

Overkreditering bij consumentenkrediet

*Mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Snijders**

1 Inleiding

Overkreditering bij consumentenkrediet. Het lijkt een duidelijk afgebakend onderwerp waarvan – zeker in het licht van consumentenbescherming – de hierop betrekking hebbende normen en spelregels duidelijk zijn vastgelegd. Toch is niets minder waar. In de eerste plaats zijn overkreditering en consumentenkrediet weliswaar veel gebezigde begrippen, maar zijn deze begrippen niet in de wet gedefinieerd. In de tweede plaats zijn de wettelijke normen inzake overkreditering open normen. De wetgever heeft de invulling hiervan overgelaten aan de sector, toezichthouder (de Autoriteit Financiële Markten, AFM) en de rechtspraak.

Als wordt vastgesteld dat sprake is van overkreditering, is vervolgens de vraag wat hiervan de civielrechtelijke gevolgen zijn voor de aanbieder en/of bemiddelaar van het krediet en de consument. Dat de AFM reden ziet tot handhaven, baat de gedupeerde consument namelijk niet direct. Vaak zal een consument daarom zelfstandig proberen genoegdoening te krijgen via de civielrechtelijke weg. Deze bijdrage zal, na een kort overzicht van het publiekrechtelijke kader voor consumentenkrediet en overkreditering, vooral op de vermogensrechtelijke aspecten ingaan.

2 Het begrip ‘consumentenkrediet’

Het begrip ‘consumentenkrediet’ is niet in de wet gedefinieerd. Het Burgerlijk Wetboek (BW) gaat uit van het begrip ‘kredietovereenkomst’, de Wet consumentenkrediet (Wck) van ‘krediettransactie’ en in de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt gesproken over het ‘aanbieden van krediet’.¹ De toepasselijke regels hebben ook een andere reikwijdte. Zo wordt in de Wft, en specifiek de regels die betrekking hebben op overkreditering, onder krediet in beginsel zowel consumptief als hypothecair krediet verstaan, terwijl titel 7.2A BW (genaamd ‘Consumentenkrediet-overeenkomsten’) uitdrukkelijk niet van toepassing is op hypothecaire kredieten.² De Wck sluit *grosso modo* aan bij de reikwijdte van het BW, maar is weer niet van toepassing op kredieten van meer dan € 40.000.³ Kenmerkend in alle wetten is echter dat sprake

moet zijn van bedrijfs- of beroepsmatige kredietverlening aan consumenten. Het onderscheid consumptief/hypothecair krediet en de € 40.000-grens zijn in het kader van overkreditering in beginsel niet relevant. Wij zullen in deze bijdrage onder het begrip ‘consumentenkrediet’ verstaan het bedrijfs- of beroepsmatig verstrekte krediet aan een consument.

3 Wat is overkreditering?

Ook het begrip ‘overkreditering’ is niet in de wet gedefinieerd. Wel zijn er enige wettelijke bepalingen die (mede) zien op het voorkomen van overkreditering.⁴ In het bijzonder bepaalt art. 4:34 lid 1 Wft dat de aanbieder voor de totstandkoming van een overeenkomst of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet⁵ in het belang van de consument informatie moet inwinnen over diens financiële positie en ter voorkoming van overkreditering moet beoordelen of het aangaan van de overeenkomst of de belangrijke verhoging verantwoord is. Indien de conclusie luidt dat de overeenkomst of de verhoging onverantwoord is, dan mag de aanbieder op grond van art. 4:34 lid 2 Wft deze overeenkomst of verhoging niet aangaan. In zoverre is het dus niet voldoende dat de aanbieder de consument waarschuwt dat het krediet onverantwoord is. De aanbieder moet in dat geval het verstrekken van het krediet aan de betreffende consument weigeren.⁶

De verplichtingen op grond van art. 4:34 Wft zijn gericht tot de aanbieder. In voorkomend geval zal een consument echter een krediet afsluiten via een bemiddelaar. Op bemiddelaars is art. 4:34 Wft niet van toepassing. Op grond van art. 4:23 Wft moeten bemiddelaars bij adviezen wel rekening houden met

* Mr. M.H.P. Claassen is advocaat bij Lauxtermann Advocaten te Amsterdam. Mr. J.L. Snijders is advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam.

1. Art. 7:57 BW, respectievelijk art. 1 Wck en art. 1:1 Wft.

2. Art. 7:58 lid 2 BW.

3. Art. 3 Wck. De aansluiting met het BW volgt uit art. 2 lid 1 Wck, maar heel duidelijk is dat niet. Vgl. J.W.A. Biemans, Consumentenkrediet (Mon. BW nr. B67), Deventer: Kluwer 2013, nr. 14.

4. *In concreto* gaat het dan om de normen uit art. 4:20 (schending informatieplicht precontractuele fase), art. 4:23 lid 1 (schending onderzoeksplicht), art. 4:23 lid 1 en 4:24 lid 2 (schending waarschuwingplicht in geval van een niet-passend product), art. 4:24a (schending algehele zorgplicht door de aanbieder respectievelijk door de bemiddelaar), art. 4:33 (schending informatieplicht door de aanbieder) en art. 4:34 Wft (schending onderzoeksplicht, verbod verstrekken onverantwoord krediet). In HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, JOR 2014/206 m.nt. J.M. van Poelgeest en J. Biemans, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bevestigd dat het primaire belang van de consumentenkredietregelgeving is gericht op het beschermen van consumenten, in het bijzonder tegen overkreditering.

5. De toevoeging dat ook bij een belangrijke verhoging van de kredietlimiet een kredietbeoordeling dient plaats te vinden, is ingevoegd met de implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet (Stb. 2011, 246, Kamerstukken, 32339).

6. Vgl. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten, Deventer: Kluwer 2012, p. 58.

de financiële positie van de consument. Voor de kredieten van minder dan € 1000 geldt evenwel een vrijstelling op grond van art. 41 van de Vrijstellingsregeling Wft. De AFM hanteert voor bemiddelaars dezelfde normen als voor aanbieders.⁷ Dat ligt voor de hand. Die normen bepalen immers welk krediet de consument uiteindelijk kan/mag krijgen bij de aanbieder voor wie de bemiddelaar bemiddelt. Inhoudelijk maakt de bemiddelaar dus dezelfde beoordeling als de aanbieder en zal het advies dus moeten aansluiten bij de normen die gelden voor het verstrekken van een verantwoord krediet. Als sprake is van een onverantwoord krediet, dan zal de bemiddelaar de consument moeten berichten dat de aanbieder de consument het onverantwoorde krediet niet mag verstrekken. Wij beperken ons verder tot de aanbieder, maar de normen gelden dus *mutatis mutandis* ook voor de bemiddelaar.

Wanneer sprake is van onverantwoorde kredietverstrekking volgt niet direct uit de Wft. Ook art. 113, 114 en 115 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), die een nadere invulling geven aan art. 4:34 Wft, laten die norm open. Ten aanzien van hypothecair krediet gelden wel enkele verduidelijkingen, zoals art. 115 lid 5 BGfo, dat bijvoorbeeld bepaalt dat de aanbieder van hypothecair krediet rekening moet houden met het bij ministeriële regeling bepaalde maximale hypothecair krediet in verhouding tot de waarde van de woning.

De andere bepalingen in het BGfo zien vooral op concrete maatregelen die aanbieders aantoonbaar moeten treffen om overkreditering te voorkomen. Dit zijn vooral verplichtingen tot het inwinnen, vastleggen en gebruik van informatie over de financiële positie van de consument. Zo moet een aanbieder bij kredieten van meer dan € 1000 de ingewonnen informatie van de consument over diens financiële positie schriftelijk (of digitaal) vastleggen (art. 113 BGfo). Bij kredieten van meer dan € 250 moet een aanbieder het Bureau Krediet Registratie (BKR) raadplegen alvorens hij een overeenkomst aangaat (art. 114 BGfo).⁸ Tot slot moet de aanbieder, ter voorkoming van overkreditering, de criteria vastleggen die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag en moet hij deze criteria ook toepassen bij kredietbeoordelingen (art. 115 BGfo).⁹ Art. 115 BGfo stelt echter geen inhoudelijke eisen aan de criteria voor kredietverstrekking.¹⁰

Naast art. 4:34 Wft is ook art. 35 Wck gericht op het voorkomen van overkreditering, namelijk door de vergoeding die aanbieders mogen vragen voor een krediet aan banden te leggen. Uit de toelichting bij art. 35 Wck blijkt dat de maximering van de kredietvergoeding (ook) ertoe strekt te verhinderen dat kredietverstrekkers te grote risico's aangaan, en daarmee dus overkreditering te voorkomen.¹¹

Hoewel 'overkreditering' niet in de wet is gedefinieerd, is de strekking duidelijk: uiteindelijk moet verantwoorde kredietverlening ertoe leiden dat consumenten ook na kredietverstrekking en de verplichte aflossingen en rentebetalingen¹² blijven beschikken over een bepaald minimum aan besteedbaar inkomen om in hun basisbehoeften te kunnen voorzien. Overkreditering is niet-verantwoorde kredietverlening. Dat moet worden voorkomen en dat is ook waar de hieronder te bespreken inhoudelijke normen op gericht zijn.

4 Invulling open norm van art. 4:34 Wft

De wetgever heeft het dus aan de sector overgelaten om – onder het toezicht van de AFM – de normen voor verantwoorde kredietverstrekking nader uit te werken.¹³ Het is derhalve in de eerste plaats aan de aanbieders om die norm uit te leggen en toe te passen, waarbij hun een zekere ruimte toekomt. Het is vervolgens aan de AFM als toezichthouder om te toetsen of de verschillende aanbieders dit op juiste wijze hebben gedaan en aldus aan de open norm hebben voldaan.

De AFM heeft in 2006 een marktbreed onderzoek gedaan naar verantwoorde consumptieve kredietverstrekking, hetgeen heeft geleid tot het rapport 'Verantwoorde kredietverstrekking 2006'.¹⁴ De AFM is vervolgens in gesprek gegaan met de Vereniging Financieringsondernemingen in Nederland (VFN), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en de Nederlandse Thuiswinkel Organisaties (NTO). Deze gesprekken hebben geleid tot een aanscherping van de (reeds bestaande) gedragscodes van deze organisaties.¹⁵ Voor hypothecair krediet geldt dat de leden van de NVB, dus de banken, zich al sinds 1990 moeten houden aan de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF-code). De GHF-code is de laatste jaren meerdere malen aangescherpt, niet in de laatste plaats onder politieke druk.¹⁶

7. Zie bijv. – wel ten aanzien van hypothecair krediet – de boetebesluiten van de AFM aan Drieman/Huis & Hypotheek Woerden B.V. (26 mei 2009) en QuaRendum Epe B.V. (2 oktober 2009), te raadplegen op <www.afm.nl>. Anders: Rb. Overijssel 25 juni 2014, ECLI:NL:ROBOVE:2014:3607.

8. Op grond van art. 4:32 Wft is een aanbieder verplicht deel te nemen aan een stelsel van kredietregistratie.

9. Art. 113 en 115 BGfo zijn overigens niet van toepassing op krediet dat wordt aangeboden in de vorm van een geoorloofde debetstand die binnen drie maanden dient te worden afgelost en die niet hoger is dan het bedrag dat maandelijks op de rekening wordt gestort.

10. Rb. Rotterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, JOR 2011/228 m.nt. V.H. Affourtit. Anders overigens nog de voorzieningenrechter van Rb. Rotterdam 8 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:3198.

11. Kamerstukken II 1986/87, 19785, 3, p. 88.

12. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313 m.nt. Van Poelgeest, r.o. 2.14.

13. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wck al aangegeven dat de normen van de erecode VFN (in 2005 vervangen door de Gedragscode VFN) een belangrijke leidraad vormen voor zorgvuldige kredietverstrekking. Zie Kamerstukken II 1986/87, 19785, 3, p. 44.

14. Te raadplegen op <www.afm.nl>.

15. Te raadplegen op <www.nfn.nl> en <www.nvb.nl>.

16. Zie voor een bespreking van (de wijzigingen van) de Nationale Hypotheek Garantie (NHG) E.P. Roelofsen, Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing?, FR 2011, afl. 7-8, p. 196 e.v. en A.E. den Tex & M.L. van Duijvenbode, De vaagheid van open normen in de Wft, in: F.G.B. Graaf e.a. (red.), Lustrumbundel 2012 Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 177.

De gedragscodes van de VFN en de NVB worden door de AFM beschouwd als de minimumnormen die moeten worden gehanteerd. Ook de norm van de NTO voor goederenkrediet wordt door de AFM beschouwd als een minimale invulling van het toetskader voor het verantwoord verlenen van consumptief krediet.¹⁷ Aanbieders die niet zijn aangesloten bij deze brancheverenigingen, en dus niet gebonden zijn aan deze gedragscodes, mogen eigen criteria vaststellen, maar die moeten dan minstens gelijkwaardig zijn aan de genoemde gedragscodes.¹⁸

5 Inhoud normen gedragscodes

In de kern komt verantwoorde kredietverstrekking op grond van de gedragscodes erop neer dat na het verstrekken van het krediet een minimaal bedrag moet overblijven voor levensonderhoud. Dit bedrag bestaat uit een basisnorm en een inkomensafhankelijke component. De basisnorm wordt jaarlijks vastgesteld door de VFN en de NVB en is gebaseerd op de door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) vastgestelde noodzakelijke bedragen voor levensonderhoud. De basisnorm is het bedrag dat bij het minimuminkomen minimaal moet overblijven om van te leven. Hierbij wordt uitgegaan van de werkelijke woonlasten. De basisnorm hangt verder af van de gezinssamenstelling.

Boven op de basisnorm geldt een inkomensafhankelijke norm. Met het stijgen van het inkomen leven consumenten veelal ook op ruimere voet (grotere auto, vaker op vakantie enzovoort). Boven op de basisnorm moet daarom ten minste 15% van het inkomen, na aftrek van de woonlasten en de basisnorm, voor levensonderhoud beschikbaar zijn (de zogenaamde leennorm). Boven op de basisnorm en de inkomensafhankelijke component moet bovendien voldoende financiële ruimte zijn voor aflossing van het krediet, ook als de lening niet hoeft te worden afgelost. De aanbieder dient uit te gaan van een minimale aflossingscapaciteit van de consument van 2% van het krediet c.q. de kredietlimiet.¹⁹

6 Privaatrechtelijke gevolgen van overtreding Wft

Overtreding van de Wft, waaronder art. 4:34 Wft, kan weliswaar leiden tot handhaving door de AFM, maar tast de rechtsgeldigheid van de kredietovereenkomst uit dien hoofde niet aan, tenzij in de Wft uitdrukkelijk anders is bepaald.²⁰ Dat laatste is voor het verbod op overkreditering ex art. 4:34 Wft niet het geval. In zoverre leidt overtreding van de Wft dan ook niet tot aantastbaarheid op de voet van art. 3:40 lid 2 BW, op grond waarvan rechtshandelingen in strijd met dwingendrechtelijke bepalingen nietig of vernietigbaar zijn.²¹

De wetgever heeft ervoor gekozen om art. 8 lid 1 van de Richtlijn consumentenkrediet²² – de verplichting de kredietwaardigheid te beoordelen – alleen te implementeren in de Wft (en dus niet in titel 7.2A BW). Hoewel niet in strijd met de richtlijn,²³ roept dit wel de vraag op hoe overtreding van het verbod op overkreditering doorwerkt in de civiele rechtsrelatie tussen de aanbieder en de consument. Voor de consument zou het wellicht makkelijker zijn geweest indien art. 8 van de Richtlijn consumentenkrediet ook in het BW zou zijn geïmplementeerd, dan wel zou zijn bepaald dat schending van art. 4:34 Wft in afwijking van art. 1:23 Wft de geldigheid van de overeenkomst aantast. De consument zal nu bij schending van art. 4:34 Wft zijn gelijk derhalve moeten proberen te halen op grond van onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming, of de overeenkomst proberen te vernietigen op grond van dwaling.²⁴

6.1 Primaire grondslag schending publiekrechtelijke normen: een directe vorm van doorwerking via de weg van de onrechtmatige daad

Een directe vorm van doorwerking van de normen uit de Wft is via de weg van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW): overtreding van een norm uit de Wft door een aanbieder kan worden aangemerkt als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en kan dus direct een onrechtmatige daad jegens een consument opleveren, aldus de wetgever.²⁵ Dit houdt in dat indien de aanbieder een norm overtreedt uit de Wft die overkreditering beoogt te voorkomen, zoals art. 4:34 Wft, de desbetreffende aanbieder onrechtmatig handelt. Ons inziens heeft de rechter wel de autonome vrijheid om de toelichting van de wetgever naast zich neer te leggen. Daarnaast levert schending van toezichtrechtelijke informatievoorschriften (voor zover hier relevant art. 4:20 Wft) via de weg van de oneerlijke handelspraktijk direct een onrechtmatige daad op.²⁶

De civiele rechter kan zelfstandig toetsen of sprake is van een overtreding van de Wft en is daarbij niet gehouden aan een eventueel eerder oordeel van de AFM. Evenmin is de civiele rechter gehouden om de gedragscode tot uitgangspunt te nemen. Zo hoeft schending van de gedragscodes van de VFN

17. Brief van 10 juni 2008, waarnaar wordt verwezen in het 'Consultatiedocument toetskader hypothecaire kredietverlening' van de AFM van 9 september 2009, te raadplegen op <www.afm.nl>.

18. Zie bijv. CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41 m.nt. F.M.A. 't Hart (Mercedes Benz Financial Services).

19. Vgl. de gedragscodes van de VFN en NVB.

20. Art. 1:23 Wft.

21. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 304 en 391 e.v.

22. Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU 2008, L 133/66).

23. Op grond van de richtlijn en het arrest van 27 maart 2014 van het Hof van Justitie van de EU (C-565/12) moet het niet-naleven van de verplichting de kredietwaardigheid voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst door middel van een 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende' sanctie kunnen worden afgedwongen. Dat de AFM schending van art. 4:34 Wft kan handhaven, is ons inziens daarvoor afdoende. Bovendien kan de consument via het civiele recht verhaal halen.

24. Vgl. J.W.A. Biemans, De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen, in NTBR 2012/46.

25. Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 304 en 391 e.v.; O.O. Cherednychenko, Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenisrecht, RMTthemis 2012, afl. 5, p. 230.

26. Art. 6:193f sub f jo. art. 6:193 lid 2 jo. art. 6:193b lid 3 sub a jo. art. 6:193b lid 1 BW; vgl. ook Cherednychenko 2012, p. 230.

of de NVB dan ook niet zonder meer tot schending van art. 4:34 Wft in civielrechtelijke zin te leiden en mitsdien tot onrechtmatig handelen van de aanbieder.²⁷ Tot een andere conclusie kwam de Rechtbank Breda.²⁸ Rechtbank Breda overwoog dat de Wft geen rol speelt bij de bepaling van de inhoud van de op de aanbieder rustende verplichtingen ten opzichte van de consument. Dit lijkt ons niet juist. De Wft werkt wel degelijk direct (en indirect, waarover hieronder meer) door in het verbintenissenrecht. Schending van verplichtingen uit hoofde van verantwoorde kredietverstrekking, zoals opgenomen in de Wft, leidt ons inziens in beginsel wel degelijk tot schadeplichtigheid. Bij eenvoudige producten kunnen wij ons wel voorstellen dat de eigen verantwoordelijkheid van de consument prevaleert en dat met een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW) het niet waarschuwen door de aanbieder voor rekening van de consument kan komen.²⁹

6.2 Schending privaatrechtelijke normen: een indirecte vorm van doorwerking van publiekrechtelijke normen in het verbintenissenrecht

De publiekrechtelijke normen werken ook op een meer indirecte wijze door in het verbintenissenrecht. Een vordering op een aanbieder kan immers ook worden gestoeld op een schending van een privaatrechtelijke norm, zoals de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (uit art. 6:162 BW), dwaling (art. 6:228 BW), de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en/of de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW).

De reikwijdte van de privaatrechtelijke normen hangt af van de omstandigheden van het geval. In de meeste gevallen wordt de invulling van de privaatrechtelijke normen mede bepaald door het publiekrechtelijke kader waaraan de aanbieder gebonden is (de specifieke zorgplichten in de Wft) en/of de gedragsregels waaraan de aanbieder zich heeft verbonden.³⁰ Daarbij merken wij op dat schending van een publiekrechtelijke norm geen vereiste is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ook hetgeen publiekrechtelijk niet is verboden (of niet is geregeld), kan civielrechtelijk immers onrechtmatig zijn.³¹ In bepaalde gevallen rust in het verbintenissenrecht op aanbieders een bijzondere zorgvuldigheidsnorm, die de algemene

(normale) zorgvuldigheidsnorm jegens de consument overstijgt.³²

De plicht om een verhoogde zorg tegenover een consument te betrachten is gekoppeld aan bijzondere situaties. Het gaat om situaties waarin een consument tegen vergoeding de medewerking van een aanbieder inroept voor een aangelegenheid waarvoor enerzijds geldt dat de consument daarbij, voor de aanbieder kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de aanbieder ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt. Voor zover de te betrachten zorg niet uit de toepasselijke regelgeving (Wft) volgt, zullen de aard en omvang ervan dienen te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval. De te betrachten bijzondere zorgplicht kan bestaan uit het doen van onderzoek naar de financiële positie van de consument en het inlichten van de consument over en waarschuwen voor de financiële risico's, maar eventueel zelfs ook uit het onthouden van de verlangde medewerking.³³

De vraag of en in welke mate er voor een aanbieder een bijzondere (al dan niet precontractuele) zorgplicht bestaat, is in het bijzonder gerezen in gevallen waarin de aanbieder betrokken was bij het beheren van vermogen van een consument en/of het ontplooiën van beleggingsactiviteiten door een consument.³⁴ Uit de lagere rechtspraak lijkt een bijzondere zorgplicht voor aanbieders niet aan de orde te zijn bij eenvoudige producten zoals hypothecair krediet en 'gewoon' consumptief krediet.³⁵ In de uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) lijkt eerder een schending van een (bijzondere) zorgplicht te worden aangenomen.³⁶ In zoverre verdient het voor de consument aanbeveling eerder de weg van de Geschillencommissie te kiezen (ook overigens voor wat betreft de omvang van de schade, waarover hieronder meer).³⁷

27. Of *in concreto* sprake is van onverantwoorde kredietverlening (in de 'civiele zin' van art. 4:34 lid 2 Wft) zal telkens dienen te worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden die ons inziens daarbij een rol zouden kunnen spelen, zijn: (1) de aard van de te sluiten overeenkomst, (2) de mate van risico, (3) de mate van deskundigheid van de consument, (4) de inkomens- en vermogenspositie van de consument, (5) de aard van de relatie tussen de dienstverlener en de consument, en (6) in hoeverre de consument gewaarschuwd is voor de risico's. Kortom, dezelfde maatstaf die gehanteerd wordt indien de grondslag van de vordering schending van de (niet wettelijk vastgelegde) zorgplicht vormt.

28. Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, JOR 2012/267 m.nt. Lieveerse.

29. Vgl. Hof Amsterdam 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ9715, JOR 2009/298 m.nt. 't Hart.

30. Anders: Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, JOR 2012/267 m.nt. Lieveerse.

31. Vgl. Cherednychenko 2012, p. 230.

32. Vgl. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/182, NJ 2012/183 en NJ 2012/184 m.nt. Vranken, waaruit voortvloeit dat op aanbieders als professionele dienstverleners op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens consumenten met wie de aanbieder een overeenkomst inzake een complex financieel product zal aangaan, uit hoofde van zijn maatschappelijke functie en deskundigheid een bijzondere zorgplicht rust.

33. Zie A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921.

34. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/182, NJ 2012/183 en NJ 2012/184 m.nt. Vranken (effectenlease).

35. Vgl. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237; anders: Rb. Den Haag 11 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1674, JOR 2012/181 m.nt. Van der Velden.

36. Vgl. Uitspraak Geschillencommissie 1 april 2011, JOR 2011/222 m.nt. 't Hart.

37. Vgl. ook K.W.M. Lieveerse in haar annotatie onder Rb. Breda 7 september 2011, JOR 2012/267.

6.3 Tussenconclusie

Wat in de civiele rechtspraak opvalt, is dat niet vaak een beroep wordt gedaan op een rechtstreekse schending van publiekrechtelijke normen zoals vastgelegd in de Wft. Wij denken dat indien dit wel zou worden gedaan, de civiele rechter waarschijnlijk eerder zal oordelen dat sprake is van onrechtmatig handelen (in ieder geval ten aanzien van eenvoudige producten), omdat nu eenmaal in strijd wordt gehandeld met een wettelijke bepaling. Of dat ook uitmaakt voor het uiteindelijke resultaat is nog maar de vraag. Voor de vaststelling van aansprakelijkheid en het bepalen van de omvang van de uiteindelijke schadevergoedingsplicht zal een aantal hobbels moeten worden genomen.

7 Drempels voor aansprakelijkheid

7.1 Relativiteitsvereiste

Een belangrijke drempel die tegen civiele aansprakelijkheid kan worden opgeworpen wegens schending van publiekrechtelijke wetgeving, is het relativiteitsvereiste. Het gaat dan om de vraag welke belangen de wetgever met de Wft wil beschermen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter duidelijk dat de Wft mede tot doel heeft consumenten te beschermen en dat de eis van relativiteit van art. 6:163 BW geen belemmering vormt voor een beroep op onrechtmatige daad.³⁸ Echter, lang niet alle rechtsregels in de Wft werken door in de (pre)contractuele verhouding met de cliënt. Denk bijvoorbeeld aan de regels die zien op het marktgedrag, zoals opgenomen in hoofdstuk 5 Wft. Het gaat daar om regels omtrent koersgevoelige informatie en voorwetenschap. Deze regels strekken niet primair tot bescherming van consumenten. In het kader van overkreditering gaat het evenwel om regels die een aanbieder in acht moet nemen ten opzichte van de consument. Het gaat om (pre)contractuele belangenbehartiging.³⁹ Voor dergelijke regels vormt de eis van relativiteit van art. 6:163 BW geen belemmering.

7.2 Causaal verband

Een andere drempel voor aansprakelijkheid vormt het causaal verband tussen het vermeende onrechtmatig handelen en/of het toerekenbaar tekortschieten en de schade. Voor wat betreft het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen – in het geval van een schending van een privaatrechtelijke norm (zorgvuldigheidsnorm) – en de schade kan ons inziens worden aangeknoopt bij hetgeen de Hoge Raad in dat kader heeft geoordeeld in de effectenlease-arresten.⁴⁰ Weliswaar was in de effectenlease-arresten sprake van een schending van een bijzondere zorgplicht, maar wij menen dat de vuistregels die de Hoge Raad in dat kader heeft geformuleerd voor wat betreft het causaal verband, eveneens toepasbaar zijn bij een rechtstreekse schending van de publiekrechtelijke normen

zoals vastgelegd in de Wft en schending van een ‘normale’ (niet bijzondere) zorgplicht. In al deze gevallen lijkt ons de omkeringsregel van toepassing: indien de consument een schending van een publiekrechtelijke norm respectievelijk (bijzondere) zorgplicht aannemelijk maakt, leidt de omkeringsregel ertoe dat het causaal verband tussen de schade en de schending is gegeven. Het gaat in al deze gevallen immers om de schending van een norm die strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar (het gevaar van overkreditering). De ratio van de omkeringsregel brengt dan mee dat de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden.⁴¹

Indien komt vast te staan dat sprake is van het verlenen van onverantwoord krediet in de zin van art. 4:34 Wft is daarmee, zo volgt ook uit de toelichting bij art. 1:23 Wft, het causaal verband tussen de schending van art. 4:34 Wft en de schade van de consument gegeven. Dat volgt ook uit art. 4:34 lid 2 Wft. Immers, in geval van een onverantwoord krediet is de aanbieder verplicht het gevraagde krediet te weigeren. Als een kredietovereenkomst desondanks tot stand is gekomen, is dat derhalve een direct gevolg van de schending van art. 4:34 lid 2 Wft door de aanbieder. Het verweer van de aanbieder dat de consument, al dan niet afdoende gewaarschuwd, de kredietovereenkomst toch zou hebben gesloten, zal de aanbieder niet kunnen baten.

8 Omvang van de schade, eigen schuld en voordeelstoerekening

Als de aansprakelijkheid van de aanbieder eenmaal vaststaat, staat daarmee nog niet de omvang van de schade vast, en als deze al vaststaat of ook alle schade voor vergoeding in aanmerking komt. De leerstukken van eigen schuld (art. 6:101 BW) en voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) spelen in dat verband een rol.

8.1 Omvang van de schade

Er is weinig rechtspraak waaruit blijkt wat de omvang van de schade is in geval van overkreditering. In het algemeen geldt dat het bij de vaststelling van de omvang van de schade gaat om een vergelijking tussen twee situaties, namelijk (1) de vermogensrechtelijke positie waarin de benadeelde zich thans als gevolg van de normschending bevindt, en (2) de hypothetische situatie waarin de benadeelde zich zou bevinden indien elke normschending zou zijn uitgebleven.⁴² Wat de omvang van de schade is, zal daarom afhangen van de norm die in het specifieke geval is geschonden.

41. Vgl. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264.

42. Vgl. o.m. HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4915, NJ 2002/168 (Interplant/Oldenburger) en meer recentelijk Hof Den Haag 15 juni 2010, ECLI:GHSGR:2010:BN0527; A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 11 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009/31; en meer recentelijk M. Oudenaarden, Schadevaststelling bij zaaksbeschadiging: volledig abstract of soms toch (een beetje) concreet?, MvV 2013, afl. 2, p. 37.

38. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 304 en 391 e.v.

39. Vgl. S.B. van Baalen, Zorgplichten in de effectenhandel, Deventer: Kluwer 2006, p. 663; Biemans 2013, nr. 17.

40. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/182, NJ 2012/183 en NJ 2012/184 m.nt. Vranken (effectenlease).

Wordt als uitgangspunt genomen dat de consument de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien de aanbieder geen norm zou hebben geschonden, dan leidt bovenstaande vergelijking in beginsel ertoe dat de omvang van de schade bij overkreditering bestaat uit (a) alle reeds betaalde rentetermijnen en eventuele aflossingen, (b) het te veel geleende bedrag⁴³ (indien het geleende bedrag niet reeds is afgelost) en (c) de eventuele kosten.⁴⁴

Uit het Afab-arrest van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 september 2013⁴⁵ volgt dat het te veel geleende bedrag niet als schade kan worden aangemerkt, nu tegenover de schuld een actief stond en het bedrag daadwerkelijk was ontvangen. Van schade is volgens het gerechtshof daarom voor wat betreft het te veel geleende bedrag geen sprake, hetgeen ons juist lijkt. Wel komt volgens het gerechtshof voor vergoeding in aanmerking de reeds betaalde rentetermijnen en nog verschuldigde rentetermijnen over het te veel geleende bedrag. De redenering is kennelijk dat de consument deze rentetermijnen niet zou hebben betaald indien geen normschending zou hebben plaatsgevonden. Hiermee miskent het gerechtshof ons inziens dat de consument wel de beschikking heeft gehad over het te veel geleende bedrag en daarvan heeft kunnen profiteren door het – bijvoorbeeld – op een spaarrekening te zetten of een andere lening af te lossen.⁴⁶ Deze voordelen zouden ons inziens bij het bepalen van de omvang van de schade moeten worden betrokken.⁴⁷

8.2 Eigen schuld (art. 6:101 BW)

Uit de effectenlease-arresten volgt dat wanneer de normschending bestaat uit het schenden van de onderzoeksplicht een correctie op de schadevergoedingsplicht kan plaatsvinden op grond van art. 6:101 BW (eigen schuld). In deze arresten is daarbij als uitgangspunt een verdeling van 40% (consument) en 60% (aanbieder) genoemd. Overigens was, zoals eerder vermeld, in deze arresten sprake van de schending van een bijzondere zorgplicht. In de civiele rechtspraak wordt, zoals opgemerkt, doorgaans – anders dan de uitspraken van de Geschillencommissie – een bijzondere zorgplicht alleen aangenomen wanneer sprake is van complexe producten. Is geen sprake van een complex product, dan geldt geen bijzondere zorgplicht en wordt niet snel tot aansprakelijkheid geoordeeld. Zoals eerder betoogd, zou met een beroep op de Wft eerder tot aansprakelijkheid kunnen worden geoordeeld, alleen zal in dat geval ons inziens de verdeling voordeliger (moeten) uitpakken voor de aanbieder.

43. Gesproken wordt over het te veel geleende bedrag en niet over 'restschuld', omdat het begrip 'restschuld' bij het bepalen van de omvang van de schade verwarrend is, nu bij een consumptief krediet in beginsel het gehele te veel geleende en nog niet terugbetaalde bedrag kwalificeert als restschuld.

44. Vgl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder 2.4 van haar conclusie bij HR 29 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4012, JOR 2011/190.

45. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, JOR 2013/313 m.nt. Van Poelgeest.

46. Vgl. ook J.M. van Poelgeest in haar annotatie onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, JOR 2013/313.

47. Vgl. art. 6:100 BW.

Daarnaast zijn er enkele uitspraken van de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep betreffende de omvang van de schade bij overkreditering. Zo heeft de Geschillencommissie in haar uitspraak van 5 september 2011 geoordeeld dat de aanbieder het te veel geleende bedrag alsmede alle daarop betrekking hebbende rente en kosten diende te crediteren.⁴⁸ Met een verwijzing naar de effectenlease-arresten wordt de schadevergoedingsplicht door de Commissie van Beroep in haar uitspraak van 21 juni 2012 teruggebracht tot 60% van het te veel geleende bedrag en de daarop betrekking hebbende rente en kosten.⁴⁹ De wijze waarop de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep in deze zaak de omvang van de schade(vergoedingsplicht) vaststellen, lijkt ons fundamenteel onjuist, nu deze vaststelling ertoe leidt dat de consument wordt bevoordeeld. Dat lijkt ons uitdrukkelijk niet de bedoeling en verhoudt zich slecht met bovengenoemd uitgangspunt, dat alleen daadwerkelijk geleden schade wordt vergoed. Aansluiting zou wat ons betreft moeten worden gezocht bij het Afab-arrest, waarbij hooguit de kosten en (afhankelijk van de omstandigheden van het geval) een deel van de rente als schade kunnen worden aangemerkt.

In haar uitspraak van 1 april 2011⁵⁰ heeft de Geschillencommissie de aanbieder veroordeeld om de hypothecaire geldlening met terugwerkende kracht om te zetten naar een hypothecaire geldlening waarbij de consument wel aan zijn maandelijkse verplichtingen kan voldoen. Alhoewel in deze uitspraak de consument minder wordt bevoordeeld (hij dient immers de lening gewoon terug te betalen en is eveneens (een weliswaar lagere) rente verschuldigd), zit ook hier een bevoordeling van de consument in, hetgeen ons niet juist lijkt.

8.3 Voordeelstoerekening (art. 6:100 BW)

Uit HR 29 april 2011⁵¹ volgt dat de genoten voordelen in aanmerking moeten worden genomen bij de begroting van de omvang van de schade. In dit geval ging het kort gezegd om effectenlease waarbij het ene contract de consument een voordeel (namelijk een winst) had opgeleverd, terwijl het andere (later gesloten) contract schade (verlies) had veroorzaakt. De Hoge Raad oordeelde dat bij een zodanig samenhangend geheel van telkens soortgelijke transacties waarbij de aanbieder telkens is tekortgeschoten in de nakoming van de op hem rustende *bijzondere* zorgplichten, dit kan worden aangemerkt als 'eenzelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW, die zowel schade als voordeel teweegbrengt, zodat de genoten voordelen in aanmerking moeten worden genomen bij de begroting van de omvang van de schade.

48. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 5 september 2011, nr. 212.

49. Uitspraak Commissie van Beroep 21 juni 2012, nr. 14.

50. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 1 april 2011, nr. 68.

51. HR 29 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4012, JOR 2011/190.

9 Conclusie

De verplichting te waken voor overkreditering uit art. 8 van de Richtlijn consumentenkrediet is in Nederland geïmplementeerd in art. 4:34 Wft. Het niet-naleven van die verplichting kan worden gehandhaafd door de AFM. Hoewel Nederland daarmee heeft voldaan aan de richtlijn, baat het de consument niet direct. Schending van art. 4:34 Wft tast de kredietovereenkomst immers niet aan. De consument zal alsnog via de civielrechtelijke weg genoegdoening moeten zien te verkrijgen. Vaak zal dat zijn met een beroep op het schenden door de aanbieder van zijn '(bijzondere) zorgplicht'. De zorgplicht is echter niet de enige grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Schending van een wettelijke bepaling – in geval van overkreditering: schending van art. 4:34 Wft – levert namelijk rechtstreeks een onrechtmatige daad op. In alle gevallen geldt wel dat lastige kwesties spelen ten aanzien van causaal verband, de omvang van de schade en eventuele eigen schuld.