
[90] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab); zie ook Rb. Amsterdam 9 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8426.
[91] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab).
[92] Hof Leeuwaarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.
[93] Rb. Rotterdam 17 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO5099.
[94] Hof Amsterdam 17 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4673.
[95] Kifid 22 oktober 2012, nr. 2009-93.
[96] Kifid 26 maart 2014, nr. 2014-140.

De leencapaciteit
Wanneer de financiële dienstverlener de inkomen/lasten toets heeft uitgevoerd, kan de financiële dienstverlener de leencapaciteit vast stellen.[97] De leencapaciteit is het bedrag dat de consument elke maand maximaal kan besteden aan de aflossing van het krediet. Uit de praktijk blijkt dat de financiële dienstverlener bij het onderzoek naar de leencapaciteit gebruik maakt van een rekenprogramma. Zij moet hierbij alert zijn dat zij niet uitgaat van een te hoog inkomen door de hantering van een fictief met een rekenprogramma vastgesteld inkomen.[98]

Informatieplicht
Ten tweede rust op de financiële dienstverlener gedurende het adviestraject en het aanbieden van het hypothecair krediet een informatieplicht. Deze informatieplicht houdt in dat de financiële dienstverlener op een correcte, duidelijke en niet-misleidende wijze informatie over het hypothecair krediet aan de consument verstrekt. Op deze manier is de consument in staat om daarover een adequate beoordeling te maken. Hierbij neemt zij onder andere de punten genoemd in Gedragscode GHF onder 3 Voorlichting in acht:

- De gegevens van de financiële dienstverlener;
- Een omschrijving van de hypothecaire kredietovereenkomst. Deze omschrijving bestaat uit de hypotheekvorm, de hoogte van het kredietbedrag, de looptijd, het maandelijkse rente- en aflosbedrag, de tijdstippen waarop de rente- en aflosbedragen dienen te worden betaald. Voor de overige punten wordt verwezen naar de gedragscode GHF onder 5 Offertes;
- De voorwaarden waaronder de hypothecaire kredietovereenkomst wordt gesloten;
- De invloed van de risico's zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, echtscheiding en pensionering op de kredietwaardigheid van de consument. Het intreden van een dergelijk risico kan namelijk leiden tot overkreditering;
- De kosten van de financiële dienstverlening;
- De verschillen tussen de hypothecair kredieten bij herfinanciering;[99]

Waarschuwingsplicht
Indien uit de kredietwaardigheidstoets blijkt dat de consument onvoldoende kredietwaardig is om de lasten die verbonden zijn aan de hypothecaire kredietovereenkomst te (blijven) dragen, rust op de financiële dienstverlener een waarschuwingsplicht. Deze waarschuwingsplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de consument dient te waarschuwen voor de verbonden risico's aan de kredietverlening ter voorkoming van overkreditering. Op de financiële dienstverlener rust in beginsel de plicht om de kredietverlening in dat geval te ontraden.[100] Ook in de volgende gevallen rust de plicht om de hypothecaire kredietverlening te ontraden:

- Indien in de voorziening opgebouwde vermogen mogelijk ontoereikend is om het krediet en daaraan verbonden lasten te kunnen voldoen;[101]
- Indien de kredietovereenkomst uitdrukkelijk niet past bij de financiële mogelijkheden of de doelstellingen van de consument.[102]

[97] Kifid 26 maart 2014, nr. 2014-140.
[98] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab).
[99] Kifid 7 juli 2011, nr. 2011-170.
[100] Hof Leeuwaarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.
[101] Rb. Den Haag 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314; zie ook Rb. Den Haag 11 januari 2012, JOR 2012/181, m.nt. J.W.P.M. Van der Velden.
[102] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab).

De financiële dienstverlener heeft niet de op haar rustende bijzondere zorgplicht geschonden, indien uit het dossier blijkt dat zij de consument duidelijk heeft geïnformeerd over en/of gewaarschuwd voor op overschrijding van de normen binnen de gedragscodes in combinatie met het intreden van de genoemde risico's. Indien de consument de risico's begrijpt en hij alsnog de kredietovereenkomst wil aangaan, dan treft de financiële dienstverlener in principe dan ook geen blaam.[103]

§ 4.6 Tussenconclusie

In zowel contractuele als buitencontractuele gevallen rust op de financiële dienstverlener een zorgplicht. Deze zorgplicht wordt enerzijds gevormd door de normen die zich in het publiekrecht hebben ontwikkeld. Anderzijds wordt deze zorgplicht gevormd door de aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid. Deze algemene zorgplicht oftewel de op financiële dienstverlener rustende onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten kunnen op basis van de jurisprudentie afhankelijk van de omstandigheden van het geval omvangrijker worden. Op het moment dat deze plichten omvangrijker worden, kan naar mijn idee worden gesproken over een bijzondere zorgplicht.

De vraag rijst nu of er inmiddels een bijzondere zorgplicht kan worden aangenomen ten aanzien van de kredietverlening. Gelet op de onderzochte literatuur en de jurisprudentie moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Ten aanzien van persoonlijke kredietverlening kan dit oordeel worden gevolgd. Echter, rust naar mijn mening wel degelijk een bijzondere zorgplicht ten aanzien van hypothecaire kredietverlening.

De combinatie van een aanzienlijke kredietbedrag, een levensverzekering en een recht van hypotheek met de daaraan verbonden bijzondere risico's zoals: overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, echtscheiding en/of pensionering leiden ertoe dat hypothecair krediet als een complex financieel product kan worden aangemerkt. Op het moment dat de consument overgekrediteerd raakt, heeft als consequentie dat hij niet meer aan zijn betalingsverplichting kan voldoen. De woning van de consument moet worden verkocht, waardoor hij in beginsel met een restschuld blijft zitten.

Kortom, de bijzondere risico's die aan de kredietverlening zijn verbonden, zijn voor de consumenten onoverzichtelijk. Daarnaast kunnen de gevolgen in geval van overkreditering net zo impactvol zijn als de gevolgen bij schending van de bijzondere zorgplicht ten aanzien van beleggingsdienstverlening. Deze redenen leiden tot de conclusie dat hypothecair krediet als een complex financieel product kan worden aangemerkt. Om die reden rust er naar mijn mening een bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening.

De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening is uitgebreid in § 4.4 van deze scriptie besproken.

[103] Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78; Prg. 2014/85 m.nt. P.J.M. Ros; Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4356; zie ook Kifid 17 april 2014, nr. 2014-167.

Hoofdstuk 5 De maatregelen bij overkreditering

§ 5.1 Inleiding

Wanneer in dit hoofdstuk wordt gesproken over de zorgplicht, dan wordt de algemene zorgplicht bij persoonlijke kredietverlening onderscheidenlijk de bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening bedoeld.

Vaststaat dat de financiële dienstverlener bij kredietverlening de op haar rustende zorgplicht in acht dient te nemen. De reikwijdte van deze zorgplicht wordt enerzijds gevormd door de normen die opgenomen zijn in de Wft, de daaraan verbonden wet- en regelgeving, de adviesrapporten van de AFM en de gedragscodes. Deze voormelde normen zijn uitgebreid in het derde hoofdstuk van deze scriptie aan bod gekomen. Anderzijds wordt deze zorgplicht op grond van de jurisprudentie door de aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid gevormd. Deze uitspraken zijn uitgebreid in het vierde hoofdstuk van deze scriptie aan de orde gekomen. Nu rijst de vraag op welke wijze de consument de financiële dienstverlener kan aanspreken indien zij haar zorgplicht heeft geschonden, waardoor overkreditering is ontstaan. In dit hoofdstuk worden de maatregelen besproken die de consument kan gebruiken om de schade die hij lijdt door overkreditering te verhalen op de financiële dienstverlener. In § 5.2 wordt de wanprestatieregeling besproken. Vervolgens wordt in § 5.3 een beroep op de onrechtmatige daad besproken. Naast het vorderen van schadevergoeding kan de consument ook vernietiging van de kredietovereenkomst of aanpassing van het contract vorderen. Dit kan de consument doen door een beroep te doen op dwaling. Het dwalingsleerstuk wordt in § 5.4 besproken. Nadat de maatregelen zijn besproken wordt in § 5.5 toegelicht op welke wijze de schade bij schending van de zorgplicht kan worden begroot. Niet in alle gevallen is de schade volledig aan de financiële dienstverlener toe te rekenen. Derhalve wordt in § 5.6 naar de eigen schuld van de consument bij overkreditering gekeken. Tot slot komt als kers op de taart de klachtplicht aan de orde in § 5.7. In een gerechtelijke procedure zal de financiële dienstverlener ongetwijfeld een beroep doen op schending van de klachtplicht. Indien dit beroep slaagt dan kan de consument geen beroep doen op wanprestatie of onrechtmatige daad.

§ 5.2 De wanprestatie

Door middel van een beroep op wanprestatie kan de consument de schade die hij lijdt in geval van overkreditering verhalen op de financiële dienstverlener. Bij een beroep op wanprestatie gaat het om een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en de schade die daardoor wordt geleden. Is deze tekortkoming toerekenbaar aan degene die wanprestatie pleegt, dan dient hij deze schade te vergoeden in de zin van art. 6:74 lid 1 BW. Bij kredietverlening kan de niet nakoming van een verbintenis, die tot wanprestatie leidt, worden gevonden in schending van de op de financiële dienstverlener rustende zorgplicht. Hieronder wordt ingegaan op de vereisten van een beroep op wanprestatie en vervolgens worden deze vereisten toegepast in het geval van overkreditering.

Tekortkoming in de nakoming
Allereerst moet worden vastgesteld of er sprake is van een tekortkoming in de nakoming. Uit het vierde hoofdstuk van deze scriptie blijkt dat op de financiële dienstverlener een zorgplicht rust bij kredietverlening op grond van art. 2 ABV, art. 7:401 BW, dan wel op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW.

Indien deze zorgplicht wordt geschonden, dan kan hierdoor overkreditering ontstaan. De tekortkoming in de nakoming bestaat uit een onjuiste en/of ondeugdelijke nakoming van de kredietovereenkomst. De kredietverlening is namelijk gelet op de zorgplicht op een onverantwoorde wijze aan de consument verleend.[104]

Toerekenbaarheid

De tekortkoming bestaat dus uit schending van de op financiële dienstverlener rustende zorgplicht, waardoor overkreditering is ontstaan. Indien deze tekortkoming in de nakoming eenmaal vaststaat, dan is daarmee de aansprakelijkheid in beginsel gegeven. Het is dan aan de schuldenaar oftewel de financiële dienstverlener om aan te tonen dat de schending van de zorgplicht niet aan haar kan worden toegerekend op grond van art. 6:75 BW. Een tekortkoming kan de financiële dienstverlener niet worden toegerekend indien deze tekortkoming niet is te wijten aan haar schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt. De kans dat het verweer van de financiële dienstverlener slaagt indien zij een beroep op de voormelde gronden doet, lijkt mij onwaarschijnlijk. De financiële dienstverlener dient namelijk uit hoofde van haar maatschappelijke positie rekening te houden met de belangen van de consumenten. De omstandigheden waaronder de schending van de zorgplicht niet aan de financiële dienstverlener valt toe te rekenen zijn de volgende:

- Indien de consument zich ten tijde van het sluiten van de hypothecaire kredietovereenkomst al in een penibele financiële situatie bevindt, waarbij de financiële dienstverlener met het verstrekken van een nieuw krediet heeft getracht om de lasten van de consument te verminderen;[105]
- Een te lage opbrengst van de woning in verband met de huizenmarktcrisis;[106]
- Een drugs- en/of alcoholverslaving van de consument.[107]

Causaal verband

Vervolgens moet er ook sprake zijn van een causaal verband om de schuldenaar aan te spreken in de zin van art. 6:74 BW jo. art. 6:98 BW. Om de causaliteit vast te stellen wordt er gebruik gemaakt van de condicio sine qua non-verband. Steeds moet men het volgende afvragen: was de schade ook ingetreden, indien de financiële dienstverlener de op haar rustende zorgplicht niet had geschonden. Vast moet komen te staan dat de schade die de consument oploopt vanwege overkreditering, is ontstaan doordat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht. Dit betekent echter niet dat wanneer er sprake is van overkreditering, dit dan per definitie te maken heeft met de schending van de zorgplicht. Het is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval om te beoordelen of, en in welke mate de financiële dienstverlener in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld.

Wanneer deze vereisten bevestigend zijn doorlopen, kan de consument succesvol een beroep doen op wanprestatie.

[104] D. Busch 2013, p. 518; zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 20.
[105] Kifid 22 oktober 2012, nr. 2009-93.
[106] Kifid 26 maart 2014, nr. 2014-140.
[107] Rb. Rotterdam 17 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO5099.

Figuur 5.1: De vereisten van wanprestatie bij schending van de zorgplicht.

Wanprestatie	
Tekortkoming in de nakoming	Schending van de zorgplicht.
Toerekenbaarheid	De schending van de zorgplicht leidt tot aansprakelijkheid, tenzij de financiële dienstverlener aantoont dat het niet aan haar kan worden toegerekend.
Schade	De overkrediteringsschade.
Causaal verband	De schade bij overkreditering is ontstaan doordat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht.

§ 5.3 De onrechtmatige daad

Bij schending van de zorgplicht kan de consument subsidiair een beroep doen op de onrechtmatige daad krachtens art. 6:162 BW. Hieronder wordt besproken op welke wijze invulling moet worden gegeven aan de vereisten van de onrechtmatige daad in geval van overkreditering.

Onrechtmatige daad

Allereerst moet op basis van de omstandigheden van het geval de gedraging worden vastgesteld. In dit geval houdt de gedraging in dat er sprake is van overkreditering. Om te beoordelen of de gedraging onrechtmatig is, dient te worden vastgesteld of de financiële dienstverlener bij de kredietverlening in strijd heeft gehandeld met de onder art. 6:162 lid 2 genoemde gevallen. Oftewel heeft de financiële dienstverlener inbreuk gemaakt op een recht, in strijd gehandeld met een wettelijke plicht en/of in strijd gehandeld met de maatschappelijke betamelijkheid. In het geval van overkreditering kan de financiële dienstverlener in strijd hebben gehandeld met twee gevallen. De financiële dienstverlener heeft namelijk ten eerste in strijd gehandeld met een wettelijke plicht, namelijk de normen die zien op kredietverlening. Deze normen zijn uitgebreid in derde hoofdstuk van deze scriptie behandeld. Het gaat hierbij om het overkrediteringsverbod in de zin van art. 4:34 Wft jo. art. 115 Bgfo. Ten tweede kan de onrechtmatige daad gevonden worden bij de schending van de maatschappelijke betamelijkheid. De maatschappelijke betamelijkheid moet heel ruim worden opgevat. Het komt er kortgezegd op neer dat de onrechtmatig handelende partij anders had moet handelen met het oog op de belangen van de benadeelde(n). Er is sprake van een schending van de maatschappelijke zorgvuldigheid, indien niet conform de maatschappelijke aanvaarde normen over behoorlijk en zorgvuldig gedrag is gehandeld. Met betrekking tot de financiële dienstverlening rust op de financiële dienstverlener op grond van haar maatschappelijke functie een zorgplicht ten opzichte van zowel haar cliënten als derden.[108] Zij dient namelijk bij het opereren op de financiële markt rekening te houden met de belangen van de consumenten. Onder deze zorgplicht vallen de normen van kredietverlening uit de Wft, alsmede de normen die zich op basis van de redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht hebben ontwikkeld.[109] Net zoals bij wanprestatie is het

[108] HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, JOR 1998/116, (MeesPierson/Ten Bos); zie ook HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, (Safe Heaven).
[109] J.M. van Poelgeest 2012, onder 2.3.1. Inleiding.

afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval of, en in welke mate de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht.[110]

Toerekenbaarheid

De onrechtmatige daad houdt dus in dat de financiële dienstverlener haar zorgplicht heeft geschonden, waardoor overkreditering is ontstaan. Nadat de onrechtmatigheid is vastgesteld, dient deze onrechtmatige daad aan de financiële dienstverlener te worden toegerekend krachtens art. 6:162 lid 3 BW. De onrechtmatige daad kan op basis van de volgende gronden worden toegerekend. De onrechtmatige daad kan namelijk aan de financiële dienstverlener worden toegerekend, indien het haar schuld is dat overkreditering is ontstaan. Daarnaast is het mogelijk aan haar toerekenbaar volgens de verkeersopvattingen. Ondanks dat de normen van de kredietverlening voor de financiële dienstverlener onduidelijk kunnen zijn, is bij schending daarvan een omstandigheid dat voor rekening van de financiële dienstverlener moet blijven. De omstandigheden waaronder de schending van de zorgplicht niet aan de financiële dienstverlener kan worden toegerekend, zijn dezelfde omstandigheden als bij een beroep op wanprestatie zoals besproken in § 5.3 van deze scriptie.

Causaal verband

Nadat de onrechtmatige daad, de aansprakelijkheid en de omvang van de schade is vastgesteld dient het causaal verband te worden vastgesteld. Net zoals bij wanprestatie moet er sprake zijn van een conditio sine qua non-verband. Was de schade ook ingetreden indien de onrechtmatige daad achterwege was gebleven. Ten aanzien van kredietverlening dient te worden vastgesteld dat de schending van de zorgplicht heeft geleid tot overkreditering. Indien de financiële dienstverlener binnen de normen van de kredietverlening blijft, kan in beginsel geen schending van de zorgplicht plaatsvinden en dus in beginsel geen overkreditering ontstaan.

Het relativiteitsbeginsel

Tot slot dient bij een beroep op de onrechtmatige daad ook te worden getoetst aan het relativiteitsbeginsel. Vast moet komen te staan dat de geschonden norm de strekking heeft de benadeelde te beschermen tegen de schade zoals benadeelde deze heeft geleden. De artikelen 4:19 t/m 4:25 en de artikelen 4:32 t/m 4:34 van de Wft vallen onder de reikwijdte van de zorgplicht. Deze artikelen hebben de strekking om de consumenten te beschermen tegen de schade die zij lijden. Om die reden is bij een schending van de bij of krachtens de Wft gestelde normen in beginsel ook aan het relativiteitsvereiste voldaan.[111] Er is dus aan het relativiteitsvereiste voldaan, aangezien de zorgplicht strekt tot bescherming van de consument tegen overkreditering.

Nadat de voormelde vereisten bevestigend zijn doorlopen, kan de consument succesvol een beroep doen op het vorderen van schadevergoeding conform art. 6:162 BW. In § 5.5 wordt besproken op welke wijze de consument de schadevergoeding bij overkreditering kan begroten. Bij de begroting van de schade zal de financiële dienstverlener proberen om de schadevergoedingsplicht te verminderen. Derhalve is het verstandig om op de hoogte te zijn van de omstandigheden waaronder dit kan. In § 5.6 wordt besproken onder welke omstandigheden een beroep op de eigen schuld door de financiële dienstverlener aan de zijde van de consument wordt aangenomen.

[110] D. Busch 2013, p. 595; HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, (Rabobank/Everaars); HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, (Van der Klundert/Rabobank); HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, JOR 1998/116, (MeesPierson/Ten Bos); zie ook HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, (Safe Heaven).
[111] D. Busch 2013, p. 39; zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393-395.

Figuur 5.2: De vereisten van de onrechtmatige daad bij schending van de zorgplicht.

Onrechtmatige daad	
Onrechtmatige daad	1. Schending van een wettelijke plicht namelijk de normen bij kredietverlening. EN 2. Schending van de maatschappelijke betamelijkheid namelijk de normen die ontstaan zijn door de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.
Toerekenbaarheid	Toerekenbaar krachtens schuld van de financiële dienstverlener. Daarnaast is het aan haar toerekenbaar volgens de verkeersopvattingen. Ondanks dat de normen van de kredietverlening voor de financiële dienstverlener onduidelijk kunnen zijn, is bij schending daarvan een omstandigheid dat voor rekening van de financiële dienstverlener moet blijven.
Schade	De overkrediteringsschade.
Causaal verband	De schade bij overkreditering is ontstaan doordat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht.
Relativiteitsbeginsel	De zorgplicht strekt tot bescherming van de consument tegen overkreditering.

§ 5.4 Het dwalingsleerstuk

Naast een beroep op wanprestatie of onrechtmatige daad, kan de consument ook een beroep doen op dwaling. Het voordeel van een gegrond beroep op dwaling is dat de kredietovereenkomst kan worden aangepast of zelfs kan worden vernietigd. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of aanpassing tot een betere oplossing kan leiden dan het verhalen van de schade. Derhalve staat in deze paragraaf de vraag centraal onder welke omstandigheden de consument een beroep kan doen op dwaling. Allereerst wordt er gekeken naar de vereisten van dwaling volgens art. 6:228 BW. Vervolgens wordt naar de jurisprudentie gekeken om te onderzoeken wat de algemene lijnen zijn bij een beroep op dwaling. Met name de jurisprudentie met betrekking tot de beleggingsdienstverlening geven helderheid op dit punt. Hieronder wordt op systematische wijze de vereisten van dwaling doorlopen.

Onjuiste voorstelling van zaken

Voor een geslaagd beroep op dwaling moet allereerst vast komen te staan dat de kredietovereenkomst onder een onjuiste voorstelling van zaken is gesloten.[112] Bij overkreditering kan de onjuiste voorstelling van zaken worden gevonden in het feit dat de consument niet op de hoogte is van de mogelijke risico's die verbonden zijn aan het kredietproduct of het feit dat er meer krediet aan hem is verstrekt dan volgens de normen verantwoord was. Deze onjuiste voorstelling van zaken moet wel een van de omstandigheden betreffen die opgenomen zijn in art. 6:228 lid 1 BW:[113]

1. De dwaling is te wijten aan een verkeerde inlichting van de financiële dienstverlener, tenzij deze mocht aannemen dat de kredietovereenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten volgens art. 6:228 lid 1 sub a BW;
2. Indien de financiële dienstverlener in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de consument had behoren in te lichten volgens art. 6:228 lid 1

[112] Brahn 2010, p. 210.
[113] Brahn 2010, p. 210-218.

sub b BW. De financiële dienstverlener heeft namelijk een informatieplicht. Deze informatieplicht houdt in dat zij aan de consument de nodige informatie dient te verstrekken over het kredietproduct, ten einde de consument in staat te stellen om een adequate beoordeling van het kredietproduct te maken;

3. Indien zowel de consument als de financiële dienstverlener onder een onjuiste voorstelling van zaken de kredietovereenkomst is aangegaan volgens art. 6:228 lid 1 sub c BW.

In het kader van overkreditering is met name art. 6:228 lid 1 sub b BW van belang. Zoals uit het derde hoofdstuk blijkt, rust op de financiële dienstverlener een zorgplicht. Onder deze zorgplicht valt onder andere de onderzoeksplicht, informatieplicht en waarschuwingsplicht. Bij een beroep op dwaling wordt echter niet gekeken naar de gehele zorgplicht. Bij een beroep op dwaling wordt slechts gekeken naar een deel van de zorgplicht namelijk de informatieplicht. Hierbij opgemerkt dat een beroep op de zorgplicht in beginsel sneller wordt aangenomen dan een beroep op dwaling. Dit komt doordat de financiële dienstverlener bij de schending van de zorgplicht in de praktijk wel de nodige informatie heeft verstrekt, maar zij vervolgens onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de financiële positie van de consument.[114] Bij een beroep op dwaling wordt dus gekeken of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende informatieplicht. Deze informatieplicht houdt in dat de financiële dienstverlener bij kredietverlening de consument op een begrijpelijke, gestandaardiseerde en beknopte wijze moet informeren over de meest relevante kenmerken van het aangeboden krediet. Onder deze relevante kenmerken worden ook verstaan de risico's die aan het kredietproduct zijn verbonden. Indien een dergelijk risico intreedt, is de consument op de hoogte van het gevolg dat overkreditering kan ontstaan.[115]

Causaal verband

Voor een geldig beroep op dwaling is ten tweede vereist dat er sprake is van een causaal verband tussen de onjuiste voorstelling van zaken en de totstandkoming van de kredietovereenkomst.[116] De consument moet bij het aangaan van de kredietovereenkomst met betrekking tot iets hebben gedwaald dat voor hem zo essentieel was, dat hij bij een onjuiste voorstelling van zaken de kredietovereenkomst in het geheel niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. Met andere woorden indien de consument op de hoogte zou zijn van het feit dat hij de lasten verbonden aan het krediet niet zou kunnen dragen indien zich een risico verwezenlijkt, had hij zichzelf in dat geval ervan moeten onthouden om de kredietovereenkomst aan te gaan.

Voor eigen rekening

Op de financiële dienstverlener rust weliswaar een zorgplicht, maar op de consument rust ook een onderzoeksplicht. De consument moet zich in de aangeboden informatie zoals folders, de kredietovereenkomst en de daaraan verbonden algemene voorwaarden verdiepen, teneinde de risico's van het financiële product te onderkennen.[117] Hierdoor kan hij een adequate beoordeling van de kredietovereenkomst maken. Indien uit de omstandigheden blijkt dat de consument niet de nodige inspanning heeft verricht, dan dient

[114] M.M. Van Rossum, *TvPP* 2013-3.
[115] A.C.W. Pijls 2010, p. 167-193.
[116] Brahn 2010, p. 211.
[117] M.M. Van Rossum, *TvPP* 2013-3.

de dwaling in beginsel voor eigen rekening van de consument te komen op grond van art. 6:228 lid 2 BW.[118]

Kenbaarheidsvereiste

Tot slot moet rekening worden gehouden met het kenbaarheidsvereiste. Een beroep op dwaling kan niet tot de vernietiging van de kredietovereenkomst leiden indien de financiële dienstverlener mocht menen dat de niet verstrekte informatie geen invloed had op de totstandkoming ervan. De financiële dienstverlener is op de hoogte van het feit dat als zich een risico intreedt of meer krediet wordt verstrekt dan volgens gedragscodes verantwoord is, er dan overkreditering kan ontstaan. Indien de consument op de hoogte is van deze omstandigheden dan kan dat een reden voor hem zijn om de kredietovereenkomst niet aan te gaan.

Stappenplan

Zoals uit het bovenstaande blijkt is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de consument een geslaagd beroep kan doen op dwaling. Uit de jurisprudentie met betrekking tot de beleggingsdienstverlening kan een aantal rechtsregels worden gedestilleerd die naar mijn idee analoog bij kredietverlening kan worden toegepast. Deze rechtsregels zijn hieronder in een stappenplan opgenomen.[119]

1. In het algemeen gaat de informatieplicht van de financiële dienstverlener boven de onderzoeksplicht van de consument;
2. De consument mag er op vertrouwen dat de verstrekte informatie door de financiële dienstverlener juist is;
3. De consument dient de nodige maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij een kredietovereenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken;
4. Van de consument mag worden verwacht dat hij zich inleest in de aangeboden informatie omtrent de kredietovereenkomst;
5. Bij onduidelijkheden met betrekking tot de kredietovereenkomst moet hij de financiële dienstverlener om opheldering vragen;
6. Als de consument de onder 3, 4 of 5 genoemde punten onvoldoende in acht neemt, dan dient een eventuele dwaling voor zijn eigen risico te blijven.

Aanpassing van de kredietovereenkomst

Indien een geslaagd beroep op dwaling kan worden gedaan, dan kan de consument de overeenkomst vernietigen. Hij kan echter ook kiezen om de kredietovereenkomst te laten aanpassen volgens art. 6:230 BW. Op grond van de jurisprudentie blijkt dat aanpassing van kredietovereenkomst eerder wordt aangenomen dan de vernietiging ervan. De transactie terugdraaien is gezien de huidige situatie op de onroerende goederenmarkt geen reële optie. Een gedwongen verkoop zou naar verwachting tot een te lage opbrengst resulteren, waardoor de consument met een substantiële restschuld wordt geconfronteerd. De omzetting naar een passende hypothecair krediet verdient de voorkeur.[120]

[118] HR 16 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF0810, JOR 2008/310, m.nt. A.C.W. Pijls; zie ook Rb. Almelo 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU3018.
[119] Chr. H. van Dijk, *AV&S* 2009.
[120] Kifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170.

§ 5.5 De schadebegroting

Indien de aansprakelijkheid vaststaat, dient de schadevergoedingsplicht te worden vastgesteld. Derhalve staat in deze paragraaf de vraag centraal op welke wijze de overkrediteringsschade kan worden begroot. Om de voormelde vraag te beantwoorden wordt gekeken op welke wijze de schadebegrotingstheorie bij beleggingsdienstverlening een rol kan spelen bij de begroting van de schade in geval van schade bij overkreditering. Daarbij wordt ook gekeken naar de jurisprudentie om te kijken welke schadecomponenten als gevolg van overkreditering zijn aangenomen.

De schadebegroting bij overkreditering

Wanneer is vast komen te staan dat de financiële dienstverlener schadevergoedingsplichtig is, dan is hij gehouden om in beginsel de gehele vermogensschade te vergoeden volgens art. 6:95 BW. Onder vermogensschade wordt zowel verstaan het geleden verlies als de gederfde winst in de zin van art. 6:96 lid 1 BW. Bij geleden verlies gaat het om de vermogensdaling die de consument als gevolg van de gebeurtenis lijdt. Bij gederfde winst gaat het om de vermogensstijging die de benadeelde als gevolg van de gebeurtenis is misgelopen. Hierbij opgemerkt dat de benadeelde bij het ontvangen van een vergoeding niet in een betere (vermogens)positie dient te worden gebracht dan hij zou zijn geweest zonder schadegebeurtenis. Daarentegen moet hij door de gebeurtenis ook niet in een slechtere (vermogens)positie raken.[121]

Op grond van art. 6:97 lid 1 BW valt verder op te maken dat de rechter in principe de vrijheid heeft om de schade bij overkreditering te begroten. De wijze waarop hij deze schade kan begroten mag hij in beginsel ook zelf bepalen. Hierbij opgemerkt dat er geen eenduidige kant-en-klare wijze bestaat van schadebegroting. Althans, niet in het geval van overkreditering. Wanneer de schade niet eenduidig kan worden vastgesteld kan de rechter de schade begroten aan de hand van de billijkheid.[122] Naar mijn idee kan de rechter bij het begroten van de schade bij overkreditering aansluiting vinden bij de ‘differenzhypothese’ van Mommsen. Deze theorie wordt tevens gebruikt om de beleggingsschade te begroten.[123]

Allereerst moet de schadeperiode worden vastgesteld. De schadeperiode in geval van overkreditering vangt naar mijn idee aan op het moment dat de financiële dienstverlener het krediet op onverantwoorde wijze heeft verleend. Deze schadeperiode eindigt op het moment dat de schadegebeurtenis eindigt. Oftewel de schadeperiode eindigt in beginsel totdat uitspraak wordt gedaan, waarin wordt geoordeeld dat de financiële dienstverlener de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden.

Om de overkrediteringsschade te begroten conform de theorie van Mommsen wordt enerzijds gekeken naar de SOLL-positie en anderzijds naar de IST-positie. Oftewel de vermogensschade is het verschil tussen de financiële positie van de benadeelde zonder schadegebeurtenis (SOLL) en de financiële positie van de benadeelde indien zich een schadegebeurtenis heeft voor gedaan (IST). Bij de SOLL-positie wordt gekeken wat de financiële situatie van de consument zou zijn, indien de financiële dienstverlener niet de op haar rustende zorgplicht zou hebben geschonden. Bij de begroting van deze hypothetische situatie wordt er een schatting gemaakt die gebaseerd is op betrouwbare en verifieerbare

[121] D. Busch 2013, p. 236.
[122] Kifid 7 juli 2011, nr. 2011-170; zie ook Kifid 14 januari 2013, nr. 2013-17.
[123] D. Busch 2013, p. 237; zie ook PHR 3 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU4914.

uitgangspunten.[124] Bij de IST-positie wordt gekeken naar de feitelijke situatie. Oftewel, de schade die ontstaan is door overkreditering moet in kaart worden gebracht. Gelet op het voormelde kan bij de begroting van de schade bij overkreditering de volgende componenten als schade worden aangemerkt:

1. Het kredietbedrag dat ontstaat door het maximale te verstrekken krediet te verminderen met het te veel verstrekte krediet;
2. De (betaalde) rente over het gedeelte van het maximale te verstrekken krediet verminderd met het te veel verstrekte krediet;[125]
3. De restschuld van de woning. Deze kan naar mijn idee worden geschat door de (verkoop)waarde van de woning bij gunstigere marktomstandigheden te vergelijken met de verkoopwaarde bij executoriaal verkoop;[126]
4. De bereddingskosten uit art. 6:96 lid 2 onder a BW. In het kader van overkreditering kan naar mijn idee onder bereddingskosten worden verstaan de kosten die de consument maakt om de overkrediteringssituatie tijdelijk te omzeilen. Denk hierbij aan de consument die met zijn AOW-uitkering onvoldoende in staat is om de lasten van het eerdere verstrekte krediet en het overbruggingskrediet te kunnen betalen. Hij sluit vervolgens een kredietovereenkomst af om de lasten te kunnen blijven betalen;[127]
5. De expertisekosten en incassokosten uit art. 6:96 lid 2 onder a en b BW die gemaakt zijn om de aansprakelijkheid van de financiële dienstverlener bij overkreditering vast te stellen;
6. De wettelijke rente die krachtens art. 6:119 BW verschuldigd is over de punt en 1 t/m 5.

De bovenvermelde punten kunnen naar mijn idee als schadecomponenten worden aangemerkt bij het begroten van de schade. Tot slot moet er ook rekening worden gehouden met het voordeel dat genoten is door de situatie van overkreditering volgens art. 6:100 BW. Dit voordeel moet namelijk in mindering worden gebracht op het schadebedrag. Er moet eventuele rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de consument van de overkrediteringssituatie heeft geprofiteerd. Dit kan bijvoorbeeld doordat hij het krediet op een spaarrekening heeft gezet, een ander lening daarmee heeft afgelost of een investering aan zijn woning heeft gedaan, waardoor de waarde van de woning is gestegen.[128]

De wijze van schadebegroting bij overkreditering wordt in het volgende stappenplan verduidelijkt.

1. Stel de schadeperiode vast;
2. Stel een overzicht op van de financiële positie van de consument, indien er sprake is van een verantwoorde kredietverlening. Met andere worden de kosten die de consument zou hebben indien de financiële dienstverlener *wel* aan haar zorgplicht heeft voldaan;
3. Stel een overzicht op van de financiële positie van de consument, indien er sprake is van een *on*verantwoorde kredietverlening. Met andere worden de kosten die

[124] D. Busch 2013, p. 238.
[125] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, (Afab); Kifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170; Kifid 5 september 2011, nr. 2011- 212; Kifid 20 januari 2011, nr. 2011-14; zie ook Kifid 1 april 2014, nr. 2014-151.
[126] HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003.
[127] Rb. Amsterdam 9 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8426.
[128] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, m.nt. van J.M. Poelgeest, (Afab).

consument maakt indien de financiële dienstverlener *niet* aan haar zorgplicht heeft voldaan;
4. Bereken het verschil tussen punt 2 en 3;
5. Bepaal de extra kosten van art. 6:96 lid 2 BW en tel deze op bij punt 4;
6. Bepaal de voordelen van de schade en trek deze af van punt 4;
7. Bereken de verschuldigde wettelijke rente over het uiteindelijke schadebedrag.

Bij de schadebegroting moet ook rekening worden gehouden met de eigen schuld aan de zijde van de consument. De eigen schuld van de consument kan namelijk een mindering worden gebracht op de schadevergoedingsplicht van de financiële dienstverlener.

§ 5.6 De eigen schuld

De schadevergoedingsplicht van de financiële dienstverlener kan onder bepaalde omstandigheden worden verminderd als de overkrediteringssituatie ook aan de consument valt te verwijten. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt onder welke omstandigheden de schadevergoedingsplicht kan worden verminderd. Hieronder worden deze omstandigheden besproken.

De schadevergoedingsplicht bij eigen schuld
De hoofdregel bij de schadevergoedingsplicht houdt in dat de gehele schade in beginsel voor rekening van de financiële dienstverlener komt.[129] Indien echter uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de overkrediteringssituatie ook gedeeltelijk aan de consument zelf valt toe te rekenen, dan kan de schade naar evenredigheid worden verdeeld volgens art 6:101 BW. Bij het bepalen van de omstandigheden van het geval moet rekening worden gehouden met de verschillende belangen. Aan de ene kant rust op de financiële dienstverlener een zorgplicht bij de kredietverlening. Aan de andere kant rust op de consument de plicht om zich te verdiepen in de aangeboden informatie van de financiële dienstverlener. Op deze wijze is de consument in staat om een adequate beoordeling van het kredietproduct te maken. In geval van overkreditering wegen de fouten van de consument die gemaakt zijn uit lichtvaardigheid of bij gebrek aan inzicht in beginsel minder zwaar dan de fouten van de financiële dienstverlener. Dit komt doordat op de financiële dienstverlener een zorgplicht rust. Gelet op de jurisprudentie mag van de consument worden verwacht dat hij vóór het sluiten van de kredietovereenkomst zich verdiept in de kenmerken en de risico's van het aangeboden product en een risico-inschatting van zijn financiële positie maakt. Indien de consument vervolgens met het ondeugdelijke advies en/of de offerte van de financiële dienstverlener instemt, valt de consument in beginsel ook een verwijt te maken.[130]

Gelet op de jurisprudentie moet de consument bij het aangaan van een overbruggingskrediet rekening houden met het feit dat hij tijdelijk met dubbele lasten komt te zitten. Hij moet echter ook rekening houden met het feit dat gezien de verslechterende marktomstandigheden het 'tijdelijke' een onbepaalde termijn kan worden. Er kan namelijk een lange tijd overheen gaan voordat zijn woning daadwerkelijk wordt verkocht. Als de consument op basis van een risico-inschatting tot de conclusie komt dat het hypothecair krediet te veel risico's met zich brengt, dan is de consument gehouden om van het krediet af te zien.[131] Uit de jurisprudentie over de beleggingsdienstverlening valt tevens op te maken dat het voor de consument uit de

[129] Brahn 2010, p. 394.
[130] Kifid 1 april 2014, nr. 2014-151.
[131] Kifid 26 maart 2014, nr. 2014-140.

overeenkomst voldoende duidelijk kenbaar is dat er wordt belegd met krediet, dat over het krediet rente moet worden betaald en dat het krediet uiteindelijk dient te worden gerestitueerd, ongeacht de waarde van de beleggingen op het tijdstip van de verkoop daarvan.[132]

In geval van overschrijding van de normen binnen de gedragscodes, rust op de financiële dienstverlener de plicht om de consument op de overschrijding van die normen te wijzen. Hierbij opgemerkt dat zij de consument ook wijst op de risico's die tot overkreditering kunnen leiden. Indien de consument de overschrijding begrijpt en aanvaardt, dan kan de financiële dienstverlener in beginsel geen verwijt worden gemaakt.[133]

Kortom, om te beoordelen of de schadevergoedingsplicht van de financiële dienstverlener moet worden verminderd, moet steeds aan de hand van een belangenafweging en de omstandigheden in een concreet geval worden beoordeeld. Gelet op de lijn in de jurisprudentie in het kader van beleggingsdienstverlening wordt bij de schadeverdeling ervoor gekozen om 40% van de schuld aan te nemen bij de consument en 60% van de schuld bij de financiële dienstverlener.[134]

§ 5.7 De klachtplicht

Uit de praktijk blijkt dat er in een gerechtelijke procedure vaak een beroep wordt gedaan op schending van de klachtplicht op grond van art. 6:89 BW. Indien de financiële dienstverlener terecht een beroep doet op schending van de klachtplicht, dan vervalt het recht van de consument om zich op wanprestatie of onrechtmatige daad te beroepen. Dit recht vervalt indien de consument niet binnen de bekwame tijd nadat de tekortkoming of de onrechtmatige handeling heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de financiële dienstverlener heeft geprotesteerd. De financiële dienstverlener heeft hier belang bij. Het feit dat de consument op een laat tijdstip protesteert heeft namelijk mogelijk als gevolg dat de financiële dienstverlener in zijn bewijspositie wordt benadeeld. Daarnaast worden de mogelijkheden om de gebreken op te lossen beperkt.[135]

Ontdekking schending zorgplicht

Op de consument rust pas een mededelingsplicht jegens de financiële dienstverlener, indien de consument op de hoogte is van de schending van de zorgplicht en gerede aanleiding heeft om te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten. Vanaf het moment dat de consument op de hoogte is van de schending van de zorgplicht, moet aan de consument een redelijke termijn worden gegeven waarbinnen hij dient te protesteren.[136] Indien de consument op de hoogte is van de overkrediteringssituatie, wil dit nog niet zeggen dat hij op de hoogte is van het feit dat de financiële dienstverlener in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld. Indien de consument in een late fase klaagt over de schending van de zorgplicht, dient dit niet snel tot verval van zijn rechten te leiden.[137]

De bekwame tijd

[132] HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1610.
[133] Kifid 17 april 2014, nr. 2014-167.
[134] M.M. Van Rossum, *TvPP* 2013-3.
[135] HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600.
[136] Rb. Noord-Holland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3006, JOR 2013/275.
[137] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, m.nt. van J.M. Poelgeest, (Afab).

Indien de consument eenmaal op de hoogte is van het feit dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht, rijst de vraag of de financiële dienstverlener nadeel lijdt door het tijdsverloop tussen het moment van de ontdekking en het moment waarop is geprotesteerd. Dit zal evenmin snel het geval zijn.

De vraag of een beroep op schending van de klachtplicht wordt aangenomen moet worden beantwoord op basis van een afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval. Waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Tot deze omstandigheden behoort niet de omstandigheid dat de betrokken medewerkers van de financiële dienstverlener door het lange tijdsbestek niet meer op hoogte waren van het dossier of dat de verantwoordelijke medewerkers niet meer werkzaam zijn bij de betreffende financiële dienstverlener.[138] De omstandigheid dat belangrijke gegevens of het gehele dossier verloren is gegaan, is ook een omstandigheid wat voor risico van de financiële dienstverlener dient te blijven.[139]

[138] Rb. Noord-Holland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3006, JOR 2013/275.
[139] Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313, m.nt. van J.M. Poelgeest, (Afab).

§ 5.8 Tussenconclusie

Indien uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht, dan kan de consument maatregelen nemen om de situatie ongedaan te maken of te wijzigen. Hij kan er ook voor kiezen om de schade die hij lijdt in geval van overkreditering te verhalen op de financiële dienstverlener. Deze maatregelen worden hieronder besproken.

De maatregelen
De consument kan allereerst proberen om de zaak te schikken met de financiële dienstverlener. Indien dat geen uitkomst biedt, dan kan de consument een gerechtelijke procedure op starten. Daarbij moet de consument wel zijn vordering vaststellen. Indien de consument schade lijdt doordat de zorgplicht is geschonden dan kan hij deze op de financiële dienstverlener verhalen. Hij kan ook ervoor kiezen om de kredietovereenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen of aan te passen.

Voor het verhalen van de schade op de financiële dienstverlener kan de consument primair een beroep doen op wanprestatie (art. 6:74 BW). Subsidiair kan de financiële dienstverlener een beroep doen op de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Indien de consument echter wenst de kredietovereenkomst te vernietigen of aan te passen, verdient in dat geval een beroep op dwaling de voorkeur (art. 6:228 BW).

Een belangrijk verschil tussen een beroep op dwaling en een beroep op wanprestatie of onrechtmatige daad is dat de consument bij een beroep op dwaling aannemelijk moet maken dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende informatieplicht. Bij een beroep op wanprestatie of onrechtmatige daad dient de consument echter aan te tonen dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht, wat een ruimere toetsingskader is. De zorgplicht omvat namelijk de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten.

Schadebegroting en eigen schuld
Wanneer vast is komen te staan dat de financiële dienstverlener schadevergoedingsplichtig is, dan is hij gehouden om in beginsel de gehele schade te vergoeden. Indien echter uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de overkrediteringssituatie ook gedeeltelijk aan de consument valt toe te rekenen, dan kan de schade naar evenredigheid worden verdeeld volgens art. 6:101 BW.

Om de overkrediteringsschade te begroten wordt gebruik gemaakt van de theorie van Mommsen. Daarbij moet allereerst de schadeperiode worden vastgesteld. Vervolgens moet de financiële positie van de consument in kaart worden gebracht in het geval dat de zorgplicht is nageleefd en de financiële positie van de consument in het geval dat de financiële dienstverlener zijn zorgplicht heeft geschonden. Het verschil daartussen kan naar mijn mening als schade worden aangemerkt.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

§ 6.1 Inleiding

Op basis van het literatuuronderzoek en de interviews met diverse financiële dienstverleners is onderzoek gedaan naar de omstandigheden waaronder de financiële dienstverlener bij kredietverlening jegens de consument aansprakelijk is in geval van overkreditering.

In § 6.2 worden mijn bevindingen gepresenteerd. In het eerste gedeelte wordt besproken wat de algemene zorgplicht inhoudt en in welke gevallen een zorgplicht van toepassing is. Vervolgens wordt besproken of er inmiddels een bijzondere zorgplicht kan worden aangenomen bij kredietverlening. Daarna komt de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening aan bod. Hier worden de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten expliciet besproken. Tot slot worden de maatregelen besproken die de consument kan nemen indien vaststaat dat de financiële dienstverlener de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden.

Op basis van mijn bevindingen beveel ik een leeswijzer aan die u in § 6.3 aantreft.

§ 6.2 De conclusies

De algemene zorgplicht
Op grond van art. 2 ABV, art. 7:401 BW en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW geldt een zorgplicht op de financiële dienstverlener in zowel contractuele als buitencontractuele gevallen. Deze algemene zorgplicht houdt kortgezegd in dat de financiële dienstverlener rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de consument bij het verlenen van financiële diensten en/of producten. Daarbij rust op de financiële dienstverlener een onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht, teneinde de behoeften en de wensen van de consument te onderkennen en te realiseren.

Deze algemene zorgplicht oftewel de op financiële dienstverlener rustende onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten worden omvangrijker afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij spelen de volgende omstandigheden een rol: de aard van de financiële dienstverlening, de bijzondere risico's die verbonden zijn aan zowel de financiële dienstverlening, de deskundigheid, de relevante ervaring en de achtergrond van de consument en tot slot de financiële positie van de consument.

Op basis van de jurisprudentie wordt er invulling gegeven aan de bovenvermelde omstandigheden. Indien deze onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplichten omvangrijker worden, dan is er sprake van een bijzondere zorgplicht. Tot op heden is slechts een bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van beleggingsdienstverlening. Dit komt doordat de bijzondere risico's die verbonden zijn aan de beleggingsproducten voor de consument niet overzichtelijk genoeg zijn.

De bijzondere zorgplicht
De bijzondere zorgplicht heeft als doelstelling de consumenten te beschermen tegen het gevaar van eigenzinnigheid, eigen lichtvaardigheid en het gebrek aan inzicht. Zoals hierboven blijkt is het steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval of aanvullende eisen vanuit de redelijkheid en billijkheid aan de kredietverlening kunnen worden gesteld. De vraag rijst nu of deze bijzondere zorgplicht ook geldt ten aanzien van de kredietverlening. Gelet op de jurisprudentie en de literatuur kan om de navolgende redenen

niet met zekerheid worden vastgesteld dat er een bijzondere zorgplicht geldt bij kredietverlening.

Reden 1: ongecompliceerd product
Bij kredietverlening gaat het doorgaans om een eenvoudig financieel product, waarvan de maandelijkse betalingsverplichtingen, de hoogte van het kredietbedrag en de financiële consequenties bij het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen voor de consumenten in beginsel overzichtelijk zijn. Om die reden rust op de financiële dienstverlener niet de plicht om te onderzoeken of de consument zich de omvang van de door hem aangegane verplichtingen in voldoende mate realiseert.

Reden 2: duidelijke wet- en regelgeving
De normen ten aanzien van de kredietverlening zijn inmiddels duidelijk omschreven en om die reden is een zwaardere onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht niet nodig.

Reden 3: toetsing ex tunc
Bij de beoordeling of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende bijzondere zorgplicht met betrekking tot het voorkomen van overkreditering, moet worden beoordeeld aan de hand van de wet- en regelgeving die destijds bij het sluiten van de kredietovereenkomst gold.

Op basis van deze redenen is op dit moment geen bijzondere zorgplicht aangenomen ten aanzien van kredietverlening. Naar mijn mening is dat onjuist om de navolgende redenen.

Ad 1:
Ten aanzien van de persoonlijke kredietverlening is het bovenstaande oordeel te begrijpen. Een persoonlijk krediet wordt in de zin van de wet namelijk aangemerkt als een niet complex financieel product. Als dit persoonlijk krediet conform de normen van kredietverlening is verleend, dan kan in beginsel ook geen overkreditering ontstaan.

Het oordeel dat er geen bijzondere zorgplicht geldt ten aanzien van hypothecaire kredietverlening valt echter naar mijn idee niet te bevatten. Bij hypothecaire kredietverlening gaat het in principe om aanzienlijke kredietbedragen waarbij een recht van hypotheek ten behoeve van de financiële dienstverlener wordt gevestigd op de onroerende zaken van de consument. Dit hypothecair krediet gaat meestal ook gepaard met een levensverzekering wat de hypothecaire kredietverlening een complex financieel product maakt in de zin van art. 1 Bgfo. De combinatie van een aanzienlijke kredietbedrag, een levensverzekering en een recht van hypotheek met de intreding van een risico zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, echtscheiding en pensionering leiden ertoe dat hypothecaire kredietverlening als een complex financieel product kan worden aangemerkt. Deze risico’s zijn namelijk net zo onoverzichtelijk voor de consument als de risico’s bij de beleggingsdienstverlening.

Bovenstaande leidt naar mijn mening tot de aanname van een bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening. Indien de financiële dienstverlener namelijk meer krediet verstrekt aan de consument, dan eigenlijk is toegestaan volgens de gedragscodes, onvoldoende onderzoek doet naar de invloed van de bovenvermelde risico’s op de kredietwaardigheid van de consument, de consument niet of nauwelijks informeert over de bovenvermelde risico’s en tot slot de consument niet uitdrukkelijk waarschuwt voor de gevolgen bij de intreding van een dergelijk risico, dan kan dat leiden tot overkreditering. Een gevolg van overkreditering is dat de consument niet meer aan zijn betalingsverplichting kan

voldoen. De woning van de consument moet worden verkocht, waardoor hij in beginsel met een restschuld blijft zitten. Deze gevolgen bij schending van de bijzondere zorgplicht in geval van kredietverlening zijn net zo impactvol als de gevolgen bij schending van de bijzondere zorgplicht bij beleggingsdienstverlening.

Ad 2:
Ook deze uitleg moet tot een bepaalde hoogte worden gevolgd. In hoofdstuk 3 van deze scriptie zijn de boetebesluiten in het kader van schending van het overkrediteringsverbod behandeld. Uit deze boetebesluiten en de praktijk valt op te maken dat het voor de financiële dienstverleners nog lang niet altijd duidelijk is hoe zij binnen het open karakter van de Wft en haar gelaagde structuur dienen te opereren. De gedragscodes geven weliswaar op een nauwkeurige wijze richting aan de open normen van de Wft, maar afwijken van de normen in de gedragscodes is bij hypothecaire kredietverlening in principe toegestaan. De precieze omstandigheden waaronder mag worden afgeweken van de gedragscodes, zijn tot op heden echter niet volledig duidelijk.

Ad 3:
De rechter toetst ex tunc of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende bijzondere zorgplicht. De wet- en regelgeving die invulling geeft aan de bijzondere zorgplicht is in de jaren flink aangescherpt. Dit betekent dat een kredietovereenkomst die in 2002 is gesloten waarschijnlijk in lijn is met de wet- en regelgeving die destijds van toepassing was, maar dezelfde kredietovereenkomst onder dezelfde voorwaarden wellicht nu in strijd is met de normen die vandaag de dag gelden. Ondanks de aanscherping van de wet- en regelgeving op het gebied van de kredietverlening, ben ik van mening dat er altijd een bijzondere zorgplicht geldt bij hypothecaire kredietverlening.

Kortom, de bijzondere risico's die aan de kredietverlening zijn verbonden zijn, voor de consument onoverzichtelijk. Daarnaast kunnen de gevolgen in geval van overkreditering net zo impactvol zijn als de gevolgen bij schending van de bijzondere zorgplicht ten aanzien van beleggingsdienstverlening. Deze redenen leiden tot de conclusie dat hypothecair krediet als een complex financieel product kan worden aangemerkt. Om die reden rust er naar mijn mening een bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening.

De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht
De bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening wordt enerzijds gevormd door de normen uit het publiekrecht aan de hand van de Wft, de daaraan verbonden wet- en regelgeving, adviesrapporten van de AFM en de gedragscodes. Anderzijds wordt deze bijzondere zorgplicht gevormd door de jurisprudentie. De aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid geven namelijk invulling aan de bijzondere zorgplicht. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht bij hypothecaire kredietverlening wordt hieronder besproken.

Onderzoeksplicht
Ten eerste rust op de financiële dienstverlener een onderzoeksplicht. Deze onderzoeksplicht houdt in dat de financiële dienstverlener alvorens de kredietverlening, onderzoek doet naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument. Ter voorkoming van overkreditering voert de financiële dienstverlener een kredietwaardigheidstoets uit om de financiële positie van de consument in kaart te brengen.

Om de kredietwaardigheid te onderzoeken, voert zij allereerst een BKR-toetsing uit. Aan de hand van de resultaten uit de BKR-toetsing kan worden opgemaakt of de consument reeds belast is met kredieten. Ten tweede hanteert de financiële dienstverlener ter voorkoming van overkreditering een acceptatiebeleid. Uit dit acceptatiebeleid moet blijken dat de financiële dienstverlener een inkomen/lasten toets heeft uitgevoerd. Bij de vaststelling van het inkomen dient de financiële dienstverlener onderzoek te doen naar de vaste en bestendige inkomsten van de consument, de toekomstige beschikbare inkomsten uit vrij beschikbaar vermogen van de consument - indien die inkomsten redelijkerwijs te verwachten zijn en tot slot of er binnen een redelijke termijn een structurele inkomensstijging valt te verwachten. Naast het toetsen van het inkomen, toets de financiële dienstverlener ook naar de lasten. Hierbij onderzoekt zij de huidige woonlasten van de consument en de lasten die verbonden zijn aan de hypothecaire kredietovereenkomst. Daarbij houdt zij ook rekening met een mogelijke stijging van de rentelasten in de toekomst.

Wanneer de inkomen/lasten toets eenmaal is uitgevoerd dient de financiële dienstverlener er rekening mee te houden dat het inkomen en de lasten van de consument wellicht in de toekomst kunnen veranderen. Deze verandering kan ontstaan doordat een bepaald risico intreedt, zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, scheiding of pensionering. Indien een dergelijk risico intreedt, tast dat de kredietwaardigheid van de consument aan, waardoor er overkreditering kan ontstaan.

Op het moment dat de financiële dienstverlener de inkomen/lasten toets heeft uitgevoerd, kan de financiële dienstverlener de leencapaciteit vaststellen. De leencapaciteit is het bedrag dat de consument elke maand maximaal kan besteden aan de aflossing van het krediet.

Informatieplicht
Ten tweede rust op de financiële dienstverlener gedurende het adviestraject en bij het aanbieden van het hypothecair krediet een informatieplicht. Deze informatieplicht houdt in dat de financiële dienstverlener op een correcte, duidelijke en niet-misleidende wijze informatie over het hypothecair krediet aan de consument verstrekt, zodat de consument in staat is om daarover een adequate beoordeling te maken. Voordat de financiële dienstverlener overgaat tot hypothecaire kredietverlening licht zij de consument in over het hypothecair product. Hierbij neemt zij de punten genoemd in Gedragscode GHF onder 3 Voorlichting in acht. Vervolgens doet de financiële dienstverlener onderzoek naar de financiële positie van de consument. Na het onderzoek verschaft zij middels een financieringsdocument en/of offerte tenminste de volgende informatie:

- De gegevens van de financiële dienstverlener;
- Een omschrijving van de hypothecaire kredietovereenkomst. Deze omschrijving bestaat uit de hypotheekvorm, de hoogte van het kredietbedrag, de looptijd, het maandelijkse rente- en aflosbedrag, de tijdstippen waarop de rente- en aflosbedragen dienen te worden betaald. Voor de overige punten wordt verwezen naar de GHF gedragscode onder 5 Offertes;
- De voorwaarden waaronder de hypothecaire kredietovereenkomst wordt gesloten;
- De invloed van de risico’s zoals overlijden, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid, echtscheiding en pensionering op de hypothecaire kredietovereenkomst. Het intreden van een dergelijk risico kan namelijk leiden tot overkreditering;
- De kosten van de financiële dienstverlening;
- De verschillen tussen de hypothecaire kredieten bij herfinanciering.

Waarschuwingsplicht
De consument informeren over de risico's die verbonden zijn aan de kredietverlening kan onder bepaalde omstandigheden onvoldoende zijn. Indien uit de kredietwaardigheidstoets blijkt dat het niet verantwoord is om het krediet te verstrekken, rust op de financiële dienstverlener een waarschuwingsplicht in de zin van art. 4:23 lid 2 Wft jo. art. 4:34 lid 2 Wft. Deze waarschuwingsplicht houdt in dat de financiële dienstverlener de consument expliciet attendeert op de aan de kredietverlening verbonden risico's en toetst of de consument de risico's en de gevolgen in geval van overkreditering daadwerkelijk heeft begrepen.

Op de eerste plaats rust op de financiële dienstverlener in beginsel de plicht om de kredietverlening in geval van overkreditering te weigeren. Ondanks dat de weigering wellicht op gespannen voet staat met het beginsel van contractsvrijheid. Ook in de volgende gevallen rust de plicht op de financiële dienstverlener om de hypothecaire kredietverlening te ontraden:

- Indien in de voorziening opgebouwde vermogen mogelijk ontoereikend is om het krediet en daaraan verbonden lasten te kunnen voldoen;
- Indien de kredietovereenkomst uitdrukkelijk niet past bij de financiële mogelijkheden of doelstellingen van de consument.

Indien de consument echter de kredietverlening alsnog wil door zetten, dan doet de financiële dienstverlener er verstandig aan om in de offerte de volgende bepaling op te nemen:

'(Naam financiële dienstverlener) heeft u erop geattendeerd dat de lasten die zijn verbonden aan deze financiering in verhouding tot uw inkomen hoog zijn. (Naam financiële dienstverlener) heeft u gewezen op de risico's die daaraan zijn verbonden. U heeft jegens de (naam financiële dienstverlener) verklaard deze risico's acceptabel te achten.'

Dit schriftelijkheidsvereiste is echter geen garantie dat de financiële dienstverlener voldaan heeft aan haar waarschuwingsplicht bij overkreditering. Dat moet steeds worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

De maatregelen bij overkreditering
Indien uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht, dan kan de consument maatregelen nemen om de situatie ongedaan te maken of te wijzigen. Hij kan er ook voor kiezen om de schade die hij lijdt in geval van overkreditering te verhalen op de financiële dienstverlener. Deze maatregelen worden hieronder besproken.

Wanprestatie
In een gerechtelijke procedure kan de consument primair schadevergoeding vorderen wegens wanprestatie op grond van art. 6:74 BW. Bij overkreditering bestaat de tekortkoming in de nakoming uit een onjuiste en/of ondeugdelijke nakoming. De financiële dienstverlener heeft namelijk bij de kredietverlening in strijd gehandeld met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht. Indien de tekortkoming vaststaat dan is de aansprakelijkheid in beginsel gegeven, tenzij de financiële dienstverlener aantoont dat het niet aan hem toerekenbaar is. Tot slot is causaal verband vereist tussen de overkrediteringsschade en de schending van op de financiële dienstverlener rustende (bijzondere) zorgplicht.

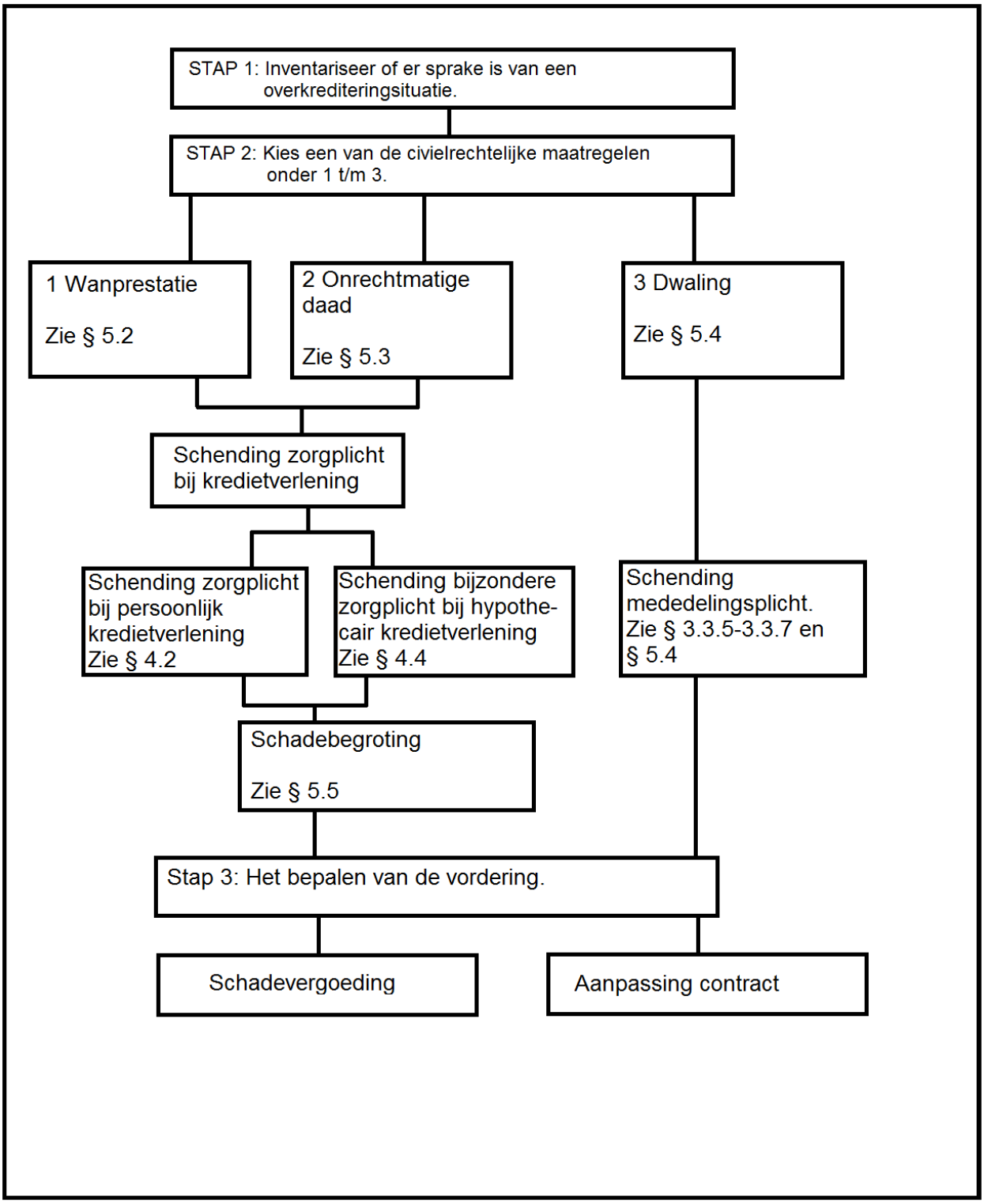
Onrechtmatige daad
Subsidiair kan de consument een beroep doen op onrechtmatige daad om zijn overkrediteringsschade te verhalen op de financiële dienstverlener volgens art. 6:162 BW. De onrechtmatige daad kan worden gevonden bij schending van een wettelijke plicht. De financiële dienstverlener heeft bij de kredietverlening namelijk in strijd gehandeld met de normen van de kredietverlening, waaronder het overkrediteringsverbod genoemd in art. 4:34 Wft jo. art. 115 Bgfo. Daarnaast is er sprake van een onrechtmatige daad, omdat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht oftewel een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Deze onrechtmatige daad is vervolgens toerekenbaar aan de financiële dienstverlener krachtens haar schuld. Daarnaast is het aan haar toerekenbaar volgens de verkeersopvattingen. Indien de financiële dienstverlener het krediet verstrekt, waarbij zij niet zeker weet of dat conform de normen van de kredietverlening is gebeurd, dan is de schending ervan een omstandigheid wat voor rekening van de financiële dienstverlener dient te blijven. Vervolgens moet er sprake zijn van causaal verband. Er moet dus vast komen te staan dat de schade in geval van overkreditering is ontstaan doordat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht. Deze bijzondere zorgplicht strekt tot de bescherming van de consumenten. Daarmee is dus ook voldaan aan het relativiteitsvereiste.

Dwaling
Voor een beroep op dwaling moet allereerst vast komen te staan dat de kredietovereenkomst onder een onjuiste voorstelling van zaken is gesloten. Bij overkreditering kan de kredietovereenkomst onder onjuiste voorstelling van zaken zijn gesloten, indien de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende informatieplicht. Deze informatieplicht houdt in dat de financiële dienstverlener bij kredietverlening de consument op een begrijpelijke, gestandaardiseerde en beknopte wijze moet informeren over de meest relevante kenmerken van het aangeboden krediet, zodat de consument in staat is om een adequate beoordeling van het kredietproduct te maken. Onder deze relevante kenmerken worden onder andere verstaan de risico's die verbonden zijn aan het kredietproduct. Ervan uitgaande dat de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende informatieplicht, dan moet dat verband houden met de schade. Causaal verband is aanwezig als de consument – wanneer hij wel op de hoogte zou zijn geweest van de risico's van het kredietproduct – de kredietovereenkomst niet zou zijn aangaan. De overkrediteringssituatie had zich dan ook niet voorgedaan. Tegenover de informatieplicht van de financiële dienstverlener rust een onderzoeksplicht van de consument. Indien uit de omstandigheden blijkt dat de consument niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, dan dient de dwaling in beginsel voor eigen rekening te komen op grond van art. 6:228 lid 2 BW. Het is echter steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een beroep op dwaling slaagt. Indien een beroep op dwaling slaagt, dan kan de consument de overeenkomst vernietigen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat vanwege de verslechterende marktomstandigheden de vernietiging van de overeenkomst geen reële optie blijkt te zijn. Derhalve wordt gekozen om de kredietovereenkomst te wijzigen volgens art. 6:230 BW.

§ 6.3 Aanbevelingen

Om per overkrediteringssituatie te beoordelen of de financiële dienstverlener in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht, beveel ik aan om de onderstaande leeswijzer op systematische wijze te doorlopen.

Figuur 6.1: Aansprakelijkheidsstelling bij schending (bijzondere) zorgplicht bij kredietverlening.



Hoofdstuk 7 De evaluatie

In dit hoofdstuk staat het onderzoeksproces centraal.

In de eerste vier weken van de afstudeerperiode heeft de onderzoeker een onderzoeksplan opgesteld. Op basis van dit onderzoeksplan is deze scriptie vervaardigd. Tijdens deze vier weken heeft de onderzoeker het financieel recht een beetje eigen gemaakt, aangezien de onderzoeker voor de eerste keer in aanraking kwam met het financieel recht. Daarnaast is de onderzoeker op zoek gegaan naar informatie over het onderwerp. Daarbij is onder andere het Tweede Kamer rapport over de huizenmarktcrisis doorgenomen.[140]

Gedurende de daaropvolgende vier weken is onderzoek gedaan naar de normen van de kredietverlening, die zich van uit het publiekrecht hebben ontwikkeld. Daarbij zijn de wettelijke bepalingen van hoofdstuk 4.2 en hoofdstuk 4.3 van de Wft uitgebreid bestudeerd. Het bestuderen van de Wft vergde in het begin veel tijd, aangezien de Wft geen gemakkelijke wet is om te lezen. Daarnaast is de lagere wet- en regelgeving bestudeerd die invulling geeft aan de Wft. Deze wet- en regelgeving bestaat onder andere uit het Bgfo, de adviesrapporten van de AFM en de gedragscodes. De bestudering van de wet- en regelgeving verliep in het begin af en toe moeizaam. Om meer gevoel te krijgen bij het financieel recht heeft de onderzoeker diverse financiële dienstverlener benaderd om te onderzoeken hoe er in de praktijk wordt omgesprongen met de bovenvermelde wet- en regelgeving. Op basis van deze bevindingen heeft de onderzoeker in twee weken tijd de inleiding, het tweede hoofdstuk en het derde hoofdstuk geschreven.

Na de bestudering van de Wft en de daaraan verbonden wet- en regelgeving, heeft de onderzoeker de literatuur en de juridische tijdschriftartikelen met betrekking tot de (bijzondere) zorgplicht van financiële dienstverleners doorgenomen. Vervolgens is de jurisprudentie met betrekking tot schending van de (bijzondere) zorgplicht bij overkreditering geraadpleegd en uitgebreid bestudeerd. Daarbij zijn tevens gesprekken met diverse financiële dienstverleners gevoerd om te onderzoeken wat volgens hun wordt verstaan onder de (bijzondere) zorgplicht. Op basis van deze bevindingen is in een tijdsbestek van twee weken het vierde en het vijfde hoofdstuk geschreven.

Kortom, de onderzoeker heeft op basis van een goede voorbereiding deze scriptie vervaardigd. Zowel het theoretische als het praktische gedeelte van dit onderzoek is over het algemeen goed verlopen.

[140] Tweede Kamer der Staten-Generaal, Eindrapport Parlementair onderzoek naar Kosten Koper, *Een reconstructie van 20 jaar stijgende huizenprijzen*, 10 april 2013.

Literatuurlijst

Boeken:

Brahn 2010
O.K. Brahn, *Zwaartepunten in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010;

Busch 2013
D. Busch, *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013;

Grundmann-van de Krol 2010
C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de wet op het financiële toezicht,* Den Haag: Kluwer 2010;

Van Ommeren 2011
F.J. van Ommeren, *Zorgplichten: wat zijn dat? Een poging tot overbrugging van twee werelden,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011;

A.C.W. Pijls 2010
A.C.W. Pijls, *De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener,* in F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (Eds.),*'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers;

Van Poelgeest 2012
J.M van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten,* Deventer: Kluwer 2012;

Silverentand 2011
L. Silverentand, *Hoofdlijnen Wft,* Deventer: Kluwer 2011;

Juridische tijdschriftartikelen:

S.B. van Baalen, *F* 2006/4
S.B. van Baalen, 'De bijzondere zorgplicht bij financiële contracten', in: contracteren *F* 2006/4;

B. Bierens, *NTBR* 2013/3
B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3;

O.O. Cherednychenko, *NTBR* 2010.11
O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht'*, NTBR* 2010.11;

Chr. H. van Dijk, *AV&S* 2009
Chr. H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009;

A. Ch H. Franken, ***VRA* 2013/127**
A. Ch H. Franken, 'Wetsvoorstel tot invoering van een Generieke zorgplicht in de Wft', *VRA* 2013/127;

J.G.J. Rinkes, ***NTHR* 2007/6**

J.G.J. Rinkes, ‘Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht’, in: *NTHR* 2007/6.

M.M. Van Rossum, ***TvPP* 2013-3**
M.M. Van Rossum en D.P.C.M. Heleggers, ‘De bank en haar zorgplicht bij beleggingen’, *TvPP* 2013-3.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad
HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, (Baris/ Riezenkamp);
HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, (Van der Beek/Van Dartel);
HR 7 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC0090, (Türk/Van den Berg);
HR 21 december 1990, LJN ZC0088, (Van Geest/Nederlof);
HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, (Rabobank/Everaars);
HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2492, (Holvrieka/Brunink);
HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, (Mees Pierson/Ten Bos);
HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, (Offringa/Vinck c.s);
HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, (Van der Klundert/Rabobank);
HR 11 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, (Kouwenberg/Rabobank);
HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, (Safe Heaven);
HR 16 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF0810;
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, (Fortis/Bourgonje);
HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003;
HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600;
HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1610.

Gerechtshof
Hof Leeuwaarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437;
Hof Arnhem-Leeuwaarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826 (Afab);
Hof Amsterdam 17 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4673.

Rechtbank
Rb. Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748;
Rb. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL4345;
Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1681;
Rb. Dordrecht 23 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM9737;
Rb. Rotterdam 17 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO5099;
Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP9469;
Rb. Den Haag 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314;
Rb. Almelo 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BU3018;
Rb. Den Haag 11 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1674;
Rb. Amsterdam 9 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8426;
Rb. Noord-Holland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3006;
Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78;
Rb. Oost Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415;
Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT 2014:2631;
Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4356.

Kifid
Kifid 20 januari 2011, nr. 2011-14;
Kifid 1 april 2011, ECLI:NL:XX:2011:BR2170;
Kifid 7 juli 2011, nr. 2011-170;
Kifid 5 september 2011, nr. 2011- 212;
Kifid 22 oktober 2012, nr. 2009-93;
Kifid 31 oktober 2012, nr. 2012-308;
Kifid 14 januari 2013, nr. 2013-17;
Kifid 26 maart 2014, nr. 2014-140;
Kifid 1 april 2014, nr. 2014-151;
Kifid 17 april 2014, nr. 2014-167.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19

Kamerstukken II 2009/10, 32 339, nr. 3

Kamerstukken II 2012- 2013, 33 632, nr.

Beleidsregels, rapporten en gedragscodes:

Beleidsregel Informatieverstrekking 2013
AFM Beleidsregel Informatieverstrekking, *Waar let de AFM op bij het beoordelen van informatieverstrekking door financiële ondernemingen over financiële producten en diensten?*, september 2013.

Rapport AFM 2006
Adviesrapport AFM, *Verantwoorde kredietverstrekking*, 2006.

Rapport AFM 2007
Adviesrapport AFM, *Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheken,* Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, 2007.

Rapport AFM 2008
Adviesrapport AFM, *Resultaten onderzoeken AFM bij financieel bemiddelaars*, Voorbeelden van tekortschietende adviespraktijken bij hypotheken en beleggingsverzekeringen, 2008.

Tweede kamer Eindrapport 2013
Tweede Kamer Der Staten-Generaal, Eindrapport Parlementair onderzoek naar Kosten Koper, *Een reconstructie van 20 jaar stijgende huizenprijzen*, 10 april 2013;

Gedragscode GHF 2007
Gedragscode Contactorgaan Hypothecair financieringen 2007 (GHF)

Gedragscode NVB 2012

Gedragscode Nederlandse Vereniging van Banken 2012 (NVB)

Gedragscode VFN 2014
Gedragscode Vereniging financieringen ondernemingen 2014 (VFN)

Elektronische bronnen:

***NRC* 21 maart 2014**
NRC, *'14 miljoen koophuizen staan onder water'*, *NRC* 21 maart 2014, www.nrc.nl (zoek op *koophuizen*);

Beleids- en wetgevingsbrief 2011
J.C. de Jager, de minister van Financiën, naar de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Beleids- en wetgevingsbrief op het terrein van de financiële markten*, 20 oktober 2011, www.rijksoverheid.nl (zoek op *beleids- en wetgevingsbrief*);

Illustraties:

Alle figuren binnen deze scriptie zijn gemaakt door de heer P. A. (Pietro) Bonaparte tijdens de afstudeerperiode van 3 februari 2014 t/m 26 mei 2014 bij VDB Advocaten Notarissen te Waalre.

De bijlagen

Bijlage 1: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) van [redacted].

Bijlage 2: Interview met [redacted] (bedrijfsjurist) van [redacted].

Bijlage 3: Interview met [redacted] (hypotheekadviseur) [redacted].