University of Groningen

De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten

Meindertsma, Jesse

DOI:
[10.33612/diss.127071871](https://doi.org/10.33612/diss.127071871)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Meindertsma, J. (2020). *De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. University of Groningen. <https://doi.org/10.33612/diss.127071871>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De kredietwaardigheidsstoets bij kredietverlening aan consumenten

J.M. Meindertsma

rijksuniversiteit
 groningen

De kredietwaardigheidstoets bij kredietverlening aan consumenten

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
 Rijksuniversiteit Groningen
 op gezag van de
 rector magnificus prof. dr. C. Wijmenga
 en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 18 juni 2020 om 14.30 uur

door

Jesse-Michiël Meindertsma

geboren op 15 oktober 1988
 te Leeuwarden

Promotores

Prof. dr. O.O. Cherednychenko
Prof. dr. M.H. Wissink

Beoordelingscommissie

Prof. dr. V. Mak
Prof. dr. C.M.D.S. Pavillon
Prof. dr. S.E. Weishaar

Dankwoord

Om te beginnen wil ik mijn promotoren, professor Olha Cherednychenko en professor Mark Wissink, bedanken voor hun begeleiding. Ik heb de afgelopen jaren veel van jullie mogen leren. Olha wil ik in het bijzonder bedanken voor haar blijvende steun en vertrouwen in mij. Niet alleen heb je me de kans gegeven om te promoveren. Ook was je altijd bereikbaar voor vragen en heb je me al die tijd geïnspireerd om steeds een stapje verder te gaan. Daarnaast wil ik Mark bedanken voor zijn hulp en vertrouwen. Ik heb ontzettend veel gehad aan je rustige aanpak en de manier waarop je met complexe vraagstukken omgaat. Zonder die hulp was ik waarschijnlijk nog lang niet klaar geweest. Ik ben er trots op dat jullie mijn promotoren waren.

Ook wil ik graag professor Oscar Couwenberg bedanken voor zijn hulp bij de (rechts)economische onderdelen van het onderzoek. Ik overdrijf niet als ik zeg dat ik dit proefschrift niet had kunnen afronden zonder jouw betrokkenheid. Zo kan ik me nog meerdere momenten herinneren dat ik niet meer goed wist welke richting ik moest uitgaan met mijn onderzoek. Jouw rol is daarom net zo belangrijk geweest als die van mijn promotoren. Bedankt daarvoor.

Voorts wil ik de leden van de leescommissie bedanken, professor Vanessa Mak, professor Charlotte Pavillon en professor Stefan Weishaar, voor de bereidheid om mijn proefschrift te beoordelen en voor de nuttige opmerkingen die daaruit zijn voortgekomen. Ook wil ik professor Herman Bröring en professor Jan Paul Franx hartelijk bedanken voor hun deelname in de promotiecommissie.

Tot slot wil ik mijn ouders, Pieter en Minke, mijn zusjes, Annalize en Hedwich, en mijn vrienden, in het bijzonder Simon Lautenbag en Simon Visbeek, bedanken voor hun mentale steun en getoonde interesse in mijn onderzoek. Dit laatste geldt natuurlijk vooral voor mijn lieve vriendin, Maureen, die de afgelopen jaren mijn steun en toeverlaat is geweest. Ik ben blij dat ik dit traject met jou aan mijn zijde heb kunnen doorlopen.

Leeuwarden, mei 2020.

Dankwoord	5
Afkortingen.....	12
1 Inleiding	13
1.1 <i>Schulden als een maatschappelijk probleem.....</i>	<i>13</i>
1.2 <i>Doelstelling en vraagstelling</i>	<i>14</i>
1.3 <i>Methodologie.....</i>	<i>15</i>
1.4 <i>Terminologie en afbakening</i>	<i>17</i>
1.5 <i>Opbouw</i>	<i>18</i>
2 Het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets	20
2.1 <i>Inleiding</i>	<i>20</i>
2.2 <i>De problematische terugbetaalsituatie als maatstaf.....</i>	<i>22</i>
2.2.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>22</i>
2.2.2 <i>De consumentgerichte en kredietgevergerichte benadering</i>	<i>23</i>
2.2.3 <i>De onaanvaardbare en ongewenste terugbetaalsituatie</i>	<i>24</i>
2.2.4 <i>Het vaststellen van een problematische terugbetaalsituatie</i>	<i>27</i>
2.2.5 <i>Tussenconclusie</i>	<i>28</i>
2.3 <i>De toets van kredietwaardigheid</i>	<i>29</i>
2.3.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>29</i>
2.3.2 <i>De drie stappen: onderzoek, beoordeling en beslissing.....</i>	<i>29</i>
2.4 <i>Een overzicht van het raamwerk.....</i>	<i>30</i>
3 De kredietwaardigheidstoets in het Europese recht	33
3.1 <i>Inleiding</i>	<i>33</i>
3.2 <i>De kredietwaardigheidstoets in de Richtlijn consumentenkrediet.....</i>	<i>33</i>
3.2.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>33</i>
3.2.2 <i>Het juridische kader.....</i>	<i>34</i>
3.2.2.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>34</i>
3.2.2.2 <i>Artikel 8 van de richtlijn.....</i>	<i>35</i>
3.2.3 <i>Een kredietgevergerichte of consumentgerichte benadering</i>	<i>36</i>
3.2.4 <i>Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie</i>	<i>36</i>
3.2.5 <i>De drie stappen bij consumptief krediet</i>	<i>38</i>
3.2.5.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>38</i>
3.2.5.2 <i>Stap 1: onderzoek.....</i>	<i>38</i>
3.2.5.3 <i>Stap 2: beoordeling.....</i>	<i>39</i>
3.2.5.4 <i>Stap 3: beslissing</i>	<i>39</i>
3.3 <i>De kredietwaardigheidstoets in de Richtlijn woningkredietovereenkomsten</i>	<i>40</i>
3.3.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>40</i>
3.3.2 <i>Het juridische kader</i>	<i>41</i>
3.3.2.1 <i>Inleiding.....</i>	<i>41</i>
3.3.2.2 <i>Artikel 18 en 20 van de richtlijn</i>	<i>41</i>
3.3.2.3 <i>De EBA-richtsnoeren.....</i>	<i>42</i>

3.3.3	Een consumentgerichte benadering	43
3.3.4	Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie	44
3.3.5	De drie stappen bij hypothecair krediet	44
3.3.5.1	Inleiding.....	44
3.3.5.2	Stap 1: onderzoek.....	45
3.3.5.3	Stap 2: beoordeling.....	45
3.3.5.4	Stap 3: beslissing	47
3.4	<i>Conclusie</i>	47
4	De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht	49
4.1	<i>Inleiding</i>	49
4.2	<i>De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht</i>	49
4.2.1	Inleiding.....	49
4.2.2	Het juridische kader	50
4.2.2.1	Inleiding.....	50
4.2.2.2	Artikel 4:34 Wft	50
4.2.2.3	Lagere regelgeving en zelfregulering.....	52
4.2.3	Een consumentgerichte benadering.....	54
4.2.4	Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie	56
4.2.5	De drie stappen bij consumptief krediet	58
4.2.5.1	Inleiding.....	58
4.2.5.2	Stap 1: onderzoek.....	59
4.2.5.3	Stap 2: beoordeling.....	61
4.2.5.4	Stap 3: beslissing	64
4.2.6	De drie stappen bij hypothecair krediet.....	64
4.2.6.1	Inleiding.....	64
4.2.6.2	Stap 1: onderzoek.....	65
4.2.6.3	Stap 2: beoordeling.....	66
4.2.6.4	Stap 3: beslissing	69
4.2.7	Tussenconclusie	69
4.3	<i>De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht</i>	70
4.3.1	Inleiding.....	70
4.3.2	Het juridische kader	71
4.3.2.1	Inleiding.....	71
4.3.2.2	De bijzondere zorgplicht.....	71
4.3.2.3	Referentiekaders.....	74
4.3.3	Een consumentgerichte benadering.....	76
4.3.4	Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie.....	78
4.3.5	De drie stappen bij consumptief krediet	79
4.3.5.1	Inleiding.....	79
4.3.5.2	Stap 1: onderzoek.....	79
4.3.5.3	Stap 2: beoordeling.....	80
4.3.5.4	Stap 3: beslissing	83
4.3.6	De drie stappen bij hypothecair krediet.....	84
4.3.6.1	Inleiding.....	84
4.3.6.2	Stap 1: onderzoek.....	85
4.3.6.3	Stap 2: beoordeling.....	87

4.3.6.4	Stap 3: beslissing	89
4.3.7	Tussenconclusie	90
4.4	Conclusie.....	90
5	De kredietwaardigheidstoets in het Engelse recht.....	94
5.1	Inleiding	94
5.2	De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht	94
5.2.1	Inleiding.....	94
5.2.2	Het juridische kader.....	95
5.2.2.1	Inleiding.....	95
5.2.2.2	De beginselen.....	95
5.2.2.3	Lagere regelgeving.....	97
5.2.3	Een consumentgerichte benadering	98
5.2.4	Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie.....	100
5.2.5	De drie stappen bij consumptief krediet.....	101
5.2.5.1	Inleiding.....	101
5.2.5.2	De relevante bepalingen uit de CONC.....	101
5.2.5.3	Een uitleg over de betekenis van risicosignalen	102
5.2.5.4	Stap 1: onderzoek.....	105
5.2.5.5	Stap 2: beoordeling.....	106
5.2.5.6	Stap 3: beslissing	107
5.2.6	De drie stappen bij hypothecair krediet	108
5.2.6.1	Inleiding.....	108
5.2.6.2	De relevante bepalingen uit de MCOB	108
5.2.6.3	Stap 1: onderzoek.....	109
5.2.6.4	Stap 2: beoordeling.....	110
5.2.6.5	Stap 3: beslissing	112
5.3	De kredietwaardigheidstoets en the Financial Ombudsman Service.....	112
5.3.1	Inleiding	112
5.3.2	The Financial Ombudsman Service	113
5.3.3	Een bespreking van uitspraken over consumptief krediet	115
5.3.3.1	Inleiding.....	115
5.3.3.2	De betekenis van risicosignalen	115
5.3.3.3	Stap 1: onderzoek.....	117
5.3.3.4	Stap 2: beoordeling.....	118
5.3.3.5	Stap 3: beslissing	119
5.4	Conclusie.....	119
6	Lessen uit de rechtsvergelijking	122
6.1	Inleiding	122
6.2	Een consumentgerichte benadering	122
6.3	Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie	124
6.4	De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets	126
6.4.1	Inleiding.....	126
6.4.2	Stap 1: onderzoek	126

6.4.2.1	De gegevens over de consument	126
6.4.2.2	Verificatieplichten	129
6.4.3	Stap 2: beoordeling	130
6.4.3.1	De onderdelen van de betaalcapaciteit.....	130
6.4.3.2	De terugbetaalperiode	132
6.4.3.3	De voorzienbare toekomst.....	133
6.4.4	Stap 3: beslissing.....	134
6.4.4.1	De niet-kredietwaardige consument	134
6.5	Conclusie.....	135
7	De kredietwaardigheidstoets vanuit een economisch perspectief	138
7.1	Inleiding	138
7.2	Het economische kader	138
7.2.1	Inleiding.....	138
7.2.2	De rationele partijen	139
7.2.2.1	De keuzes van een rationele partij.....	139
7.2.2.2	Transacties tussen rationele partijen	140
7.2.3	De gedragsmatig stuurbare consument	142
7.2.3.1	De keuzes van een gedragsmatig stuurbare consument.....	142
7.2.3.2	Transacties met een gedragsmatig stuurbare consument.....	143
7.3	De kredietwaardigheidstoets en de rationele partijen	143
7.3.1	Inleiding.....	143
7.3.2	De kredietwaardigheidstoets van de consument	144
7.3.2.1	Inleiding.....	144
7.3.2.2	Streven naar de gewenste terugbetaalsituatie.....	144
7.3.2.3	Een consumentgerichte benadering.....	144
7.3.2.4	De kredietbeslissing.....	145
7.3.3	De kredietwaardigheidstoets van de kredietgever.....	148
7.3.3.1	Inleiding.....	148
7.3.3.2	Streven naar de gewenste terugbetaalsituatie.....	148
7.3.3.3	Een kredietgevergerichte benadering.....	149
7.3.3.4	De kredietbeslissing.....	151
7.3.4	De kredietwaardigheidstoets namens de consument	154
7.3.4.1	Inleiding.....	154
7.3.4.2	De kredietgever geeft mogelijk een kredietgevergericht advies	154
7.3.4.3	Kwaliteitscontrole door de consument.....	155
7.4	Wat als de consument gedragsmatig stuurbaar is?	156
7.4.1	Inleiding.....	156
7.4.2	De kredietwaardigheidstoets van de consument	156
7.4.2.1	Inleiding.....	156
7.4.2.2	De consument schat zijn kredietwaardigheid niet altijd goed in	157
7.4.3	De kredietwaardigheidstoets van de kredietgever.....	160
7.4.3.1	Inleiding.....	160
7.4.3.2	Aanpassen van de kredietwaardigheidstoets	160
7.4.4	De kredietwaardigheidstoets namens de consument	161
7.4.4.1	Inleiding.....	161

7.4.4.2	De kredietgever kan de kredietwaardigheid minder goed inschatten	162
7.4.4.3	De consument kan het advies minder goed op waarde schatten	162
7.5	<i>Conclusie</i>	163
8	Lessen uit de rechtseconomische analyse	165
8.1	<i>Inleiding</i>	165
8.2	<i>Een consumentgerichte benadering</i>	165
8.3	<i>Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie</i>	167
8.4	<i>De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets</i>	169
8.4.1	<i>Inleiding</i>	169
8.4.2	<i>Stap 1: onderzoek</i>	169
8.4.2.1	De gegevens over de consument.....	169
8.4.2.2	Verificatieplichten	171
8.4.3	<i>Stap 2: beoordeling</i>	173
8.4.3.1	De onderdelen van de betaalcapaciteit.....	173
8.4.3.2	De terugbetaalperiode	174
8.4.3.3	De voorzienbare toekomst.....	177
8.4.4	<i>Stap 3: beslissing</i>	179
8.4.4.1	De niet-kredietwaardige consument	179
8.5	<i>Conclusie</i>	180
9	Conclusie	183
9.1	<i>Inleiding</i>	183
9.2	<i>De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht</i>	183
9.2.1	<i>Inleiding</i>	183
9.2.2	<i>Een consumentgerichte benadering</i>	183
9.2.3	<i>Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie</i>	184
9.2.4	<i>De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets</i>	186
9.2.4.1	<i>Inleiding</i>	186
9.2.4.2	<i>Stap 1: onderzoek</i>	186
9.2.4.3	<i>Stap 2: beoordeling</i>	187
9.2.4.4	<i>Stap 3: beslissing</i>	188
9.3	<i>Evaluatie</i>	189
9.3.1	<i>Algemeen</i>	189
9.3.2	<i>Het publiekrecht</i>	192
9.3.3	<i>Het privaatrecht</i>	195
9.4	<i>Aanbevelingen</i>	197
9.4.1	<i>Inleiding</i>	197
9.4.2	<i>Aanbevelingen voor het publiekrecht</i>	197
9.4.2.1	<i>Inleiding</i>	197
9.4.2.2	<i>De uitvoeringskosten bij de kleinere kredieten</i>	198
9.4.2.3	<i>De verificatieplichten bij consumptieve kredieten</i>	198
9.4.2.4	<i>De betekenis van het vermogen</i>	199
9.4.2.5	<i>De maandlasten bij consumptieve kredieten</i>	199
9.4.2.6	<i>De omgang met de voorzienbare toekomst</i>	200

9.4.3	Aanbevelingen voor het privaatrecht	201
9.4.3.1	Inleiding.....	201
9.4.3.2	De leennormen uit het publiekrecht.....	201
9.4.3.3	De eigen verantwoordelijkheid van de consument	201
9.5	<i>Vooruitblik</i>	202
Korte samenvatting.....		203
Short summary		204
Literatuurlijst		205
Over de auteur		220

Afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-generaal
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CONC	The Consumer Credit sourcebook
EBA	European Banking Authority
EU	Europese Unie
EU-Hof	Hof van Justitie van de Europese Unie
FCA	Financial Conduct Authority
FOS	Financial Ombudsman Service
FSA	Financial Services Authority
FSMA 2000	Financial Services and Markets Act 2000
HR	Hoge Raad
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
LTI	Loan to Income
LTV	Loan to Value
MCOB	The Mortgages and Home Finance: Conduct of Business source-book
NTO	Nederlandse Thuiswinkel Organisatie
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
Ov.	Overweging
PRIN	Principles for Businesses
Rb.	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
Stcrt.	Staatscourant
TCF Principle	Treating customer fairly principle
VFN	Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland
VK	Verenigd Koninkrijk
Wck	Wet op het consumentenkrediet
Wfd	Wet financiële dienstverlening
Wft	Wet op het financieel toezicht

1 Inleiding

1.1 Schulden als een maatschappelijk probleem

In Nederland nemen consumenten op grote schaal krediet op om allerlei aankopen te doen. Zo wordt krediet opgenomen voor bijvoorbeeld de aanschaf van een mobiele telefoon, televisie, auto of woning. In 2019 bedroeg de totaal uitstaande hypotheekschuld ongeveer 720 miljard euro, terwijl de uitstaande schuld voor consumptief krediet ongeveer 15 miljard euro bedroeg.¹ Hoewel krediet de consument in staat stelt aankopen te doen waar anders een langere tijd voor moet worden gespaard, kan kredietverlening leiden tot problemen voor de consument die niet tijdig kan voldoen aan de daaruit voortvloeiende terugbetalplichten. Zo waren er in datzelfde jaar ongeveer 70.000 huishoudens met een betaalachterstand op hun hypotheek, terwijl ongeveer 675.000 mensen een betaalachterstand hadden op hun consumptieve krediet.² De problemen die kunnen voortvloeien uit kredietverlening vertalen zich echter niet alleen in betaalachterstanden. Zo kunnen consumenten bijvoorbeeld langdurig bezuinigen op de kosten van levensonderhoud teneinde uit een situatie van betaalachterstand te blijven.

De wereldwijde kredietcrisis heeft laten zien dat een onhoudbare schuldenlast niet alleen de positie van de consument, maar ook de stabiliteit van financiële markten ernstig kan aantasten. Ook de kredietgevers zelf kunnen immers in de problemen komen als consumenten niet meer kunnen voldoen aan hun terugbetalplichten. Tegelijkertijd hebben de misstanden op het vlak van *payday loans* in Europa laten zien dat kredietgevers zich ook na de kredietcrisis hebben ingelaten met onverantwoorde kredietpraktijken. Een *payday loan* betreft een zeer klein krediet met een zeer korte looptijd en hoge rentekosten. Het bleek voor kredietgevers zeer winstgevend te zijn om deze kredieten te verstrekken aan consumenten die daardoor steeds verder in de problemen kwamen.³ Deze consumenten moesten namelijk steeds opnieuw een dergelijk krediet nemen om daarmee hun oude krediet af te lossen. Omdat de rentekosten in de tussentijd bleven oplopen, betaalden deze consumenten uiteindelijk een zeer lange tijd voor een (zeer) duur krediet waarvan ze niet of nauwelijks hebben geprofiteerd.

In de periode voorafgaand aan de kredietcrisis bestond, in verband met kredietverlening, het kader van de consumentenbescherming in de Europese Unie hoofdzakelijk uit informatieplichten. Zo steunt de Richtlijn consumentenkrediet⁴ uit 2008 in een belangrijke mate op het beeld van de consument die voldoende in staat is om met de juiste informatie een verantwoord kredietbesluit te nemen. In de periode na de kredietcrisis is, mede door een verminderd vertrouwen in de preventieve werking van informatieplichten, op Europees niveau een sterkere nadruk komen te liggen op het concept van verantwoorde kredietverstrekking.⁵ Dit concept bestaat uit bepalingen die verder gaan

¹ Het gaat om cijfers uit medio 2019. Zie VFN 2019 en de CBS 2019.

² Zie VFN 2019 en BKR 2019.

³ Zie over deze problematiek Cherednychenko & Meindertsma 2019.

⁴ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad.

⁵ Zie ook over dit concept Cherednychenko & Meindertsma 2019 en Mak 2015.

dan informeren en is erop gericht consumenten te beschermen tegen onverantwoorde kredietverstrekkingen. In die lijn bevat de Richtlijn woningkredietovereenkomsten⁶ uit 2014 onder meer de vergaande verplichting om een kredietaanvraag te weigeren als de consument naar verwachting niet kan voldoen aan de beoogde terugbetalplichten. Het Nederlandse recht kende overigens de verplichting om de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument te weigeren al in de periode voordat de kredietcrisis begon.

1.2 Doelstelling en vraagstelling

Tegen de voorgaande achtergrond richt dit onderzoek zich op de kredietwaardigheids-toets in het Nederlandse recht. De verplichting om deze toets te verrichten verdient de aandacht omdat deze een belangrijke positie heeft binnen het concept van verantwoorde kredietverstrekking. Dit geldt te meer nu het vertrouwen in de preventieve werking van informatieplichten na de kredietcrisis is afgenomen.⁷ Om die reden is het opvallend dat er in de juridische literatuur nog geen systematisch onderzoek is gedaan naar de kredietwaardigheidstoets zoals deze is vormgegeven in het Nederlandse recht.⁸ Het doel van dit onderzoek is daarom driedelig.

Het eerste doel is gericht op het creëren van een theoretisch raamwerk van de kredietwaardigheidstoets. Hiermee wordt bedoeld op de vragen die beantwoord moet worden voordat de kredietwaardigheidstoets in het concrete geval kan worden uitgevoerd. Zo moet bijvoorbeeld duidelijk zijn welke gegevens er verzameld moeten worden en hoe er moet worden omgegaan met een negatief oordeel over de kredietwaardigheid. In de literatuur ontbreekt een dergelijk raamwerk waardoor het lastig is om eventuele inconsistenties en onvolledigheden binnen het juridische kader te ontdekken. Het is immers mogelijk dat een regelgever bepaalde vragen niet of op een inconsistente manier heeft beantwoord. Het tweede doel is gericht op het in kaart brengen van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Dit doel vertaalt zich in een beschrijvend onderzoek waarbij, aan de hand van het genoemde raamwerk, wordt gezien hoe de verplichting om de kredietwaardigheid te toetsen precies is uitgewerkt. Het derde en laatste doel is gericht op de identificatie van eventuele verbeterpunten. Daarbij wordt gekeken naar de eventuele inconsistenties en onvolledigheden binnen het juridische kader waarbij voorts aandacht is voor de mogelijkheid dat een consument door dit kader te veel of te weinig wordt beschermd. Met het oog op het derde doel, wordt in dit onderzoek het volgende gedaan. Het recht van de Europese Unie (EU-recht) wordt onderzocht omdat de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten eisen stellen aan de inhoud van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Het Engelse recht wordt bestudeerd omdat eventueel kan worden geleerd

⁶ Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010.

⁷ Zie bijvoorbeeld Cherednycheno & Meindertsmas 2019, Garcia Porras & Van Boom 2012 en Ramsay 2012.

⁸ Het is vooral gegaan over de werking van informatieplichten. Zie recentelijk De Jager 2018 en Braspenning 2017.

van de manier waarop de kredietwaardigheidstoets daarin is vormgegeven. De (rechts)economische literatuur wordt, tot slot, geraadpleegd om een inschatting te kunnen maken van de mate waarin de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht erin slaagt de consumenten te beschermen tegen overkreditering, zonder ervoor te zorgen dat consumenten al te veel worden gehinderd in de toegang tot krediet. Het voorgaande leidt tot de volgende drie onderzoeksvragen:

- Hoe kan het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets worden vormgegeven?
- Hoe is de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht vormgegeven?
- In hoeverre is er ruimte voor verbetering?

1.3 Methodologie

Ter beantwoording van de onderzoeksvragen komen verschillende methodes aan bod. Ten eerste wordt de juridisch-dogmatische methode gebruikt om te laten zien hoe de kredietwaardigheidstoets in het EU-recht, het Nederlandse recht en het Engelse recht – waarmee verder wordt bedoeld op het recht in Engeland en Wales – is vormgegeven.⁹ Per rechtsstelsel wordt een analyse gemaakt van de relevante wet- en regelgeving, de wetsgeschiedenis, (overheids)rapporten en rechtswetenschappelijke literatuur. Voor het Engelse recht is gekozen omdat Engeland, evenals Nederland, beschikt over een volwassen kredietmarkt welke wordt gereguleerd door een sterk ontwikkeld regelkader. Daarvan kan het Nederlandse recht eventueel leren. Het EU-recht komt aan bod omdat de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten eisen stellen aan de invulling van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Omdat het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie op 31 januari 2020 heeft verlaten (Brexit), is het vanaf dat moment niet meer vereist dat het Engelse recht in overeenstemming is met de genoemde richtlijnen. Dit neemt vanzelfsprekend niet weg dat geïmplementeerd EU-recht nog steeds geldt en dus mede kan verklaren hoe het Engelse recht er op dit moment uit ziet. Omdat dit onderzoek is gericht op de uitwerking van de kredietwaardigheidstoets binnen de kaders van het EU-recht, wordt het Engelse recht besproken uit de periode voorafgaand aan het vertrek uit de Europese Unie.

Bij de bespreking van het Nederlandse recht ligt de nadruk op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht. Met het publiekrecht wordt bedoeld op de regels (voortvloeiend) uit de Wet op het financieel toezicht die via de bestuursrechtelijke weg worden gehandhaafd. Daarnaast wordt een onderzoek gedaan naar de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht zoals deze in de rechtspraak is ontwikkeld als een onderdeel van de bijzondere zorgplicht van een professionele kredietverstrekker. Het privaatrecht heeft zich in dit verband zelfstandig ontwikkeld en daarom wordt onderzocht op welke punten wordt afgeweken van het publiekrecht. Dit laatste is niet alleen van belang om een vollediger beeld te krijgen van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Ook kunnen de eventuele verschillen aanleiding geven tot aanbevelingen. Omdat de uitspraken van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) over de kredietwaardigheidstoets sterke gelijkenissen vertonen met de uitspraken van de

⁹ Zie over deze methode Asser/Vranken 2014, nr. 8-15.

civiele rechter, wordt geen afzonderlijk onderzoek verricht naar de uitspraken van het Kifid.¹⁰ Niettemin wordt bij de bespreking van het privaatrecht, voor de volledigheid, verwezen naar een aantal recente uitspraken van de Commissie van Beroep en de Geschillencommissie van het Kifid.

Ook het onderzoek naar het Engelse recht concentreert zich hoofdzakelijk op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht. Meer concreet gaat het hierbij om de kredietwaardigheidstoets zoals deze door de toezichthouder, de *Financial Conduct Authority*, is neergelegd in de *Consumer Credit sourcebook* en de *Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook*.¹¹ Voorts wordt een onderzoek gedaan naar de manier waarop de kredietwaardigheidstoets is uitgewerkt door de ombudsman van de *Financial Ombudsman Service* (FOS). De FOS is een door de wetgever opgericht instituut in welk kader de ombudsman geschillen tussen individuele partijen beslecht op basis van hetgeen hij in het concrete geval *fair and reasonable* acht. In de praktijk leggen consumenten hun geschillen massaal voor aan deze ombudsman die veelal handelt conform de normen die de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht vormgeven. In dit onderzoek wordt echter niet ingegaan op de privaatrechtelijke uitspraken van de Engelse rechter. In de zogenoemde *common law* is namelijk geen tak van uitspraken te vinden waarin de rechter een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets aanneemt en uitwerkt.

Ten tweede wordt de methode van de externe rechtsvergelijking toegepast om overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse en Engelse recht in beeld te brengen. Deze vergelijking is van belang omdat hieruit bevindingen kunnen voortvloeien die kunnen helpen om de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht te verbeteren.¹² Ook in dit verband ligt de nadruk op de kredietwaardigheidstoets zoals deze, binnen de door de EU-richtlijnen gestelde kaders, is neergelegd in het publiekrecht. Er zal echter worden ingegaan op de uitspraken van de civiele rechter dan wel de uitspraken van de FOS als er een inhoudelijk relevant verschil is met het publiekrechtelijke kader van het betreffende land.

Ten derde wordt in dit onderzoek de (rechts)economische literatuur bestudeerd om een vergelijking te kunnen maken met de hypothetische situatie waarin het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Op die manier kan worden nagegaan in hoeverre het Nederlandse recht enerzijds de gevaren van overkreditering aanpakt en anderzijds voorkomt dat consumenten onnodig worden belemmerd in de toegang tot krediet. Om deze vergelijking te kunnen maken, worden in dit onderzoek twee typen consumenten gehanteerd. Het ene type betreft een rationele consument en is afgeleid uit

¹⁰ Zie Cheredychenko & Meindertsma 2014 over de verschillen tussen de uitspraken van de civiele rechter en het Kifid in de periode voor 2014.

¹¹ Dit ter uitoefening van diens regelgevende bevoegdheden uit de *Financial Services and Markets Act 2000*.

¹² Derhalve gaat het om de functionele methode van de rechtsvergelijking. Zie Zweigert & Kötz 1998, p. 34.

de mainstream neoklassieke economie.¹³ Het anders type betreft een gedragsmatig stuurbare consument en is geïnspireerd op inzichten uit de behavioral economics.¹⁴ Er wordt vervolgens nagegaan hoe deze consumenten, in de situatie zonder de door het Nederlandse recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, een kredietbeslissing nemen en waar zich de eventuele gevaren van overkreditering bevinden. Voor de twee genoemde stromingen is gekozen omdat ze verschillend aankijken tegen de manier waarop de consument een kredietbeslissing neemt. Zo gaat de eerste stroming er bijvoorbeeld van uit dat de consument in staat is een, voor hem, verantwoorde kredietbeslissing te nemen, terwijl de tweede stroming juist probeert te verklaren waarom dat laatste in de praktijk niet altijd slaagt. Door te kiezen voor deze uiteenlopende stromingen, kunnen de voordelen en nadelen van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht beter zichtbaar worden gemaakt.

1.4 Terminologie en afbakening

Dit onderzoek richt zich op de zogenoemde *execution-only* relatie. Dit is de relatie waarin de consument – een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitvoering van zijn beroep of bedrijf – een kredietaanvraag indient bij de professionele kredietgever.¹⁵ Deze relatie onderscheidt zich van een *adviesrelatie* waarin de kredietgever (eerst) wordt gevraagd of het, gezien vanuit het perspectief van de consument, verantwoord is om een krediet te vragen. In principe worden in dit onderzoek alle soorten van kredietaanvragen meegenomen. Daarbij zal steeds een onderscheid worden gemaakt tussen een consumptief en hypothecair krediet. Die laatste kredietvorm betreft een lening waarbij een recht van hypotheek of een soortgelijke zekerheid wordt gevestigd. De eerste kredietvorm ziet op de overige aflopende of doorlopende kredieten, zoals persoonlijke leningen, goederenkredieten, roodstanden en creditcardkredieten. In dit onderzoek wordt bovendien vaak gesproken over een terugbetaalplicht. Deze plicht bestaat, afhankelijk van hetgeen partijen hierover afspreken, uit een deel aflossing en een deel rente.

In dit onderzoek wordt in beginsel niet ingegaan op handhavingsvragen. De nadruk ligt op de inhoudelijke vormgeving van de kredietwaardigheidstoets in het recht. Dit neemt niet weg dat er enige aandacht is voor de globale verschillen inzake handhaving. Deze verschillen kunnen eventueel mede verklaren waarom er, ten aanzien van de uitwerking van de kredietwaardigheidstoets, verschillen zijn tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Tegen deze achtergrond wordt in dit onderzoek rekening gehouden met het gegeven dat de normen uit het publiekrecht in het algemeen een *ex-ante* karakter hebben hetgeen betekent dat ze laten zien hoe de kredietgever zich moet gedragen voordat het krediet kan worden verstrekt. De normen uit het publiekrecht worden

¹³ Overigens is er geen nauwkeurige definitie van deze stroming. Ik ga uit van de standaard klassieke veronderstellingen die ook terugkomen in de rechtseconomie. Zie bijvoorbeeld Paccès & Visscher 2011 en Mercuro & Medema 2006, p. 102 e.v.

¹⁴ Deze stroming heeft kritiek op het rationele mensbeeld van de neoklassieke stroming. Zie Janger & Block-Lieb 2006, p. 1528 t/m 1531 en Mathis & Steffen 2015, p. 36.

¹⁵ Ik sluit aan bij de gelijklopende definities uit de Europese richtlijnen, te weten art. 3 sub a en b van de Richtlijn consumentenkrediet en art. 4 lid 1 en 2 Richtlijn woningkredietovereenkomsten.

zoveel mogelijk vooraf ingevuld en kunnen worden gehandhaafd ook al is er in het specifieke geval geen sprake geweest van overkreditering. Het privaatrecht heeft echter een sterk *ex-post* karakter in die zin dat de rechter zich achteraf, dus na de kredietverstrekking, uitlaat over het gedrag van de kredietgever in het concrete geval, en pas optreedt als er daadwerkelijk sprake is geweest van overkreditering. Deze verschillen kunnen bijvoorbeeld verklaren waarom er in het privaatrecht een sterkere nadruk ligt op de omstandigheden van het geval en waarom bepaalde vragen gedetailleerder zijn beantwoord dan in het publiekrecht. Overigens is in voorgaand verband ook aandacht voor de recente uitspraak waarin het Europese Hof concludeert dat de rechter ambtshalve moet toetsen of is gehandeld conform de eisen die voortvloeien uit artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet.¹⁶ Hoewel de precieze gevolgen voor het Nederlandse privaatrecht nog onduidelijk zijn, vormt deze uitspraak mogelijk het beginpunt van een meer actieve houding van civiele rechters op dit vlak.

1.5 Opbouw

In *hoofdstuk 2* wordt het theoretische raamwerk van de kredietwaardigheidstoets gepresenteerd. Dit raamwerk staat aan de basis van *hoofdstuk 3*, *hoofdstuk 4* en *hoofdstuk 5* waarin de kredietwaardigheidstoets in het Europese, Nederlandse en het Engelse recht wordt beschreven. Het onderzoek naar het Europese recht concentreert zich op de inhoud en ontwikkeling van een tweetal richtlijnen. Het onderzoek naar het Nederlandse recht concentreert zich op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht en het privaatrecht. Het onderzoek naar het Engelse recht richt zich op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht en de kredietwaardigheidstoets zoals uitgewerkt in de uitspraken van de *Financial Ombudsman Service*. Bij het bespreken van het Nederlandse en het Engelse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen consumptief en hypothecair krediet. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie waarin een vergelijking wordt gemaakt van de kredietwaardigheidstoetsen die in dat hoofdstuk aan bod zijn gekomen. In *hoofdstuk 6* worden de bevindingen uit het Nederlandse en Engelse recht met elkaar vergeleken. Daarbij wordt voorts gezien in hoeverre het Nederlandse recht in overeenstemming is met het de Europese richtlijnen. Uit deze rechtsvergelijking kunnen mogelijk lessen worden getrokken ter verbetering van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. In *hoofdstuk 7* wordt aan de hand van de (rechts)economische literatuur beschreven hoe de consument en kredietgever, in verschillende hoedanigheden, worden geacht een kredietbeslissing te nemen en waar zich precies welke problemen kunnen voordoen. In *hoofdstuk 8* wordt onderzocht in hoeverre het Nederlandse recht de gevaren van overkreditering aanpakt en voorkomt dat consumenten onnodig worden belemmerd in hun krediettoegang. Uit deze rechtseconomische analyse kunnen mogelijk lessen worden getrokken ter verbetering van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. In *hoofdstuk 9* wordt, tot slot, eerst een samenvattend overzicht gegeven van de kredietwaardigheidstoets in het Neder-

¹⁶ HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167. Het feit dat er ook publiekrechtelijke sancties zijn verbonden aan de verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets doet kennelijk niets af aan de verplichting tot ambtshalve toetsing. Zie r.o. 37.

landse recht. Vervolgens worden, na een evaluatie van deze toets, verschillende aanbevelingen gegeven die zich richten tot het publiekrecht en het privaatrecht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een korte vooruitblik.

Dit onderzoek is afgesloten op 18 mei 2020. Latere ontwikkelingen zijn niet meer meegenomen in dit onderzoek.

2 Het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets

2.1 Inleiding

De kredietwaardigheidstoets is bedoeld om een problematische terugbetaalsituatie van de consument te voorkomen. Van deze situatie is sprake als de betaalcapaciteit te beperkt wordt geacht om tijdig te kunnen voldoen aan de betreffende terugbetaalplicht(en). De kredietwaardigheid van de consument wordt *ex-ante*, dus voor de kredietverstrekking, vastgesteld om een problematische terugbetaalsituatie *ex-post* te voorkomen. De kredietwaardige consument zal naar verwachting niet in een problematische terugbetaalsituatie geraken en de niet-kredietwaardige consument zal waarschijnlijk in die situatie belanden. Kredietverlening aan de laatstgenoemde consument is daarom onverantwoord. Als de voorgestelde krediettransactie desondanks wordt voortgezet, is sprake van overkreditering. Dit laatste begrip maakt duidelijk dat een problematische terugbetaalsituatie een stap dichterbij de werkelijkheid is gekomen. Hoewel een overgekrediteerde consument niet per definitie in een problematische terugbetaalsituatie terecht hoeft te komen, is er niettemin een onverantwoord risico genomen door het krediet aan die consument te verstrekken.

In dit hoofdstuk wordt het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets gepresenteerd. Dit raamwerk bestaat uit meerdere vragen. De ‘opsteller’ van de kredietwaardigheidstoets zal die vragen moeten beantwoorden voordat de ‘uitvoerder’ deze toets kan uitvoeren. In dit onderzoek wordt uitgegaan van twee soorten van opstellers. Ten eerste is er de juridische opsteller. Hiermee wordt bedoeld op de regelsteller, zoals de wetgever, toezichthouder of rechter, die de kredietgever opdraagt de kredietwaardigheid van de consument te toetsen voordat wordt overgegaan tot kredietverstrekking. Om duidelijk te maken wat de kredietgever, als uitvoerder, precies moet doen, moet de regelsteller, als opsteller, de vragen uit het raamwerk beantwoorden. Ten tweede is er de economische opsteller. Dit zijn de kredietpartijen zelf. Enerzijds is er de consument die een bepaalde behoefte wil vervullen en zich afvraagt of, en zo ja welke kredietaanvraag hij het beste kan indienen. Anderzijds is er de kredietgever die streeft naar winst en zich afvraagt of het verstandig is om de betreffende kredietaanvraag van de consument te accepteren. Los van de eventuele ‘juridische’ kredietwaardigheidstoets die de kredietgever van een regelsteller moet uitvoeren, wordt in dit onderzoek aangenomen dat de kredietpartijen een ‘eigen’ kredietwaardigheidstoets opstellen en uitvoeren voordat eventueel wordt overgegaan tot het indienen dan wel accepteren van een kredietaanvraag.¹⁷ Daarbij zullen de partijen dezelfde vragen beantwoorden als de vragen uit het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets.

¹⁷ De kredietwaardigheidstoets die de kredietgever *zelf* zal uitvoeren kan afwijken van de kredietwaardigheidstoets die hij *in juridisch opzicht* moet uitvoeren. Dit kan betekenen dat de kredietgever twee kredietwaardigheidstoetsen zal uitvoeren voordat hij eventueel overgaat tot acceptatie van een kredietaanvraag.

In dit boek verbindt het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets de juridische en economische hoofdstukken. In de juridische hoofdstukken wordt nagegaan hoe bepaalde regelstellers¹⁸ dit raamwerk hebben ingevuld. In het economische hoofdstuk wordt nagegaan hoe de consument en de kredietgever worden geacht dit raamwerk zelf te voorzien van een invulling. Het raamwerk heeft daarbij drie functies. Ten eerste wordt het raamwerk gebruikt om te laten zien hoe een bepaalde opsteller de kredietwaardigheidstoets heeft vormgegeven.¹⁹ Ten tweede fungeert het raamwerk als een middel om eventuele inconsistenties en onvolledigheden zichtbaar te maken.²⁰ Daarvan is sprake als de betreffende opsteller bepaalde vragen uit het raamwerk niet of niet consistent heeft beantwoord. Ten derde wordt het raamwerk gebruikt om een vergelijking te maken tussen meerdere kredietwaardigheidstoetsen.²¹ Verschillende opstellers kunnen immers andere antwoorden geven op dezelfde vragen. Dit kan leiden tot verschillende praktische uitkomsten. Denk bijvoorbeeld aan de consument die op basis van zijn ‘eigen’ kredietwaardigheidstoets tot een kredietbeslissing komt die afwijkt van de beslissing die volgt uit de ‘juridische’ kredietwaardigheidstoets. Vanuit een juridisch perspectief kunnen in dat geval vragen worden gesteld over de doeltreffendheid van de regels. Aangenomen dat de consument zichzelf, naar zijn maatstaven, terecht kredietwaardig acht, is een aanpassing van de regels mogelijk wenselijk als hij naar juridische maatstaven moet worden aangemerkt als niet-kredietwaardig. Andersom is het denkbaar dat dat de consument zichzelf, naar eigen maatstaven, op onjuiste gronden kredietwaardig acht, en vervolgens ook in juridisch verband wordt gezien als kredietwaardig. Deze consument kan de beschikking krijgen over krediet, terwijl hij waarschijnlijk in een problematische terugbetaalsituatie zal belanden. In dat geval kan een aanpassing van de regels er eventueel voor zorgen dat deze consument beter wordt beschermd tegen de overkreditering.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt ingegaan op het begrip problematische terugbetaalsituatie (paragraaf 2.2). Dit begrip wordt besproken omdat de kredietwaardigheidstoets is bedoeld om deze terugbetaalsituatie te voorkomen. Daarna worden de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets geïntroduceerd (paragraaf 2.3). Dit zijn de stappen die de uitvoerder uiteindelijk zal doorlopen om tot een kredietbeslissing te komen. Tot slot wordt een overzicht gegeven van het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets (paragraaf 2.4). In dit raamwerk liggen zowel het begrip problematische terugbetaalsituatie als de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets besloten.

¹⁸ Zoals bijvoorbeeld de Nederlandse rechter, toezichthouder of wetgever.

¹⁹ Zie de hoofdstukken 3, 4, 5 en 7.

²⁰ Dit komt terug in de (tussen)conclusies van de juridische hoofdstukken.

²¹ Zie hoofdstuk 6 en 8 alsook de conclusies van de hoofdstukken 3, 4 en 5.

2.2 De problematische terugbetaalsituatie als maatstaf

2.2.1 Inleiding

Een consument is kredietwaardig als hij, als gevolg van de beoogde kredietverlening, naar verwachting niet in een problematische terugbetaalsituatie zal belanden. Het begrip problematische terugbetaalsituatie is daarmee te zien als een maatstaf van de kredietwaardigheid. Van een problematische terugbetaalsituatie is, kort gezegd, sprake als de betaalcapaciteit van de consument te beperkt wordt geacht om tijdig te kunnen voldoen aan de terugbetaalplichten. De betaalcapaciteit staat in dit verband gelijk aan hetgeen de consument in de betreffende periode aan liquide middelen verkrijgt of redelijkerwijs kan verkrijgen. Deze middelen kunnen niet alleen voortvloeien uit de periodieke inkomsten, maar ook uit hetgeen de consument kan inruilen om die inkomsten tijdig aan te vullen. Gedacht kan worden aan het aanwenden van spaartegoeden, het verkopen van goederen en het opofferen van vrije tijd of woonruimte.²²

Er is geen vaste invulling van het begrip problematische terugbetaalsituatie. In de literatuur is daarom diverse keren gezocht naar gemeenschappelijk factoren die terugkomen in bestaande definities.²³ Zo heeft Schicks bijvoorbeeld opgemerkt dat definities veelal iets zeggen over de vereiste ernst van de terugbetaalproblemen.²⁴ Er zijn bijvoorbeeld definities die spreken van een problematische terugbetaalsituatie als iemand zich gedwongen voelt te bezuinigen op bepaalde uitgaven, terwijl in andere gevallen daarvan wordt gesproken als de consument structureel niet voldoet aan de terugbetaalplichten.²⁵ In een soortgelijk onderzoek heeft de Europese Commissie een onderscheid gemaakt tussen vier dimensies die besloten kunnen liggen in dit begrip.²⁶ Zo gaat de economische dimensie over de omvang van de schuldenlast, terwijl de tijdsdimensie zich richt op de tijdsduur van de terugbetaalproblemen. Tot slot hebben de sociale en psychologische dimensies betrekking op de ernst van de niet-financiële problemen die kunnen ontstaan als iemand te veel of juist te weinig krediet krijgt.²⁷

Hierna wordt duidelijk welke stappen er doorlopen moeten worden om het begrip problematische terugbetaalsituatie te kunnen voorzien van een concrete invulling. Anders

²² Zie Villarreal 2013, p. 56 voor een voorbeeld over een consument die de woning deels verhuurde om te kunnen voldoen aan de hypothecaire terugbetaalplichten. Overigens kan de consument, in zijn zoektocht naar liquide middelen, ook een (nieuw) krediet opnemen. Dit komt feitelijk neer op het opofferen van een nog te verkrijgen inkomen. Ook dat laatste kan een onderdeel vormen van de betaalcapaciteit van de consument.

²³ Zie Europese Commissie 2008 en Schicks 2011a die aandacht heeft voor definities uit o.a. het juridische en economische veld. Zie hierover ook Reifner e.a. 2010, Guérin e.a. 2013, Johnson 2013 en Ferretti & Vandone 2019. In de literatuur wordt het begrip problematische terugbetaalsituatie vaak aangeduid als 'overkreditering'. Dit komt omdat er wordt geredeneerd vanuit de situatie waarin er al terugbetaalproblemen zijn. In dit onderzoek wordt echter geredeneerd vanuit de situatie voordat krediet wordt verleend. Het onderscheid tussen het moment van kredietverstrekking en het ontstaan van problemen is dan relevanter. In dit onderzoek wordt, kort gezegd, gesproken van 'overkreditering' als er krediet wordt verstrekt aan een niet-kredietwaardige consument. De kans is dan onaanvaardbaar groot dat hij in een problematische terugbetaalsituatie belandt.

²⁴ Schicks 2011a.

²⁵ Ibid.

²⁶ Europese Commissie 2008, p. 37.

²⁷ Ibid.

dan in de bestaande literatuur, wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen twee keuzes die de ‘opsteller’ van dit begrip moet maken en drie concrete vragen die hij vervolgens moet beantwoorden. De twee keuzes hebben betrekking op het perspectief van waaruit naar de terugbetaalsituatie wordt gekeken (paragraaf 2.2.2) en de vraag wanneer de problemen groot genoeg zijn om als problematisch te worden aangemerkt (paragraaf 2.2.3). De drie vragen hebben betrekking op de onderdelen van de betaalcapaciteit die de consument mag opofferen om te voldoen aan de terugbetaalplichten (paragraaf 2.2.4). Pas als deze vragen zijn beantwoord, kan in een concreet geval worden vastgesteld of sprake is van een problematische terugbetaalsituatie.

2.2.2 De consumentgerichte en kredietgevergerichte benadering

De eerste keuze heeft betrekking op de vraag of een terugbetaalsituatie naar verwachting problematisch moet zijn voor de kredietgever dan wel voor de kredietnemer. In dit verband kunnen er twee benaderingen worden onderscheiden. Ten eerste is er de kredietgevergerichte benadering waarin de nadruk ligt op de vraag *of* de consument kan terugbetalen. Ten tweede is er de consumentgerichte benadering waarin de nadruk ligt op de vraag *hoe* de consument kan terugbetalen. Beide benaderingen bouwen voort op het moment waarop de nadelige gevolgen van de kredietverstrekking door de betreffende kredietpartij worden gevoeld.²⁸ In de kredietgevergerichte benadering is in beginsel (pas) sprake van een problematische terugbetaalsituatie als de consument insolvent is en de kredietgever dus geen mogelijkheden heeft om de openstaande kredietvordering volledig voldaan te krijgen. In de consumentgerichte benadering is echter (al) sprake van een problematische terugbetaalsituatie als de consument terugbetaaloffers moet maken die vanuit zijn oogpunt als onacceptabel worden gezien.

Het voorgaande laat zien dat er verschillend tegen dezelfde terugbetaalsituatie kan worden aangekeken. Ter illustratie kan worden gewezen op een, in de literatuur besproken, voorbeeld over groepsleningen waarbij leden mede verantwoordelijk waren voor elkaars terugbetalingen.²⁹ Hierdoor bestond de betaalcapaciteit van de ene consument mede uit de betaalcapaciteit van de andere consument. In de kredietgevergerichte benadering is dit positief voor zover hierdoor de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit zijn uitgebreid. De kredietgever kan immers een beroep doen op het gehele vermogen van elk van de hoofdelijk verbonden schuldenaren. In de consumentgerichte benadering is dit niet altijd positief. Bedacht moet worden dat de niet-betalende consument sociale of psychologische problemen kan krijgen juist omdat iemand anders voor hem heeft moeten betalen.³⁰ Bovendien kan de wel-betalende consument in de problemen komen door de terugbetaaloffers die hij namens een ander heeft moeten maken. Voor zover de terugbetaaloffers leiden tot ernstige gevolgen voor de consument, is alleen in de consumentgerichte benadering sprake van een problematische

²⁸ Schicks 2011b.

²⁹ Johnson 2013, p. 72 t/m 76.

³⁰ Overigens lijken, in het door Johnson besproken voorbeeld, de sociale gevolgen mee te vallen. Zie Johnson 2013, p. 73.

terugbetaalsituatie.³¹ Overigens doet de tegenovergestelde situatie zich voor als een niet-betalende consument over voldoende mogelijkheden beschikt om zijn leefstijl te kunnen handhaven en de kredietgever desondanks geen mogelijkheid ziet om zijn geld terug te krijgen. Er is dan alleen in de kredietgevergerichte benadering sprake van een problematische terugbetaalsituatie. In de literatuur is het voorgaande als volgt samengevat:

‘Insolvent consumers may not be overindebted if their family and friends can help them, if they still have access to new credit or recourse to other resources, and if they want to use them. Instead solvent consumers may be overindebted because the burden of debts due in the future will gradually lead to deterioration in their living conditions.’³²

Vanuit een economisch perspectief is vrij duidelijk welke benadering wanneer wordt gevolgd.³³ De consument en kredietgever worden immers geacht vanuit hun eigen perspectief naar een terugbetaalsituatie te kijken. Het is daarom niet vreemd dat ze verschillende kredietwaardigheidsstoetsen zullen uitvoeren. Teneinde hun ‘eigen’ problematische terugbetaalsituatie te voorkomen, zal de kredietgever zich vooral richten op de vraag *of* de betreffende consument kan terugbetalen, terwijl de consument kritischer zal kijken naar de vraag *hoe* hij dat zal kunnen doen. Vanuit een juridisch perspectief is de keuze voor de benadering minder evident. Veel zal immers afhangen van het beschermingsdoel van de regelgever. Anders dan de kredietpartijen doorgaans zelf zullen doen, kan de regelgever daarbij verder kijken dan het individuele belang van de kredietgever of consument. Zo heeft de recente wereldwijde kredietcrisis bijvoorbeeld laten zien dat de stabiliteit van financiële markten ernstig kan worden aangetast als te veel consumenten niet kunnen terugbetalen. De regelgever kan daarom besluiten kredietgevers te verplichten vooraf een zorgvuldig(er) onderzoek te doen naar de vraag *of* de consument het beoogde krediet, inclusief rente, kan terugbetalen. De keus voor de kredietgevergerichte benadering is dan mede ingegeven door algemene belangen die zijn gemoeid met de terugbetaling van kredieten.

2.2.3 De onaanvaardbare en ongewenste terugbetaalsituatie

De tweede keuze gaat over de vereiste ernst van de terugbetaalproblemen. Binnen dezelfde benadering kan die grens op verschillende punten worden gelegd. In dit verband wordt een onderscheid gemaakt tussen twee type terugbetaalsituaties, te weten de ongewenste en de onaanvaardbare terugbetaalsituatie. Van een ongewenste terugbetaalsituatie is sprake als de betreffende kredietpartij wordt geacht *niet-volledig* tevreden te zijn met de terugbetaalsituatie. Van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie is sprake als die kredietpartij wordt geacht *volledig-niet* tevreden te zijn met deze situatie. Hoewel dit een vrij basaal onderscheid betreft, is het bedoeld om te laten zien dat niet altijd even snel wordt gesproken van een problematische terugbetaalsituatie. Er is

³¹ In deze lijn merkt Johnson op dat de problematiek rondom overkreditering niet kan worden los gezien van de sociale en psychologische gevolgen. Zie Johnson 2013, p. 82. Zie voorts Europese Commissie 2008, p. 37 en Guérin e.a. 2013, p. 7 en 8.

³² Reifner e.a. 2010, p. 1.

³³ Zie hierna hoofdstuk 7.

immers sneller sprake van een ongewenste dan van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie. Hoewel dit onderscheid in de literatuur niet als zodanig is terug te vinden,³⁴ heeft Schicks een soortgelijke gelaagdheid opgemerkt in de bestaande definities:

‘(..) definitions further differ in the sacrifices they expect from borrowers. In many countries, bankruptcy proceedings require debtors to give up all income and assets above a certain minimum existence level (..) A less severe option is to consider borrowers over-indebted if they need to reduce their spending beyond what they are accustomed to or make more sacrifices than expected (..).’³⁵

In de kern geven beide type terugbetaalsituaties duidelijkheid over de toelaatbare afstand tot de gewenste terugbetaalsituatie. Die laatste situatie kenmerkt zich door een kredietpartij die wordt geacht volledig-tevreden te zijn met de huidige terugbetaalsituatie. Vanuit een economisch oogpunt wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de kredietgever streeft naar winst.³⁶ In beginsel zal de kredietgever daarom alleen krediet willen verstrekken aan een consument die naar verwachting *kan* en *wil* voldoen aan de daaruit voortvloeiende terugbetaalplichten. Als die verwachtingen vervolgens uitkomen, is dus sprake van de gewenste terugbetaalsituatie voor de kredietgever. Van een ongewenste terugbetaalsituatie kan bijvoorbeeld worden gesproken als de consument na de kredietverstrekking wel kan, maar niet wil terugbetalen. De kredietgever zal dan extra kosten moeten maken om de terugbetaling alsnog voor elkaar te krijgen. Hoewel het meer winstgevend zou zijn geweest als de consument uit eigen beweging had terugbetaald (= de gewenste terugbetaalsituatie), kan de kredietinvestering van de kredietgever alsnog tot een enigszins positief einde worden gebracht. Omdat de feitelijke situatie ‘iets’ afwijkt van de gewenste terugbetaalsituatie, is niettemin sprake van een ongewenste terugbetaalsituatie voor de kredietgever. Deze situatie onderscheidt zich daarmee van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie waarvan bijvoorbeeld sprake is als de consument met geen mogelijkheid kan terugbetalen en de kredietgever hooguit nog kan proberen om zijn verlies te beperken. Er is dan meer aan de hand dan een minimale afwijking van de gewenste terugbetaalsituatie voor de kredietgever.

De hiervoor besproken voorbeelden zijn ingestoken vanuit een kredietgevergerichte benadering. Er is laten zien wat een ongewenste of onaanvaardbare terugbetaalsituatie kan zijn voor de kredietgever. Omdat in een consumentgerichte benadering het perspectief van de consument centraal staat, kan er in deze benadering een andere invulling worden gegeven aan beide terugbetaalsituaties. Zo wordt bijvoorbeeld de consument vanuit een economisch oogpunt geacht krediet te nemen met een bepaald doel.³⁷ Daarbij geldt, hoe belangrijker hij dat doel vindt, hoe meer terugbetaalloffers hij daarvoor zal willen maken. De consument zal zijn uiteindelijke kredietaanvraag daar dan

³⁴ Er kan eventueel een koppeling worden gemaakt met het onderscheid tussen *doing well* en *feeling well*. Zie Johnson 2013, p. 69. Dit onderscheid is echter gericht op de positie van de consument, terwijl het model uit dit boek ook betrekking kan hebben op de positie van de kredietgever. Een neutrale(re) vormgeving is daarom beter.

³⁵ Schicks 2011a, p. 6.

³⁶ Zie paragraaf 7.3.3.

³⁷ Zie paragraaf 7.3.2.

ook op afstemmen. Aangenomen dat die aanvraag door de kredietgever is gehonoreerd, is vervolgens sprake van een ongewenste terugbetaalsituatie als de consument, door bijvoorbeeld een onverwachte inkomstendaling, terugbetaalloffers moet maken die hij liever niet wil maken, terwijl wordt gesproken van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie als de consument terugbetaalloffers moet maken die volgens hem zakken door de nog aanvaardbare ondergrens. In het eerste geval zijn de kosten en baten van het krediet dus ‘iets’ uit balans, terwijl de kosten van het krediet in het laatste geval worden aangemerkt als ‘buitensporig’.³⁸ Hoewel er in beide gevallen een problematische terugbetaalsituatie is ontstaan voor de consument, zijn beide situaties niet automatisch ook problematisch voor de kredietgever. Sterker, voor zover de consument in beide terugbetaalsituaties ‘gewoon’ blijft voldoen aan de terugbetaalplichten, kan er sprake zijn van de gewenste terugbetaalsituatie voor de kredietgever.³⁹ Dezelfde terugbetaalsituatie is in dat geval een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de één en de gewenste terugbetaalsituatie voor de ander.

In juridisch opzicht vormt het begrip problematische terugbetaalsituatie veelal een onderdeel van regels die ook de belangen van derden raken. Dergelijke belangen kunnen de keus voor een bepaalde terugbetaalsituatie dan ook ondersteunen. Een voorbeeld daarvan zijn de definities die worden gebruikt in het kader van de schuldsanering.⁴⁰ Veel van deze definities spreken van een problematische terugbetaalsituatie als de consument slechts kan terugbetalen door te bezuinigen op de noodzakelijk geachte kosten van levensonderhoud (= onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument). Door te voorkomen dat de consument snel in aanmerking komt voor vervroegde schuldverlichting, wordt mede tegemoetgekomen aan de belangen van schuldeisers. Een kredietgever kan immers zelf in de problemen komen als hij een kredietvordering moet afschrijven (= onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de kredietgever). Als meerdere kredietgevers veel kredietvorderingen tegelijkertijd moeten afschrijven, kan zelfs de stabiliteit van de financiële markten en de economie in bredere zin worden aangetast. Overigens kunnen zulke belangen ook de keus voor de gewenste terugbetaalsituatie ondersteunen. Zo lijkt bijvoorbeeld een financieel adviseur de consument te moeten ondersteunen bij zijn zoektocht naar de beste kredietbeslissing die hij op dat moment kan nemen (= streven naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument).⁴¹ Hierbij is niet alleen de consument, maar ook de economie in bredere zin gebaat. Zo zal een tevreden consument immers sneller bereid zijn om opnieuw zaken te doen met een financiële instelling dan een ontevreden consument.⁴²

³⁸ Let wel: het gaat er in dit voorbeeld om hoe de *betreffende* consument naar de terugbetaalsituatie kijkt.

³⁹ Dit wordt verder besproken in hoofdstuk 7.

⁴⁰ Zie Europese Commissie 2008, p. 34 e.v. waarin definities worden aangehaald die in diverse landen worden gebruikt in het kader van schuldverlichtingstrajecten.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld AFM Leidraad Hypotheekadvisering 2010, afl. 2, p. 5 waaruit volgt dat de adviseur op bepaalde punten verder moet gaan dan de *execution-only* aanbieder van krediet.

⁴² Zie in dezelfde zin *Kamerstukken II* 1987/88, 19785, nr. 7, p. 3 en 4.

2.2.4 Het vaststellen van een problematische terugbetaalsituatie

Voordat kan worden vastgesteld of de consument zich daadwerkelijk in een problematische terugbetaalsituatie bevindt, zal de ‘opsteller’ van dit begrip een antwoord moeten geven op drie vragen. Deze vragen, die hierna worden toegelicht, zijn neutraal in die zin dat het niet uitmaakt vanuit welke benadering naar de terugbetaalsituatie wordt gekeken (paragraaf 2.2.2) en voor welk type terugbetaalsituatie wordt gekozen (paragraaf 2.2.3). Hoewel de drie vragen dus moeten worden beantwoord ongeacht de keuzes die zijn gemaakt, maakt het voor de antwoorden zelf wel uit welke keuzes er zijn gemaakt. Wanneer bijvoorbeeld is gekozen voor een kredietgevergerichte benadering, kunnen de antwoorden op de drie vragen afwijken van de antwoorden die voortvloeien uit de keuze voor een consumentgerichte benadering.

De eerste vraag luidt: *welke onderdelen van de betaalcapaciteit kunnen toelaatbaar worden opgeofferd voor de terugbetaling van het krediet?* Zoals eerder beschreven, bestaat de betaalcapaciteit uit hetgeen de consument in de betreffende periode aan liquide middelen verkrijgt of redelijkerwijs kan verkrijgen. Deze middelen kunnen niet alleen voortvloeien uit de periodieke inkomsten, maar ook uit hetgeen de consument kan inruilen om zijn inkomen tijdig aan te vullen. Als eenmaal een antwoord is gegeven op deze vraag, kan worden vastgesteld of de consument beschikt over voldoende betaalcapaciteit. Ter illustratie kan worden gewezen op de volgende definitie die laat zien dat de consument niet mag bezuinigen op de redelijke kosten voor levensonderhoud. De consument moet dus een deel van zijn betaalcapaciteit overhouden voor deze uitgaven. Meer concreet is dan sprake van een problematische terugbetaalsituatie als consumenten:

‘(..) are persistently unable to meet from their income reasonable living expenses and deferred payments as they fall due.’⁴³

De tweede vraag luidt: *binnen welk tijdsbestek moet het kredietbedrag kunnen zijn terugbetaald?* Ook de consument die elke maand beschikt over voldoende betaalcapaciteit om tijdig te kunnen voldoen aan de terugbetalingsplichten, kan in een problematische terugbetaalsituatie zitten. In dat geval heeft de consument zijn periodieke betaalcapaciteit ‘te vaak’ moeten aanspreken voor de terugbetaling van het krediet. In die lijn volgt uit de volgende definitie dat de consument zijn periodieke betaalcapaciteit niet oneindig mag aanspreken:

‘Er is sprake van problematische schulden wanneer het bedrag dat in 36 maanden kan worden afgelost op de schulden, lager is dan de totale schuldenlast.’⁴⁴

De derde vraag luidt tot slot: *in hoeverre is het aanvaardbaar dat de betaalcapaciteit (tussentijds) tekortschiet?* Deze vraag laat zien dat een tijdelijke financiële tegenslag

⁴³ Europese Commissie 2008, p. 35.

⁴⁴ Afgeleid uit Panteia 2015, p. 34.

niet altijd hoeft te betekenen dat er (ook) sprake is van een problematische terugbetaalsituatie.⁴⁵ Tot op zekere hoogte kan het dus toelaatbaar zijn dat de consument terugbetaalloffers moet maken die, op zichzelf bezien, als ontoelaatbaar kunnen worden aangemerkt. Zie bijvoorbeeld de volgende definitie die spreekt van een problematische terugbetaalsituatie als de consument:

‘(..) is continuously struggling to meet repayment deadlines and structurally has to make unduly high sacrifices related to his/her loan obligations.’⁴⁶

2.2.5 Tussenconclusie

Voordat het begrip problematische terugbetaalsituatie kan worden voorzien van een concrete invulling, moet de ‘opsteller’ van dit begrip twee keuzes maken.

<i>Keuze I</i>	Wordt aangesloten bij een kredietgevergerichte of een consumentgerichte benadering? In de kredietgevergerichte benadering wordt bezien of de terugbetaalsituatie problematisch is vanuit het oogpunt van de kredietgever. In de consumentgerichte benadering wordt nagegaan of de terugbetaalsituatie problematisch is vanuit het oogpunt van de consument.
<i>Keuze II</i>	Wordt aangesloten bij de ongewenste of onaanvaardbare terugbetaalsituatie? In het eerste geval is (al) sprake van een problematische terugbetaalsituatie als de betreffende kredietpartij wordt geacht niet-volledig tevreden te zijn met de terugbetaalsituatie. In het tweede geval is daarvan (pas) sprake als diegene wordt geacht daarmee volledig-niet tevreden te zijn.

In lijn met deze keuzes, moeten vervolgens drie vragen worden beantwoord. Pas daarna kan in een concreet geval worden bepaald of sprake is van een problematische terugbetaalsituatie.

<i>Vraag I</i>	Welke onderdelen van de betaalcapaciteit kunnen toelaatbaar worden opgeofferd voor de terugbetaling van het krediet?
<i>Vraag II</i>	Binnen welk tijdsbestek moet het kredietbedrag kunnen zijn terugbetaald?
<i>Vraag III</i>	In hoeverre is het aanvaardbaar dat de betaalcapaciteit (tussentijds) tekortschiet?

Kortom, er is in beginsel sprake van een problematische terugbetaalsituatie als de consument (i) te weinig betaalcapaciteit heeft om (ii) binnen een zekere periode te kunnen voldoen aan de terugbetaalplichten. Niettemin kan het tot op zekere hoogte aanvaardbaar zijn dat de consument (iii) tijdelijk ‘ontoelaatbare terugbetaalloffers’ moet maken. Het is aan de opsteller van dit begrip om deze drie punten – in lijn met de twee besproken keuzes – uit te werken.

⁴⁵ Schicks 2011a, p. 3 en Europese Commissie 2008, p. 37.

⁴⁶ Schicks 2011a. Deze definitie lijkt economisch van aard omdat het aansluit bij de ervaring van de betreffende consument.

2.3 De toets van kredietwaardigheid

2.3.1 Inleiding

De kredietwaardigheidstoets fungeert als een middel om een problematische terugbetaalsituatie van de consument te voorkomen. Er wordt een onderzoek uitgevoerd om te bezien in welke terugbetaalsituatie de consument, als gevolg van de kredietverlening, naar verwachting zal belanden. De consument is vervolgens kredietwaardig als blijkt dat de kans op het ontstaan van een problematische terugbetaalsituatie aanvaardbaar klein is. Hoewel er altijd een kans bestaat dat een kredietwaardige consument in een problematische terugbetaalsituatie terechtkomt, wordt die kans bij een niet-kredietwaardige consument op voorhand als te groot gezien. In dat laatste geval ligt het voor de hand dat de betreffende krediettransactie niet zal plaatsvinden.⁴⁷ Tegen deze achtergrond worden hierna de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets gepresenteerd (paragraaf 2.3.2). Elke stap valt uiteen in meerdere vragen. Een antwoord op deze vragen is vereist voordat er een kredietwaardigheidstoets kan worden uitgevoerd.

2.3.2 De drie stappen: onderzoek, beoordeling en beslissing

De eerste stap van de kredietwaardigheidstoets staat in het teken van het onderzoek naar de financiële positie van de consument. De uitvoerder van de kredietwaardigheidstoets brengt in deze stap de (verwachte) betaalcapaciteit van de consument in beeld. De tweede stap heeft betrekking op de beoordeling van de kredietwaardigheid. De uitvoerder vertaalt in deze stap de reeds vergaarde gegevens over de betaalcapaciteit naar een concreet oordeel over de kredietwaardigheid. De consument is uiteindelijk kredietwaardig of niet-kredietwaardig. De derde stap ziet op de kredietbeslissing. Bij deze stap maakt het nogal uit wie de uitvoerder van de kredietwaardigheidstoets is.⁴⁸ Als de consument zijn eigen kredietwaardigheid heeft getoetst, zal hij moeten beslissen of er wel of geen kredietaanvraag wordt ingediend. Als de kredietgever de kredietwaardigheid heeft getoetst, zal hij moeten beslissen of de betreffende kredietaanvraag wel of niet wordt geaccepteerd. In het volgende schema staan de drie stappen en de relevante vragen in een overzicht.⁴⁹

Stap 1: onderzoek	<ul style="list-style-type: none">- Welke gegevens over de betaalcapaciteit van de consument worden op welke wijze verzameld?- In hoeverre worden gegevens geverifieerd?
Stap 2: beoordeling	<ul style="list-style-type: none">- Op welke onderdelen van de betaalcapaciteit mag de kredietwaardigheid worden afgestemd?- In hoeverre worden er grenzen gesteld aan de terugbetaalperiode?- In hoeverre wordt rekening gehouden met eventuele veranderingen van de betaalcapaciteit van de consument?

⁴⁷ Denk bijvoorbeeld aan de consument die ervoor kiest om zijn kredietaanvraag in te trekken of de kredietgever die de betreffende kredietaanvraag afwijst.

⁴⁸ Vanzelfsprekend geldt dit ook voor de andere twee stappen.

⁴⁹ In juridisch opzicht worden deze vragen beantwoord door de regelsteller, zoals de wetgever, waarna het stokje wordt overgedragen aan de uitvoerder, zoals de kredietgever. In economisch opzicht worden de consument en kredietgever geacht de kredietwaardigheidstoets zelf op te stellen én uit te voeren. Deze actoren zullen zichzelf dezelfde vragen stellen als de vragen die in het schema staan.

Stap 3: beslissing	- Welke beslissing volgt op een positief of negatief kredietwaardigheidsoordeel?
--------------------	--

In dit schema staan vragen die ook naar voren zijn gekomen bij de bespreking van het begrip problematische terugbetaalsituatie (paragraaf 2.2.5).⁵⁰ Voorts bevat dit schema vragen over de vereiste omgang met de voorzienbare toekomst. De kredietwaardigheidstoets wordt immers uitgevoerd om een inschatting te maken van de situatie na de beoogde kredietverstrekking. Er is daarom ook aandacht voor de vraag in hoeverre er een onderzoek moet worden gedaan naar de voorzienbare toekomst, en in welke mate veranderingen van de betaalcapaciteit kunnen doorwerken in het kredietwaardigheidsoordeel.⁵¹ Er zijn bijvoorbeeld verschillende manieren om rekening te houden met negatieve veranderingen van de betreffende betaalcapaciteit. Zo is het mogelijk dat er op voorhand een deel van de betaalcapaciteit wordt gereserveerd zodat de consument na de beoogde kredietverstrekking enige ruimte heeft om *eventuele* tegenslagen te kunnen opvangen. De consument leent in dat geval een kleiner bedrag dan hij, gelet op de omvang van zijn huidige betaalcapaciteit, verantwoord zou kunnen lenen. Het is echter ook denkbaar dat er alleen wordt gehandeld naar *specifiek* voorzienbare tegenslagen. Er worden dan bijvoorbeeld maatregelen getroffen die zijn bedoeld om de betaalbaarheid van het krediet in dat specifieke scenario te garanderen. Gedacht kan worden aan het afsluiten van een passende verzekering of aan het vastleggen van een afspraak waaruit volgt dat de terugbetaalplichten in dat scenario tijdelijk worden verlaagd.

2.4 Een overzicht van het raamwerk

Het raamwerk van de kredietwaardigheidstoets bestaat uit drie aspecten. In dit raamwerk zijn het begrip problematische terugbetaalsituatie en de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets verwerkt. Voordat een kredietwaardigheidstoets kan worden uitgevoerd, is duidelijkheid vereist over deze aspecten.⁵²

Het eerste aspect heeft betrekking op de benadering van de kredietwaardigheidstoets (paragraaf 2.2.2). Er wordt een onderscheid gemaakt tussen een kredietgevergerichte en consumentgerichte kredietwaardigheidstoets.⁵³ In de kredietgevergerichte benadering concentreert de kredietwaardigheidstoets zich op de vraag *of* de consument kan terugbetalen. Deze benadering richt zich primair op de gevolgen van de kredietverlening die relevant zijn voor de kredietgever. In de consumentgerichte benadering gaat het vooral om de vraag *hoe* de consument kan terugbetalen. Deze benadering richt zich

⁵⁰ Op deze manier wordt bevestigd dat de kredietwaardigheidstoets is bedoeld om een problematische terugbetaalsituatie te voorkomen.

⁵¹ In dit verband is overigens relevant hoe tegen risico's moet worden aangekeken. Voor zover de bereidheid tot het nemen van risico's groter is, zal bijvoorbeeld de consument met een tijdelijk dienstverband eerder als kredietwaardig kunnen worden aangemerkt dan wanneer de bereidheid tot het nemen van risico's lager is.

⁵² Hierna wordt onderzocht hoe bepaalde juridische regelstellers, zoals een rechter of wetgever, en economische actoren, de consument en de kredietgever zelf, deze aspecten hebben voorzien of worden geacht te voorzien van een concrete invulling.

⁵³ De voorganger van de huidige Engelse toezichthouder heeft eenzelfde onderscheid gemaakt tussen een *borrower-focussed* en een *creditor-focussed test*. Zie OFT 2011.

primair op de gevolgen van de kredietverlening die relevant zijn voor de consument. Meer specifiek wordt hierna uitgegaan van het volgende. Ten eerste kenmerkt een kredietgevergerichte toets zich, normaal gesproken,⁵⁴ door een onderzoek naar de omvang van de *afdwingbare* betaalcapaciteit. Deze betaalcapaciteit bestaat uit de onderdelen waarvan de opoffering eventueel kan worden afgedwongen door de kredietgever. Ten tweede kenmerkt een consumentgerichte toets zich, normaal gesproken,⁵⁵ door een onderzoek naar de omvang van *acceptabele* betaalcapaciteit. Deze betaalcapaciteit bestaat uit onderdelen waarvan de opoffering wordt geacht te leiden tot acceptabele gevolgen voor de consument.

Het tweede aspect borduurt voort op het type terugbetaalsituatie dat wordt getracht te voorkomen of bereiken (paragraaf 2.2.3). Er wordt een onderscheid gemaakt tussen het streven naar de gewenste terugbetaalsituatie en het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie.⁵⁶ Als wordt gestreefd naar de gewenste terugbetaalsituatie wordt gezocht naar de beste kredietbeslissing die de consument of kredietgever – dit is immers afhankelijk van de benadering die wordt gevolgd – op dat moment kan nemen. Deze beslissing doet recht aan de voorkeuren van de betreffende kredietpartij en is mede afhankelijk van de financiële positie van de consument.⁵⁷ Als de nadruk ligt op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie, wordt onderzocht of de kredietbeslissing slecht genoeg is om te veronderstellen dat de betreffende partij daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Anders dan in het eerste geval, kan de consument in dat laatste geval (al) kredietwaardig zijn, ook al is duidelijk dat de betreffende kredietpartij een betere kredietbeslissing zal kunnen nemen dan de beslissing om de betreffende kredietaanvraag in te dienen of te accepteren.

Het derde aspect richt zich op de invulling van de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets (paragraaf 2.3.2). De drie stappen betreffen het onderzoek naar de betaalcapaciteit, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de kredietbeslissing. De concrete invulling van deze stappen is afhankelijk van de gemaakte keuzes over de benadering van de kredietwaardigheidstoets en het type terugbetaalsituatie dat wordt getracht te voorkomen of te bereiken. Zo kan het nogal uitmaken of een kredietwaardigheidstoets bijvoorbeeld is gericht op het bereiken van de gewenste terugbetaalsituatie

⁵⁴ Let wel: dit is een enge definitie van een kredietgevergerichte kredietwaardigheidstoets. Uiteindelijk gaat het om de terugbetaalkans. In plaats van een onderzoek naar de afdwingbare betaalcapaciteit, kan de kredietgever er ook voor kiezen om de kredietwaardigheid te koppelen aan statistische gegevens die iets zeggen over de terugbetaalkans. Er wordt dan bijvoorbeeld een vergelijking gemaakt met het terugbetaalgedrag van vergelijkbare consumenten. Zie ook paragraaf 7.3.3.3.

⁵⁵ Let wel: dit is een enge definitie van een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets. In bredere zin kenmerkt deze kredietwaardigheidstoets zich door een onderzoek naar de mate waarin de beoogde kredietverlening leidt tot (on)acceptabele gevolgen voor de consument. De consument kan in deze benadering kredietwaardig zijn zelfs als hij *niet* kan of wil terugbetalen. De gevolgen van niet-betalen zijn dan acceptabel(er). Zie ook paragraaf 7.3.2.4.

⁵⁶ Hiervoor is gekozen omdat beide doelstellingen het meest ver uit elkaar staan.

⁵⁷ De beste kredietbeslissing voor de kredietgever kan bijvoorbeeld zijn: het accepteren van een kredietaanvraag waarbij er een goede kans is dat de consument op de beoogde wijze zal terugbetalen. De beste kredietbeslissing voor de consument kan zijn: het indienen van een kredietaanvraag waarbij de baten van het krediet naar verwachting de kosten daarvan zullen overstijgen. Zie hierover verder hoofdstuk 7.

voor de consument of op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de kredietgever.⁵⁸

⁵⁸ Zie paragraaf 2.2.3 voor een uitleg over de verschillen tussen deze terugbetaalsituaties.

3 De kredietwaardigheidstoets in het Europese recht

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de kredietwaardigheidstoets uit de Richtlijn consumentenkrediet⁵⁹ en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten.⁶⁰ Per richtlijn wordt eerste een overzicht gegeven van de relevante bepalingen. Daarna wordt onderzocht in hoeverre de drie, in paragraaf 2.4 beschreven, aspecten van de kredietwaardigheidstoets in de richtlijn zijn vormgegeven. In dat laatste verband wordt ten eerste stilgestaan bij de benadering van de kredietwaardigheidstoets. Volgt deze een kredietgevergerichte of een consumentgerichte benadering? Ten tweede wordt ingegaan op het type terugbetaalsituatie dat de kredietwaardigheidstoets beoogt te bereiken of voorkomen. Wordt er gestreefd naar de gewenste terugbetaalsituatie? Of moet voorkomen worden dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie belandt? Ten derde wordt bezien hoe de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets zijn vormgegeven. Deze stappen bestaan uit het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Tegen de voorgaande achtergrond wordt hierna ingegaan op de Richtlijn consumentenkrediet (paragraaf 3.2) en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten (paragraaf 3.3). In de conclusie worden de bevindingen uit deze paragrafen met elkaar vergeleken (paragraaf 3.4).

3.2 De kredietwaardigheidstoets in de Richtlijn consumentenkrediet

3.2.1 Inleiding

De Richtlijn consumentenkrediet komt uit 2008 en werkt toe naar een goed functionerende kredietmarkt met een hoog niveau van consumentenbescherming.⁶¹ Volgens de richtlijnopstellers is de voorloper van deze richtlijn er onvoldoende in geslaagd om dat laatste te realiseren. Met name het minimumharmoniserende karakter van de oude richtlijn heeft bijgedragen aan het gegeven dat de wetgeving en het niveau van consumentenbescherming binnen de Europese Unie uit elkaar liepen.⁶² Bovendien is gebleken dat de oude richtlijn niet flexibel genoeg was om de ontwikkelingen op het gebied van financiële producten bij te houden.⁶³ De opstellers benadrukken in dat verband de groei van de kredietmarkten en de opkomst van nieuwe kredietproducten. Als een reactie op de voormelde tekortkomingen, is de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet voorzien van maximumharmonisatie en hebben de richtlijnopstellers sterker ingezet op een interne markt met een hoog niveau van consumentenbescherming.⁶⁴

⁵⁹ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad.

⁶⁰ Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010.

⁶¹ Ov. 7 t/m 9 van de considerans. Overigens wordt deze richtlijn thans op Europees niveau geëvalueerd.

⁶² Ov. 3 en 4 van de considerans.

⁶³ Ov. 5 van de considerans.

⁶⁴ Ov. 9 van de considerans.

De richtlijn is in belangrijke mate gestoeld op het informatiemodel van consumentenbescherming.⁶⁵ Dit model gaat ervan uit dat de consument het meest is gebaat bij informatie en steunt daarmee op het beeld van de (gemiddelde) consument die met een zekere zorgvuldigheid beslissingen neemt en in staat is de ontvangen informatie daarin te verwerken.⁶⁶ In deze lijn bevat de richtlijn meerdere informatieplichten die betrekking hebben op verschillende fases van de kredietrelatie. Een voorbeeld daarvan is de precontractuele verplichting van de kredietgever om essentiële productinformatie te verstrekken overeenkomstig het Europees standaard informatieformulier.⁶⁷ Naast informatieplichten, bevat de richtlijn een beperkt aantal bepalingen welke de consument in een iets verdergaande mate beschermt.⁶⁸ Zo zijn er bepalingen die voorschrijven dat de consument onder omstandigheden het recht moet hebben om een kredietovereenkomst te herroepen of te beëindigen,⁶⁹ en is er een bepaling waaruit volgt dat de kredietwaardigheid van de consument moet worden getoetst voordat kan worden overgegaan tot kredietverstrekking.⁷⁰ Hoewel de laatstgenoemde verplichting in de richtlijn ruim is vormgegeven, heeft het Europese Hof bevestigd dat deze de consument beoogt te beschermen tegen de gevolgen van onverantwoorde kredietverstrekking.⁷¹ Hiermee bevestigt het hof dat de richtlijn ook een zekere aandacht heeft voor de (meer kwetsbare) consument die, ondanks de ontvangen productinformatie, een onverantwoorde kredietaanvraag kan indienen.⁷²

In het vervolg wordt stilgestaan bij de, in de Richtlijn consumentenkrediet te vinden, verplichting tot het verrichten van een kredietwaardigheidstoets. Nadat het juridische kader is geschetst (paragraaf 3.2.2), wordt ingegaan op de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets, te weten de benadering (paragraaf 3.2.3), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 3.2.4) en de drie stappen (paragraaf 3.2.5).

3.2.2 Het juridische kader

3.2.2.1 Inleiding

De verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets volgt uit artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet. Deze bepaling geeft lidstaten tamelijk veel ruimte om te komen tot een eigen invulling van de kredietwaardigheidstoets. Hierna

⁶⁵ Zie in dezelfde zin Cherednychenko & Meindertsma 2019.

⁶⁶ Zie ook Cherednychenko & Meindertsma 2019. Zie over het beeld van de ‘gemiddelde consument’ in het EU-recht bijvoorbeeld Stănescu 2019, Domurath 2013 en Mak 2011.

⁶⁷ Art. 5 van de richtlijn.

⁶⁸ Overigens hebben niet alle verdergaande verplichtingen de definitieve versie van de richtlijn gehaald. Zo bevatte het voorstel voor de Richtlijn consumentenkrediet bijvoorbeeld een verplichting tot ‘verantwoorde kredietverlening’. Zie hierover ook Ferretti & Vandone 2019, p. 95.

⁶⁹ Art. 13 en 14 van de richtlijn. Deze bepalingen lijken oog te hebben voor de doorgaans zwakke onderhandelingspositie van consumenten. Domurath spreekt in dat verband van een *reasonably circumspect but weak consumer*. Zie Domurath 2017, p.79 t/m 81.

⁷⁰ Art. 8 van de richtlijn.

⁷¹ Zie HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167, r.o. 20 en 21, HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 40 en 41 en HvJ 9 november 2016, ECLI:EU:C:2016:842, r.o. 65.

⁷² Het is daarom niet vreemd dat deze verplichting in de literatuur is gekoppeld aan de bescherming van de meer kwetsbare consument met weinig draagkracht. Zie Mak & Braspenning 2012, p. 327 en Domurath 2017, p. 116 e.v.

wordt een kort overzicht gegeven van de inhoud en reikwijdte van het genoemde artikel.

3.2.2.2 Artikel 8 van de richtlijn

Volgens artikel 8 van de richtlijn moet de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument toetsen voordat een kredietovereenkomst wordt aangegaan of voordat wordt overgegaan tot een belangrijke verhoging van het totale kredietbedrag. Voorts bepaalt dit artikel dat de kredietwaardigheid moet worden beoordeeld op basis van toereikende informatie. Deze informatie kan afkomstig zijn van de consument, maar kan eventueel ook voortvloeien uit bepaalde gegevensbestanden.

Artikel 8 lid 1

De lidstaten zorgen ervoor dat de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument voor het sluiten van de kredietovereenkomst beoordeelt op basis van toereikende informatie die, in voorkomend geval, is verkregen van de consument en, waar nodig, op basis van een raadpleging van het desbetreffende gegevensbestand. Lidstaten van wie de wetgeving van kredietgevers vereist dat zij de kredietwaardigheid van consumenten op basis van een raadpleging van het desbetreffende gegevensbestand beoordelen, kunnen dit vereiste behouden.

Artikel 8 lid 2

De lidstaten zorgen er eveneens voor dat, indien de partijen overeenkomen het totale kredietbedrag na het sluiten van de kredietovereenkomst te wijzigen, de kredietgever, alvorens tot een belangrijke verhoging van het totale kredietbedrag over te gaan, de te zijner beschikking staande financiële informatie betreffende de consument actualiseert en diens kredietwaardigheid beoordeelt.

Artikel 8 van de richtlijn is in beginsel van toepassing op alle (beoogde) consumptieve kredietovereenkomsten die worden gesloten tussen een consument⁷³ en een kredietgever.⁷⁴ In algemene zin is de richtlijn niet van toepassing op hypothecaire kredietovereenkomsten, overeenkomsten die voorzien in een kosteloos uitstel van betaling van een bestaande schuld, kortlopende kredieten met geen of onbetekenende kosten en kredietovereenkomsten met een totaalbedrag van minder dan €200 of meer dan €75.000.⁷⁵ Hoewel een lidstaat de vrijheid heeft om deze uitgezonderde kredietvormen alsnog onder het bereik van de richtlijnbepalingen te plaatsen,⁷⁶ zijn er ook situaties waarbij een lidstaat die mogelijkheid niet heeft.⁷⁷ Zo mag de voormelde verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets bijvoorbeeld niet worden gekoppeld aan kredietovereenkomsten in de vorm van een overschrijving.⁷⁸

⁷³ Een consument is, volgens art. 3 sub a van de richtlijn, een natuurlijke persoon die bij transacties in de zin van deze richtlijn handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen.

⁷⁴ Een kredietgever is, volgens art. 3 sub b van de richtlijn, een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in het kader van de uitoefening van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten krediet verleent of toezegt.

⁷⁵ Zie art. 2 lid 2 van de richtlijn voor de overige uitzonderingen.

⁷⁶ Ov. 10 van de considerans.

⁷⁷ Ov. 11 van de considerans.

⁷⁸ Art. 2 lid 4 van de richtlijn. Zie ook lid 5 en 6 van dat artikel.

3.2.3 Een kredietgevergerichte of consumentgerichte benadering

Zoals beschreven in paragraaf 2.4, kan de kredietwaardigheidstoets twee verschillende benaderingen volgen. In de kredietgevergerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij wordt geacht te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. In de consumentgerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij naar verwachting op een, voor hem, acceptabele manier kan voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. De Richtlijn consumentenkrediet maakt echter niet duidelijk welke benadering er moet worden gevolgd.⁷⁹ De tekst van artikel 8 van de richtlijn geeft in dit verband geen handvatten en de richtlijnopstellers benadrukken in te algemene bewoordingen dat kredietgevers zich niet mogen inlaten met onverantwoorde kredietpraktijken.⁸⁰ Ook uit de overweging van het Europese Hof waaruit blijkt dat de kredietwaardigheidstoets de consument moet beschermen tegen kredieten die zijn ‘financiële capaciteit te boven gaan en kunnen leiden tot hun insolventie’, vloeit geen duidelijke keus voor een specifieke benadering voort.⁸¹ De Richtlijn consumentenkrediet lijkt mede daarom ruimte te laten voor zowel een consumentgerichte als een kredietgevergerichte kredietwaardigheidstoets.⁸² Dit laatste volgt ook uit de uitspraak waarin het Europese Hof akkoord is gegaan met de Belgische verplichting om de kredietaanvraag af te wijzen als redelijkerwijs niet kan worden aangenomen dat de consument in staat is te voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.⁸³ Volgens het hof past deze verplichting binnen de kaders van de Richtlijn consumentenkrediet vooral omdat deze ertoe strekt de consument te beschermen tegen ‘de risico’s van een overmatige schuldenlast en van insolventie.’⁸⁴ Aangenomen dat deze Belgische verplichting een kredietgevergerichte benadering volgt – de kredietgever moet namelijk onderzoeken *of* de consument kan terugbetalen – ligt het voor de hand dat het Europese Hof ook een consumentgerichte benadering zou hebben geaccepteerd. Net als een kredietgevergerichte variant, is een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets immers gericht op beperking van de risico’s van een overmatige schuldenlast en van insolventie.

3.2.4 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

Uit de Richtlijn consumentenkrediet volgt dat de kredietwaardigheidstoets is gericht op voorkoming van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie. In deze terugbetaalsituatie kan de consument niet of enkel middels het maken van onacceptabele offers terugbetalen. Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een

⁷⁹ Dat het hier gaat om een lastige vraag volgt ook uit Cherednychenko & Meindertsmas 2019, p. 501 en 502, Ferretti & Vandone 2019, p. 96 en Domurath 2017, p. 117.

⁸⁰ Ov. 26 van de considerans.

⁸¹ HvJ 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:190, r.o. 43. Zie in dezelfde zin HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167, r.o. 21 en HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 41.

⁸² Zie Cherednychenko & Meindertsmas 2019, p. 501 en 502 over de verschillen tussen de benaderingen binnen de EU.

⁸³ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 13.

⁸⁴ Ibid. r.o. 41 en 47. Zie ook Conclusie A-G Kokott 14 februari 2019, ECLI:NL:EU:C:2019:120, ov. 76. Overigens gaat deze verplichting in België gepaard met een adviesverplichting. Zie hierover de volgende paragraaf.

onacceptabel terugbetaaloffer. Hoewel dit streven niet expliciet in de richtlijn is opgenomen, is niettemin duidelijk dat de richtlijn *niet* streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument of de kredietgever.

Ten eerste is artikel 8 van de richtlijn niet opgeworpen om te zoeken naar de beste kredietbeslissing voor *de kredietgever*. Dit volgt uit de uitspraak waarin het Europese Hof duidelijk maakt dat kredietgevers verplicht kunnen worden een kredietaanvraag te weigeren als de consument wordt geacht niet op de afgesproken manier te kunnen terugbetalen.⁸⁵ De problematiek rondom de verstrekking van *payday loans* heeft echter laten zien dat het voor kredietgevers juist winstgevend(er) kan zijn als de consument niet op de afgesproken manier terugbetaald.⁸⁶ Binnen de kaders van de Richtlijn consumentenkrediet kunnen kredietgevers dus gehouden zijn een kredietbeslissing te nemen (te weten: weigeren) waarmee ze niet noodzakelijkerwijs tevreden zullen zijn. Ten tweede maakt het Europese Hof in dezelfde uitspraak duidelijk dat artikel 8 van de richtlijn ook niet streeft naar de beste kredietbeslissing voor *de consument*. Dit volgt uit de overwegingen waarin het hof ingaat op de verhouding tussen enerzijds de Belgische verplichting om de consument te adviseren richting een krediet dat het beste past bij de financiële toestand van de consument en het bestedingsdoel,⁸⁷ en anderzijds de voormelde verplichting om de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument af te wijzen. Dit samenspel van adviseren en weigeren kan volgens het Europese Hof nog (net) door de beugel.⁸⁸ Het hof volgt daarbij de conclusie van A-G Kokott waarin ze opmerkt dat de richtlijn niet aldus kan worden uitgelegd dat de kredietgever steeds verplicht is ‘om in de plaats van de consument, de wenselijkheid van de eventuele verlening van een krediet te beoordelen.’⁸⁹ Hoewel het volgens haar is toegestaan dat kredietgevers worden verplicht om de consument, middels een advies, te ondersteunen in zijn eventuele zoektocht naar de beste kredietbeslissing, moet de consument over een zekere vrijheid beschikken om, eventueel tegen beter weten in, een krediet te nemen waarmee hij naar verwachting niet geheel tevreden zal zijn.⁹⁰ Een eventuele weigeringsplicht kan daarom pas aan de orde komen als de betreffende consument op het punt staat een duidelijke misstap te maken en aldus moet worden geacht met het gevraagde krediet door de nog aanvaardbare ondergrens te zakken. In bevestigende zin heeft het Europese Hof vervolgens geoordeeld dat het voormelde samenspel van plichten nog voldoende recht doet aan de ‘de principiële verantwoordelijkheid van de consument’ om te waken voor zijn eigen belangen.⁹¹

⁸⁵ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 47.

⁸⁶ Zie hierover Cherednychenko & Meindertsma 2019, p. 492 t/m 494.

⁸⁷ Zie HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 13 voor een weergave van dit artikel.

⁸⁸ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 36 en 49.

⁸⁹ Conclusie A-G Kokott 14 februari 2019, ECLI:NL:EU:C:2019:120, ov. 81.

⁹⁰ Dit volgt uit ov. 81 t/m 83 van de conclusie. De consument moet dus een zekere vrijheid hebben om een dergelijk advies niet op te volgen.

⁹¹ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 47.

3.2.5 De drie stappen bij consumptief krediet

3.2.5.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidsstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. Er is echter veel onduidelijkheid over de vereiste invulling van de drie stappen. De richtlijn werkt deze stappen nauwelijks uit en het Europese Hof heeft slechts op een beperkt aantal punten meer duidelijkheid gegeven. Hierna worden de drie stappen in meer detail besproken.

3.2.5.2 Stap 1: onderzoek

Artikel 8 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de kredietwaardigheid moet worden beoordeeld op basis van toereikende informatie die is verkregen van de consument of die voortvloeit uit de raadpleging van een gegevensbestand. Het is echter niet duidelijk welke gegevens de kredietgever precies moet verzamelen en in hoeverre hij rekening kan of moet houden met eventuele veranderingen van de betaalcapaciteit van de consument. Het Europese Hof heeft er in dit verband op gewezen dat de kredietgever een zekere ruimte heeft om te beoordelen of hij beschikt over voldoende betrouwbare informatie.⁹² Volgens het hof is daarbij wel aandacht vereist voor de omstandigheden waarin de kredietovereenkomst wordt gesloten, de persoonlijke situatie van de consument en het bedrag waarop de overeenkomst betrekking heeft.⁹³ Dit laatste doet vermoeden dat er hogere eisen worden gesteld aan het kredietwaardigheidsonderzoek als er een grotere aanleiding is om te denken dat het gevraagde krediet een te grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument.⁹⁴ Voorts overweegt het Europese Hof dat de kredietwaardigheid niet louter mag worden gebaseerd op ‘gewone, niet-gestaafde verklaringen’ van de consument.⁹⁵ Dit betekent echter niet dat de kredietgever alle ontvangen informatie op een systematische wijze moet controleren.⁹⁶ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan de kredietgever volgens het hof genoeg nemen met de informatie die de consument heeft verstrekt.⁹⁷ In dit licht komt het Europese Hof tot de conclusie dat artikel 8 van de richtlijn:

‘(..) aldus moet worden uitgelegd dat het er zich enerzijds niet tegen verzet dat de kredietwaardigheid van de consument enkel op basis van door deze laatste verstrekte informatie wordt beoordeeld, mits het om toereikende informatie gaat en gewone verklaringen van de consument vergezeld gaan van bewijsstukken, en het anderzijds de kredietgever niet de verplichting oplegt om de door de consument verstrekte informatie systematisch te controleren.’⁹⁸

⁹² HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, r.o. 36.

⁹³ Ibid. r.o. 37. Deze opsomming is overigens niet limitatief.

⁹⁴ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de consument met een laag inkomen vraagt om een relatief groot kredietbedrag.

⁹⁵ HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, r.o. 37.

⁹⁶ Ibid. r.o. 38.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid. r.o. 39.

Het is echter niet zeker of het voorgaande betekent dat de kredietgever *altijd* moet beschikken over enig bewijs uit een onafhankelijke bron, zoals bankafschriften of de resultaten van een zoektocht door kredietregisters. Hoewel het Europese Hof dit wel lijkt te suggereren, kan niet worden uitgesloten dat de kredietgever, vooral bij de zeer kleine kredieten vanaf €200, de kredietwaardigheid kan baseren op geloofwaardige verklaringen van de consument. Dit geldt te meer nu het hof de vereiste omvang en diepgang van het kredietwaardigheidsonderzoek mede koppelt aan de omvang van het gevraagde krediet. Bovendien maakt het hof niet duidelijk wat er precies wordt bedoeld met ‘gewone, niet-gestaafde’ verklaringen van de consument.⁹⁹ Heeft deze overweging slechts betrekking op een algemene verklaring van de consument over zijn eigen kredietwaardigheid? Of wordt hiermee ook bedoeld op bijvoorbeeld een geloofwaardige en gedetailleerde verklaring over de aard en hoogte van zijn inkomen of uitgaven?

3.2.5.3 Stap 2: beoordeling

De richtlijn geeft geen duidelijkheid over de tweede stap van de kredietwaardigheidstoets. Het is daarom in eerste instantie aan de lidstaten om, in lijn met hetgeen volgt uit de paragrafen 3.2.3 en 3.2.4, duidelijkheid te geven over de onderdelen van de betaalcapaciteit waarop de kredietwaardigheid mag worden afgestemd, de periode waarbinnen de consument moet kunnen terugbetalen, en de mate waarin rekening moet of kan worden gehouden met eventuele veranderingen van betreffende betaalcapaciteit.

3.2.5.4 Stap 3: beslissing

De richtlijn regelt niets over de derde en laatste stap van de kredietwaardigheidstoets. Hoewel kan worden aangenomen dat de lidstaten mogen kiezen voor een waarschuwingplicht,¹⁰⁰ heeft het Europese Hof recentelijk duidelijk gemaakt dat ook een weigeringsplicht door de beugel kan.¹⁰¹ In dit verband merkt het hof op dat de verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets ertoe strekt de kredietgever ‘een verantwoordelijkheidsbesef bij te brengen’ en is bedoeld om te voorkomen dat ‘hij een krediet verleent aan consumenten die niet kredietwaardig zijn’.¹⁰² Zoals beschreven in paragraaf 3.2.4, moet echter worden bedacht dat een weigeringsplicht ‘pas’ aan de orde kan komen als de betreffende kredietpartij op het punt staat een duidelijke misstap te maken en aldus moet worden geacht met de beoogde krediettransactie door de nog aanvaardbare ondergrens te zakken.

⁹⁹ Volgens A-G Wahl kan de kredietgever bijvoorbeeld voortbouwen op een vrij sterk vermoeden dat de consument de juiste informatie verstrekt. Zie Conclusie A-G Wahl 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2213, ov. 57 t/m 59.

¹⁰⁰ Zie ov. 26 van de considerans waarin de richtlijnopstellers een waarschuwingplicht lijken te accepteren. Ook A-G Wahl spreekt in dit verband over waarschuwen. Zie Conclusie A-G Wahl 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2213, ov. 56. Zie in dezelfde zin Mak & Braspenning 2012, p. 327.

¹⁰¹ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 47.

¹⁰² Ibid. r.o. 40. Opmerkelijk is dat het Europese Hof in r.o. 46 een positieve verwijzing maakt naar de weigeringsplicht uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten.

3.3 De kredietwaardigheidstoets in de Richtlijn woningkredietovereenkomsten

3.3.1 Inleiding

De Richtlijn woningkredietovereenkomsten komt uit 2014 en streeft naar een goed functionerende interne kredietmarkt met een hoog niveau van consumentenbescherming.¹⁰³ De richtlijn moet worden gezien tegen de achtergrond van de recente wereldwijde kredietcrisis.¹⁰⁴ De stijging van het aantal wanbetalingen en gedwongen woningverkoppen hebben laten zien dat Europa niet is ontsnapt aan deze crisis. In dat verband benadrukken de richtlijnopstellers het onverantwoordelijke gedrag van marktdeelnemers en de constatering dat veel consumenten hun vertrouwen in de financiële markten hebben verloren.¹⁰⁵ Ondanks de relativerende opmerking dat ‘sommige van de grootste problemen zich buiten de Unie hebben voorgedaan’,¹⁰⁶ richt de richtlijn zich mede op het herstel van consumentenvertrouwen en het bevorderen van stabiele en betrouwbare kredietmarkten.¹⁰⁷

De richtlijn schrijft zowel minimum- als maximumharmonisatie voor. Maximumharmonisatie geldt alleen voor de bepaling die voorschrijft dat bepaalde productinformatie via een gestandaardiseerd Europees informatieblad moet worden verstrekt aan de consument en de bepaling die laat zien hoe de kredietgever het jaarlijks kostenpercentage moet berekenen.¹⁰⁸ Opvallend is dat deze richtlijn, vergeleken met de Richtlijn consumentenkrediet, minder stevig leunt op het informatiemodel van consumentenbescherming. Tegen de achtergrond van de ervaringen die samenhangen met de recente kredietcrisis, is er een sterkere nadruk komen te liggen op de bescherming van de (meer kwetsbare) consument die zich niet altijd weet te redden met de relevante productinformatie en die mede daarom een onverantwoorde kredietbeslissing kan nemen.¹⁰⁹ In die lijn bevat de richtlijn onder andere een bepaling die de kredietgever opdraagt om in algemene zin rekening te houden met de belangen van consumenten en een bepaling waaruit volgt dat de kredietgever geen krediet mag verstrekken aan een consument die naar verwachting onvoldoende in staat is te voldoen aan de beoogde terugbetalplichten.¹¹⁰

In het vervolg wordt verder ingegaan op de, in de Richtlijn woningkredietovereenkomsten te vinden, verplichting tot het verrichten van een kredietwaardigheidstoets. Nadat

¹⁰³ Ov. 2 en 5 van de considerans.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld ov. 3 en 22 van de considerans en het Voorstel voor een Richtlijn woningkredietovereenkomsten 2011, p. 2.

¹⁰⁵ Ov. 3 van de considerans.

¹⁰⁶ Ibid. Partijen uit de bankensector hebben zelfs betoogd dat regelgevend optreden daarom niet nodig is. Zie Voorstel voor een Richtlijn woningkredietovereenkomsten 2011, p. 6.

¹⁰⁷ Dit volgt uit ov. 3 van de considerans.

¹⁰⁸ Art. 2 lid 2 van de richtlijn. De consument kan op die manier aanbiedingen van aanbieders uit verschillende lidstaten beter met elkaar vergelijken. Zie ook ov. 7 van de considerans.

¹⁰⁹ Zie hierover ook Stănescu 2019. Overigens zijn er al langer twijfels over de houdbaarheid van het informatiemodel van de consumentenbescherming. Zie bijvoorbeeld Garcia Porras & Van Boom 2012 en Ramsay 2012. Overigens betekent dit niet dat het vertrouwen in informatieplichten volledig is verdwenen. Zo bevat de richtlijn meerdere informatieplichten.

¹¹⁰ Art. 7 lid 1 en art. 18 lid 5 sub a van de richtlijn.

het juridische kader is geschetst (paragraaf 3.3.2), worden de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets besproken, te weten de benadering (paragraaf 3.3.3), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 3.3.4) en de drie stappen (paragraaf 3.3.5).

3.3.2 Het juridische kader

3.3.2.1 Inleiding

De verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets volgt uit artikel 18 en 20 van de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Beide bepalingen zijn verder uitgewerkt in richtsnoeren van de *European Banking Authority* (EBA). Deze richtsnoeren bevestigen dat de kredietwaardigheid primair afhankelijk is van het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Hierna wordt een kort overzicht gegeven van de inhoud en het toepassingsbereik van de relevante bepalingen.

3.3.2.2 Artikel 18 en 20 van de richtlijn

Volgens artikel 18 van de richtlijn moet de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument toetsen voordat een kredietovereenkomst wordt aangegaan of voordat wordt overgegaan tot een significante verhoging van het totale kredietbedrag. Bij het vaststellen van de kredietwaardigheid moet de kredietgever rekening houden met factoren die relevant zijn om na te gaan of de consument kan voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.

Artikel 18 lid 1

De lidstaten zien erop toe dat de kredietgever, alvorens een kredietovereenkomst te sluiten, een grondige beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument uitvoert. Bij die beoordeling wordt naar behoren rekening gehouden met factoren die relevant zijn om na te gaan of de consument de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen kan nakomen.

Artikel 18 lid 6

De lidstaten zorgen ervoor dat de kredietwaardigheid van de consument opnieuw wordt beoordeeld op basis van geactualiseerde informatie voordat een significante verhoging van het totale kredietbedrag wordt verleend na het sluiten van de kredietovereenkomst, tenzij een dergelijk bijkomend krediet in de oorspronkelijke kredietwaardigheidsbeoordeling was voorzien en opgenomen.

Artikel 20 lid 1 van de richtlijn bepaalt voorts dat de kredietwaardigheid wordt beoordeeld op basis van noodzakelijke, voldoende en evenredige informatie over het inkomen en de uitgaven van de consument. Deze informatie, die afkomstig kan zijn uit meerdere bronnen, moet door de kredietgever naar behoren worden geverifieerd.

Artikel 20 lid 1

De in artikel 18 bedoelde kredietwaardigheidsbeoordeling wordt uitgevoerd op basis van noodzakelijke, voldoende en evenredige informatie inzake het inkomen en de uitgaven van de consument en andere financiële en economische omstandigheden. De informatie wordt door de kredietgever verkregen uit relevante interne en externe bronnen, waaronder de consument, en met inbegrip van aan de kredietbemiddelaar of de

aangestelde vertegenwoordiger tijdens het kredietaanvraagproces verstrekte informatie. De informatie wordt naar behoren geverifieerd, inclusief door middel van raadpleging van onafhankelijk verifieerbare stukken, indien nodig.

Uit artikel 18 lid 5 van de richtlijn volgt, tot slot, dat de kredietgever de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument moet afwijzen.

Artikel 18 lid 5 aanhef, sub a

[De lidstaten dragen er zorgen voor dat: *JM*] de kredietgever het krediet uitsluitend aan de consument beschikbaar stelt indien het resultaat van de kredietwaardigheidsbeoordeling uitwijst dat de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen waarschijnlijk op de krachtens die overeenkomst vereiste wijze zullen worden nagekomen.

De voormelde bepalingen zijn van toepassing op de (beoogde) woningkredietovereenkomsten die worden gesloten tussen een consument¹¹¹ en een kredietgever.¹¹² Meer concreet gaat het om de kredieten die worden gewaarborgd door een hypotheek of een andere vergelijkbare zekerheid, en de kredieten die zijn bedoeld voor het behoud of de verkrijging van bepaalde eigendomsrechten.¹¹³ Er gelden echter ook uitzonderingen. Zo hebben de genoemde bepalingen bijvoorbeeld geen betrekking op bepaalde kredietvormen met weinig of geen rentekosten en de kredietvormen waarbij de schuld pas wordt voldaan na bijvoorbeeld het overlijden van de kredietnemer.¹¹⁴ Meerdere uitzonderingen hebben met elkaar gemeen dat ze betrekking hebben op kredietvormen die worden verleend onder gunstige voorwaarden voor de consument of die anderszins, qua aard of risicoprofiel, gunstiger zijn dan normaal.¹¹⁵ In die lijn hebben de lidstaten voorts de vrijheid om bepaalde kredietvormen, zoals overbruggingskredieten, buiten het bereik van de richtlijnbeoordelingen te laten.¹¹⁶

3.3.2.3 De EBA-richtsnoeren

Artikel 18 van de richtlijn is nader uitgewerkt in richtsnoeren die zijn uitgegeven door de *European Banking Authority* (de EBA-richtsnoeren).¹¹⁷ Deze richtsnoeren hebben betrekking op de (beoogde) kredietovereenkomsten die onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen en reflecteren de visie van de EBA over de juiste toepassing van de, in de richtlijn te vinden, verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets.¹¹⁸ Hoewel de EBA-richtsnoeren niet bindend zijn, moeten de lidstaten en

¹¹¹ Een consument is volgens art. 4 lid 1 van de richtlijn een consument in de zin van de Richtlijn consumentenkrediet, te weten een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen.

¹¹² Een kredietgever is volgens art. 4 lid 2 van de richtlijn een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in het kader van de uitoefening van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten binnen de werkingssfeer van de richtlijn krediet verleent of toezegt.

¹¹³ Art. 3 lid 1 van de richtlijn.

¹¹⁴ Zie art. 3 lid 2 van de richtlijn voor een volledig overzicht.

¹¹⁵ Zie in deze zin ov. 17 van de considerans.

¹¹⁶ Ibid. Zie art. 3 lid 3, 4 en 5 van de richtlijn voor een volledig overzicht van de eventuele uitzonderingen.

¹¹⁷ EBA-richtsnoeren inzake kredietwaardigheidsbeoordeling 2015.

¹¹⁸ Ibid. p. 3.

financiële instellingen zich tot het uiterste inspannen om aan deze richtsnoeren te voldoen.¹¹⁹ Overeenkomstig de kredietwaardigheidsbepalingen uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten koppelen de EBA-richtsnoeren de kredietwaardigheid primair aan het vrij besteedbaar inkomen van de consument.¹²⁰ In die lijn maken de richtsnoeren onder meer duidelijk dat de kredietgever een onderzoek moet doen naar de vaste uitgaven van de consument, dat hij niet altijd rekening mag houden met een flexibel inkomen en dat er omstandigheden kunnen zijn waarin hij rekening kan of moet houden met toekomstige veranderingen van de betreffende betaalcapaciteit.¹²¹

3.3.3 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten volgt een consumentgerichte benadering.¹²² Zoals beschreven in paragraaf 2.4, is de consument in deze benadering kredietwaardig als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. Er zijn drie punten die deze lezing ondersteunen. Ten eerste bepaalt artikel 18 lid 3 van de richtlijn dat de kredietwaardigheid niet hoofdzakelijk mag worden afgestemd op de waarde van de beoogde woning. Dit verbod moet worden gezien tegen de achtergrond van het pre-kredietcrisistijdperk waarin kredietgevers de kredietwaardigheid sterk lieten afhangen van de waarde(ontwikkeling) van de betreffende woning.¹²³ In de kredietgevergerichte benadering kan het immers verantwoord zijn om een krediet te verstrekken op basis van de verwachting dat de waarde van de woning hoog genoeg blijft om de gehele kredietvordering te kunnen dekken.¹²⁴ In de consumentgerichte benadering is deze kredietverstrekking echter *onverantwoord* voor zover de kans (te) groot is dat de consument zijn woning daadwerkelijk zal moeten opgeven of dat hij andere onacceptabele terugbetaalloffers moet maken om een gedwongen woninguitzetting te voorkomen. Hoewel het genoemde verbod niet kan worden losgezien van het feit dat ook kredietgevers door de voormelde kredietpraktijken in de problemen zijn gekomen, vormt het niettemin een typische uiting van een consumentgerichte benadering. Het verbod beschermt immers de consument tegen de nadelige gevolgen van een gedwongen woningverkoop en prikkelt de kredietgever om kritischer te kijken naar de mate waarin de consument zal kunnen voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. Ten tweede voegen de EBA-richtsnoeren hieraan toe dat de kredietwaardigheid (ook) niet mag worden afgestemd op de niet-discretionaire uitgaven van de consument, zoals de kosten voor levensonderhoud en de financiële verplichtingen.¹²⁵ Anders dan in een kredietgevergerichte benadering het geval zou zijn, laten de EBA-richtsnoeren de kredietwaardigheid niet louter afhangen van de *afdwingbare* onderdelen van het inkomen en

¹¹⁹ Ibid. Kredietgevers kunnen dus niet wachten tot de nationale regelgever de eerste stap heeft gezet. Overigens staat op de website van de EBA dat de AFM heeft aangegeven te voldoen aan deze richtsnoeren.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld EBA-richtsnoer 1.1, 4.3 en 5.1.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld EBA-richtsnoer 1.2, 5.1 en 6.1.

¹²² Zie in dezelfde zin Cherednychenko & Meindertsma 2019. Overigens lijkt Domurath deze kredietwaardigheidstoets in een kredietgevergerichte context te plaatsen. Zie Domurath 2017, p. 118 en 119.

¹²³ Zie in dezelfde zin Domurath 2017, p. 117.

¹²⁴ Zie ook paragraaf 7.3.3.3.

¹²⁵ EBA-richtsnoer 5.1.

lijken ze bovendien meer te willen beschermen dan de minimale kosten van *noodzakelijk* levensonderhoud.¹²⁶ Ten derde ligt een consumentgerichte benadering van de kredietwaardigheidstoets in lijn met het gegeven dat de richtlijnopstellers een sterke nadruk hebben gelegd op de bescherming van de consument,¹²⁷ dat de richtlijnopstellers de kredietwaardigheidstoets sterker hebben willen maken dan de toets uit de Richtlijn consumentenkrediet¹²⁸ en dat de opstellers daarbij hebben opgemerkt dat de kredietgever ook moet nagaan of de consument bereid zal zijn om de betaalcapaciteit aan te spreken voor de terugbetaling van het krediet.¹²⁹

3.3.4 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten beoogt een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen. In die terugbetaalsituatie kan de consument niet of enkel middels het maken van onacceptabele offers voldoen aan de terugbetaalplichten. Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. In die lijn moet de kredietgever volgens de EBA-richtsnoeren *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaaloffers liever niet willen maken.

Ter verduidelijking wordt opgemerkt dat er in dit verband sprake is van minimumharmonisatie. Dit betekent dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om een kredietwaardigheidstoets in te voeren die streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument. In voorkomend geval is de kredietgever, althans in de betreffende lidstaat, *ook* verplicht om te onderzoeken of de consument het vrij besteedbaar inkomen zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument is vervolgens ‘pas’ kredietwaardig als kan worden aangenomen dat hij, met het indienen van de betreffende kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen die hij op dat moment had kunnen nemen.

3.3.5 De drie stappen bij hypothecair krediet

3.3.5.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan

¹²⁶ In de kredietgevergerichte benadering gaat het immers om de terugbetaalkans. Het ligt daarom voor de hand dat in deze benadering de onvermijdbare uitgaven worden beschermd. De EBA-richtsnoeren lijken echter in bredere zin ‘de uitgaven voor levensonderhoud’ te beschermen.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld ov. 5 en 6 van de considerans.

¹²⁸ Ov. 22 van de considerans.

¹²⁹ Ov. 55 van de considerans. Deze bereidheid kan in mijn ogen niet worden losgezien van de gevolgen die een specifieke terugbetaaloffer zal hebben voor de consument.

worden verstrekt aan de betreffende consument. De drie stappen zijn voor een belangrijk deel uitgewerkt in de EBA-richtsnoeren. Hoewel deze richtsnoeren niet bindend zijn, moeten de lidstaten en kredietgevers zich tot het uiterste inspannen om daaraan te voldoen. Hierna worden de stappen van de kredietwaardigheidstoets in meer detail besproken.

3.3.5.2 Stap 1: onderzoek

Volgens artikel 20 lid 1 van de richtlijn moet de kredietgever beschikken over ‘noodzakelijke, voldoende en evenredige informatie inzake het inkomen en de uitgaven van de consument en andere financiële en economische omstandigheden.’ In dezelfde zin wijzen de EBA-richtsnoeren op het belang van factoren die invloed hebben op het vermogen van de consument om te kunnen terugbetalen ‘zonder dat dit tot te zware lasten en een te hoge schuld leidt’.¹³⁰ Meer concreet verlangen de richtsnoeren dat de kredietgever al het redelijke doet om het bestendige inkomen en de niet-discretionaire uitgaven van de consument in beeld te brengen.¹³¹ Onder de niet-discretionaire uitgaven vallen de kosten voor levensonderhoud en de bestaande financiële verplichtingen van de consument.¹³² Aangezien deze kostenbegroting kan steunen op een ‘passende onderbouwing’, lijkt de EBA niet te verwachten dat de kredietgever precies weet hoeveel de betreffende consument maandelijks uitgeeft.¹³³ De richtsnoeren maken voorts duidelijk dat de kredietgever alleen rekening mag houden met het bestendige deel van het inkomen.¹³⁴ Als de consument bijvoorbeeld een eigen onderneming of een seizoensgebonden inkomen heeft, moet de kredietgever een verdergaand onderzoek doen naar de mate waarin de consument kan blijven voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.¹³⁵ In die gevallen moet de kredietgever redelijke stappen zetten om de informatie te verifiëren die nodig is om de bestendigheid van het inkomen te duiden.¹³⁶ Overigens is niet duidelijk welke gegevens de kredietgever wanneer nog meer moet verifiëren. De EBA-richtsnoeren zwijgen hierover en de richtlijn maakt slechts duidelijk dat de kredietgever relevante informatie ‘naar behoren’ moet verifiëren.¹³⁷

3.3.5.3 Stap 2: beoordeling

Hoewel de richtlijn en de EBA-richtsnoeren zich primair richten op het vrij besteedbaar inkomen van de consument, lijken de richtlijnopstellers het toelaatbaar te achten dat de kredietgever ook rekening houdt met het vermogen van de consument, zoals het spaargeld en andere bezittingen:

‘Met name moet bij de beoordeling van het vermogen van een consument om volledig aan de rente- en aflossingsverplichtingen voor het krediet te voldoen zowel rekening

¹³⁰ Richtsnoer 4.1. Hetzelfde volgt uit art. 18 lid 1 van de richtlijn.

¹³¹ Dit volgt uit EBA-richtsnoer 1.1 en 5.1.

¹³² EBA-richtsnoer 5.1.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Dit volgt uit EBA-richtsnoer 1.1 en 1.2.

¹³⁵ EBA-richtsnoer 1.2.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Art. 20 lid 1 van de richtlijn. Zie overigens ook lid 3 waarin staat dat de consument tijdig moet weten welke informatie en onafhankelijk verifieerbare bewijsstukken hij moet verstrekken.

worden gehouden met toekomstige betalingen (..), als met andere regelmatige uitgaven, schulden en andere financiële verplichtingen, als met inkomsten, spaartegoeden en andere bezittingen.’¹³⁸

Los van dit citaat, maken noch de richtlijn noch de EBA-richtsnoeren duidelijk wanneer de kredietwaardigheid mag worden afgestemd op het vermogen van de consument. De richtlijnopstellers laten voorts zien dat de kredietgever onder omstandigheden rekening moet houden met negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit. Zo moet de kredietgever bij het bepalen van de kredietwaardigheid rekening houden met ‘alle noodzakelijke en relevante factoren die gedurende de hele looptijd van het krediet van invloed kunnen zijn op het vermogen van een consument om het krediet tijdens de looptijd af te lossen.’¹³⁹ In die lijn heeft de EBA een richtsnoer uitgegeven welke voorschrijft dat de kredietgever ‘op een prudentiële wijze’ moet omgaan met potentiële negatieve scenario’s, zoals een lager inkomen na pensionering en een rentestijging.¹⁴⁰ Niet duidelijk is echter hoe de kredietgever in zulke gevallen moet handelen. Is bijvoorbeeld vereist dat er een plan wordt opgesteld dat is bedoeld om de betaalbaarheid van het krediet in dat specifieke scenario te garanderen?¹⁴¹ Of is het bijvoorbeeld voldoende dat de consument wordt gewaarschuwd voor de nadelige gevolgen van dat scenario? Illustratief voor deze onduidelijkheid is de volgende bepaling die aangeeft dat de kredietgever ‘naar behoren’ rekening moet houden met de toereikendheid van het inkomen na pensionering:

EBA-richtsnoer 4.3.

Als de looptijd van de lening zich uitstrekt tot na de verwachte datum van pensionering van de consument, houdt de kredietgever naar behoren rekening met de toereikendheid van het waarschijnlijke inkomen van de consument en zijn/haar vermogen om de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen na pensionering te blijven nakomen.

Tot slot kan de kredietgever eventueel ook rekening houden met een positieve verandering van de betaalcapaciteit.¹⁴² De kredietgever moet dan aannemelijk maken dat die verandering daadwerkelijk zal plaatsvinden. Niet duidelijk is echter hoe de kredietgever een dergelijke verandering in de beoordeling mag betrekken. Kan de kredietwaardigheid ‘alvast’ worden afgestemd op bijvoorbeeld het inkomen *na* de verwachte inkomstenstijging? Zo ja, in hoeverre is het dan toelaatbaar dat de consument in de periode daarvoor te maken krijgt met terugbetaalplichten die feitelijk gezien niet passen bij het vrij besteedbaar inkomen van dat moment?

¹³⁸ Ov. 55 van de considerans.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ EBA-richtsnoer 6.1. De richtlijnopstellers wijzen in dit verband ook op ongunstige wisselkoersveranderingen en uitgestelde (rente)betalingen. Zie ov. 55 van de considerans.

¹⁴¹ Denk aan het afsluiten van een passende verzekering of aan het vastleggen van een afspraak over een tijdelijke verlaging van de terugbetaalplichten.

¹⁴² EBA-richtsnoer 4.4.

3.3.5.4 Stap 3: beslissing

Volgens artikel 18 lid 5 sub a van de richtlijn mag de kredietgever het gevraagde krediet pas verstrekken als het resultaat van de kredietwaardigheidstoets positief is. De kredietgever moet de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument dus afwijzen.¹⁴³

3.4 Conclusie

De kredietwaardigheidstoetsen uit de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten vertonen zowel overeenkomsten als verschillen. Ten eerste is er een verschil wat betreft de vereiste benadering van de kredietwaardigheidstoets. De Richtlijn consumentenkrediet laat ruimte voor een consumentgerichte en een kredietgevergerichte benadering van de kredietwaardigheidstoets. De Richtlijn woningkredietovereenkomsten schrijft echter een consumentgerichte benadering van de kredietwaardigheidstoets voor. Dit betekent dat de consument onder de eerste richtlijn ‘al’ kredietwaardig kan zijn als aannemelijk is dat hij volledig kan terugbetalen, terwijl de consument onder de tweede richtlijn ‘pas’ kredietwaardig is als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. Ten tweede is er een verschil in het type terugbetaalsituatie dat de kredietwaardigheidstoets wil voorkomen of bereiken. De Richtlijn consumentenkrediet is gericht op voorkoming van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie. Er moet voorkomen worden dat er een kredietbeslissing wordt genomen die slecht genoeg is om aan te nemen dat de betreffende kredietpartij daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. De Richtlijn woningkredietovereenkomsten laat echter ook ruimte voor een kredietwaardigheidstoets die streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument. In dat laatste geval moet de kredietgever controleren of de consument, met het indienen van de betreffende kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen die hij op dat moment had kunnen nemen. Ten derde zijn er meerdere verschillen inzake de uitwerking van de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets. Uit de Richtlijn consumentenkrediet volgt dat de kredietgever niet alleen mag uitgaan van gewone, niet-gestaafde verklaringen van de consument,¹⁴⁴ dat het kredietwaardigheidsoordeel moet steunen op toereikende informatie en dat lidstaten de ruimte hebben om een negatief kredietwaardigheidsoordeel te koppelen aan een weigeringsplicht. Uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten volgt dat de kredietgever een onderzoek moet doen naar het vrij besteedbaar inkomen van de consument, dat de relevante gegevens naar behoren geverifieerd moeten worden, dat de kredietwaardigheid niet hoofdzakelijk mag worden afgestemd op de woningwaarde, dat er in zekere mate rekening kan of moet worden gehouden met toekomstige gebeurtenissen en dat de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument moet worden afgewezen.

¹⁴³ In voorkomend geval stelt de kredietgever de consument onverwijld in kennis van de afwijzing. Zie art. 18 lid 5 sub c van de richtlijn. Eventueel verwijst de kredietgever naar de informatie uit gegevensbestanden.

¹⁴⁴ Er is twijfel over de mate waarin er geverifieerd moet worden bij de zeer kleine kredieten. Zie paragraaf 3.2.5.2.

De verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets is in de Richtlijn woningkredietovereenkomsten dus duidelijker consumentgericht en bovendien gedetailleerder uitgewerkt dan de soortgelijke verplichting uit de Richtlijn consumentenkrediet. Deze verschillen kunnen mijns inziens niet worden losgezien van het moment waarop de richtlijnen zijn ingevoerd. De Richtlijn consumentenkrediet is, als een product uit de tijd voorafgaand aan de recente kredietcrisis, sterker gericht op het beeld van de consument die, met de juiste productinformatie, in staat is een verantwoord kredietbesluit te nemen. De Richtlijn woningkredietovereenkomsten is echter, als een product uit de periode na de recente kredietcrisis, sterker gericht op de consument die, ondanks de relevante productinformatie, een onverantwoord kredietbesluit kan nemen waarmee hij zichzelf onbedoeld in de problemen kan brengen.

4 De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Een verplichting tot het uitvoeren van deze toets is te vinden in het publiekrecht en het privaatrecht. In het vervolg wordt per rechtsgebied onderzocht hoe de drie, in paragraaf 2.4 opgeworpen, aspecten van de kredietwaardigheidstoets daarin zijn vormgegeven. Ten eerste wordt stilgestaan bij de benadering van de kredietwaardigheidstoets. Volgt deze toets een kredietgevergerichte of een consumentgerichte benadering? Ten tweede wordt ingegaan op het type terugbetaalsituatie dat de kredietwaardigheidstoets beoogt te bereiken of voorkomen. Wordt er gestreefd naar de gewenste terugbetaalsituatie? Of moet voorkomen worden dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie belandt? Ten derde wordt gezien hoe de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets zijn vormgegeven. Deze stappen bestaan uit het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Tegen deze achtergrond wordt hierna ingegaan op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht (paragraaf 4.2) en op de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht (paragraaf 4.3). Omdat daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen consumptief en hypothecair krediet, worden beide paragrafen afgesloten met een tussenconclusie waarin de belangrijkste verschillen worden aangestipt. In de eindconclusie wordt een overzicht gegeven van de overeenkomsten en verschillen tussen de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht en in het publiekrecht (paragraaf 4.4).

4.2 De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht

4.2.1 Inleiding

De Wet op het financieel toezicht (Wft) komt uit 2007 en bevat een breed scala aan open normen die zich mede richten tot kredietgevers. Deze normen zijn deels uitgewerkt in lagere regelgeving, zoals het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) en de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (Nrgfo). De Wft is ingedeeld conform het *twin-peaks* toezichtmodel hetgeen betekent dat de wet bestaat uit gedragsgerichte en prudentiële normen.¹⁴⁵ Elk van dit type normen wordt bewaakt door een eigen toezichthouder, te weten de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandse Bank (DNB).¹⁴⁶ Deze toezichthouders beschikken over meerdere bevoegdheden om handhavend te kunnen optreden tegen een financiële instelling die in overtreding is. Zo kunnen ze bijvoorbeeld openbare waarschuwingen geven, marktvergunningen intrekken en bestuurlijke boetes uitdelen.¹⁴⁷ Om het gedrag

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, nr. 3, p. 2. Prudentiële normen richten zich op de financiële positie van banken.

¹⁴⁶ Art. 1:24 Wft en art. 1:25 Wft.

¹⁴⁷ Zie hierover afd. 1.4.2 en 1.6.1 Wft. Zie ook afd. 1.5.2 Wft over de openbaarmaking van opgelegde sancties. Zie AFM mei 2017, p. 9 voor een overzicht van de formele en informele instrumenten van de AFM. De toezichthouders staan overigens zelf onder toezicht (op afstand) van de minister van Financiën.

van financiële instellingen in beeld te brengen, kunnen de toezichthouders onder andere inlichtingen vorderen en inzage verlangen van zakelijke gegevens en bescheiden.¹⁴⁸

In de Wft zijn meerdere gedragsnormen te vinden die betrekking hebben op kredietverlening. Naast een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheids-toets,¹⁴⁹ bevat de Wft een set informatieplichten,¹⁵⁰ een verbod om een kredietovereenkomst aan te gaan met een niet-kredietwaardige consument,¹⁵¹ een verbod om bepaalde kredietvergoedingen te bedingen,¹⁵² een aanbevelingsplicht tot het inwinnen van een hypotheccair advies¹⁵³ en een zorgplicht die verlangt dat de kredietgever rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de consument.¹⁵⁴ Dit samenspel van bepalingen laat zien dat de Wft niet alleen uitgaat van een consument die in staat is om, met de relevante productinformatie, een verantwoord kredietbesluit te nemen. De bepalingen uit de Wft die verder gaan dan informeren zijn immers mede gericht op een consument die zich niet altijd weet te redden met de ontvangen informatie en die mede daarom een onverantwoorde kredietbeslissing kan nemen.

Hierna wordt verder ingegaan op de kredietwaardigheidstoets die voortvloeit uit de Wft. Nadat het juridische kader is geschetst (paragraaf 4.2.2), worden de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets besproken, te weten de benadering (paragraaf 4.2.3), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 4.2.4) en de drie stappen (paragraaf 4.2.5).

4.2.2 Het juridische kader

4.2.2.1 Inleiding

Artikel 4:34 Wft verplicht de kredietgever tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets. Dit artikel is uitgewerkt in lagere regelgeving en zelfregulering. De daarin te vinden leennormen koppelen de kredietwaardigheid primair aan het vrij besteedbaar inkomen. De kredietgever moet daarom een onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de vaste uitgaven van de kredietvragende consument. Aan de hand van de leennormen wordt vervolgens bepaald hoeveel diegene mag lenen. Hierna wordt kort ingegaan op de inhoud en reikwijdte van de relevante normen.

4.2.2.2 Artikel 4:34 Wft

Volgens artikel 4:34 lid 1 Wft moet de kredietgever een onderzoek doen naar de financiële positie van de consument voordat een kredietovereenkomst wordt aangegaan of voordat wordt overgegaan tot een belangrijke verhoging van het kredietbedrag. Als blijkt dat de kredietaanvraag, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is, moet de kredietgever deze volgens artikel 4:34 lid 2 Wft afwijzen.

¹⁴⁸ Zie hierover afd. 1.4.1 Wft en titel 5.2 Awb.

¹⁴⁹ Art. 4:34 lid 1 Wft.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld art. 4:19 Wft, art. 4:33 Wft en paragraaf 10.2.1 BGfo.

¹⁵¹ Art. 4:34 lid 2 Wft.

¹⁵² Art. 4:35 Wft jo art. 115a BGfo. De percentages zijn te vinden in het Besluit kredietvergoeding.

¹⁵³ Art. 4:24 lid 1 Wft jo art. 80e lid 1 en 3 BGfo.

¹⁵⁴ Art. 4:24a lid 1 Wft.

Artikel 4:34 lid 1 Wft

Voor de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet, of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet, dan wel de som van de bedragen die op grond van een bestaande overeenkomst inzake krediet aan de consument ter beschikking zijn gesteld, wint een aanbieder van krediet in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie en beoordeelt hij, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst onderscheidenlijk de belangrijke verhoging verantwoord is.

Artikel 4:34 lid 2 Wft

De aanbieder gaat geen overeenkomst inzake krediet aan met een consument en gaat niet over tot een belangrijke verhoging van de kredietlimiet of de som van de bedragen die op grond van een bestaande kredietovereenkomst aan de consument ter beschikking zijn gesteld indien dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is.

Artikel 4:34 Wft is de vervanger van het oude artikel 51 Wet op de financiële dienstverlening (Wfd) dat op diens beurt de opvolger was van een aantal oude bepalingen uit de Wet op het consumentenkrediet (Wck) uit 1990. Hoewel de wetgever de verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidsstoets door de jaren heen inhoudelijk niet heeft veranderd,¹⁵⁵ is het toepassingsbereik daarvan een aantal keren uitgebreid. Zo geldt deze verplichting vanaf 2006 ook voor hypothecaire kredieten en effectenkredieten. Deze uitbreiding vloeide voort uit het besef van de wetgever dat er, vanuit het oogpunt van consumentenbescherming, geen goede redenen waren om deze kredietvormen anders te behandelen dan de voorheen wel gereguleerde kredietvormen.¹⁵⁶ Daarnaast heeft de invoering van de Richtlijn consumentenkrediet ervoor gezorgd dat de kredietwaardigheid vanaf 2011 ook moet worden getoetst als de consument vraagt om een belangrijke verhoging van de kredietlimiet of kredietsom.¹⁵⁷

Overigens richt artikel 4:34 Wft zich niet op alle kredietaanvragen van consumenten. Zo gelden er uitzonderingen voor gemeentelijke kredietbanken en ondernemingen die online-diensten aanbieden vanuit een andere lidstaat.¹⁵⁸ Daarnaast is de Wft als zodanig niet van toepassing op bepaalde kredieten die worden verstrekt aan een beperkt

¹⁵⁵ Overigens zijn er tekstueel wel veranderingen geweest. Zo is bijvoorbeeld de weigeringsplicht voor het eerst opgenomen in art. 51 Wfd. Deze weigeringsplicht vloeide voorheen voort uit de open Wck-norm van het goed kredietgeverschap. Met deze tekstuele toevoeging heeft de wetgever dan ook geen inhoudelijke wijziging voorzien. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 34 waarin art. 51 Wfd wordt aangemerkt als een oude bepaling.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 24 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 9, p. 51. De hypothecaire kredieten waren bijvoorbeeld uitgezonderd om zelfregulering de kans te geven. De wetgever heeft echter het vertrouwen in zelfregulering deels verloren mede omdat niet iedereen zich daaraan houdt. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 4 en Broekhuizen & Labeur 2006.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3, p. 35. De term 'belangrijke verhoging' kan volgens de wetgever in absolute en relatieve zin worden uitgelegd. Ook meerdere kleine verhogingen kunnen uiteindelijk worden gezien als een belangrijke verhoging.

¹⁵⁸ Zie resp. art. 4:2 Wft jo. 4:37 lid 1 Wft en art. 1:16 jo. 1:17 Wft. Uitgangspunt is dat een kredietgever die vanuit een andere lidstaat online krediet aanbiedt in Nederland moet handelen naar de normen uit die andere lidstaat.

publiek, huur- en verhuurovereenkomsten, pandhuiskredieten, en kredieten die binnen drie maanden moeten zijn terugbetaald en waarbij onbetekenende kosten in rekening worden gebracht.¹⁵⁹ Verschillende uitzonderingen hebben met elkaar gemeen dat ze betrekking hebben op kredieten die onder betrekkelijk gunstige voorwaarden worden verstrekt aan consumenten.¹⁶⁰ Denk bijvoorbeeld aan een pandhuiskrediet waarbij geldt dat de consument in principe niet kan worden aangesproken voor de overblijvende vordering als het verpande goed reeds door de kredietgever te gelde is gemaakt.

Hoewel artikel 4:34 Wft dat niet voorschrijft, heeft de branche zichzelf in bepaalde gevallen verplicht om bij doorlopende kredieten ook tussentijds een kredietwaardigheidstoets uit te voeren.¹⁶¹ Bij deze kredieten kan de consument, in beginsel zonder tussenkomst van de kredietgever, een eenmaal afgelost bedrag opnieuw opnemen. Dit betekent dat de consument eventueel ook een krediet zal kunnen opnemen als dat, door bijvoorbeeld een inkomstendaling, op dat moment niet meer verantwoord is. De consument kan mede daarom in een *lock up* situatie belanden.¹⁶² Van deze situatie wordt gesproken als de consument met zijn krediet niet kan overstappen naar een andere kredietgever. Het openstaande kredietbedrag is dan groter dan het bedrag dat de consument, volgens de leennormen die artikel 4:34 Wft uitwerken, verantwoord zal kunnen lenen.¹⁶³ Om een dergelijke consument te kunnen identificeren, schrijft de VFN gedragscode een tussentijdse kredietwaardigheidstoets voor. Deze toets moet worden uitgevoerd als de kredietrelatie een langere tijd bestaat en de consument nog een bepaald percentage van de kredietlimiet moet terugbetalen.¹⁶⁴ Als vervolgens blijkt dat de consument niet-kredietwaardig is, moet de kredietgever de mogelijkheid tot kredietopname blokkeren en daarnaast verantwoorde maatregelen treffen die erop zijn gericht om de consument binnen een redelijke termijn uit de *lock up* situatie krijgen.¹⁶⁵

4.2.2.3 Lagere regelgeving en zelfregulering

Artikel 4:34 Wft is nader uitgewerkt in lagere regelgeving en zelfregulering. Bij een hypothecair krediet zijn de leennormen uit de Tijdelijke regeling hypothecair krediet (de tijdelijke regeling) van belang. Bij een consumptief krediet zijn de leennormen uit de gedragscode van de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN) en de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) relevant. Ter aanvulling bevat

¹⁵⁹ Art. 1:20 Wft. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen meer kredietvormen worden uitgezonderd. Wat betreft een geoorloofde debetstand die de consument binnen een maand moet aflossen, is slechts een aantal bepalingen uit de Wft van toepassing. Zie art. 1:20 lid 2 Wft.

¹⁶⁰ De genoemde uitzonderingen worden bovendien beperkt uitgelegd. Verschillende pogingen om een geslaagd beroep te doen op deze uitzonderingen hebben het dan ook niet gehaald. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621 en CBB 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104.

¹⁶¹ Art. 12 VFN gedragscode.

¹⁶² Zie de toelichting bij art.12 t/m 14 VFN gedragscode. Hoewel het hier gaat om zelfregulering, heeft de AFM een stimulerende rol gespeeld bij de ontwikkeling van deze verplichting. Zie AFM 2018a, p. 19.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Art. 12 VFN gedragscode. Hieruit volgt dat er nog andere situaties kunnen zijn waarin die toets moet worden uitgevoerd.

¹⁶⁵ Art. 13 VFN gedragscode.

het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) bepalingen die gelden voor een of beide kredietvormen.¹⁶⁶ In alle genoemde regelingen wordt de kredietwaardigheid primair gekoppeld aan het vrij besteedbaar inkomen. Meer concreet moet de kredietgever na elke kredietaanvraag een onderzoek doen naar het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Vervolgens kan de kredietgever aan de hand van de relevante leennormen precies bepalen hoeveel diegene mag lenen.

De AFM heeft een belangrijke invloed (gehad) op de inhoud van de leennormen uit de gedragscodes.¹⁶⁷ Ter illustratie kan worden gewezen op het ‘Rapport Verantwoorde kredietverstrekking 2006’ waarin de toezichthouder tot de conclusie komt dat er destijds te veel onverantwoord krediet werd verstrekt aan consumenten.¹⁶⁸ De AFM heeft vervolgens gesprekken gevoerd met verschillende brancheorganisaties over verbeterpunten die betrekking hadden op de kredietpraktijken van hun (potentiële) leden.¹⁶⁹ Toen de nodige verbeteringen waren doorgevoerd, is de toezichthouder de gedragscodes van die organisaties gaan zien als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft. Dat betekent dat kredietgevers hun eigen leennormen mogen gebruiken mits ze dezelfde zichtbare bescherming tegen overkreditering bieden als de normen uit de gedragscodes.¹⁷⁰ Overigens zijn de AFM en de brancheorganisaties er onderling niet altijd uitgekomen. Zo is de Tijdelijke regeling hypothecair krediet ingevoerd omdat de toezichthouder zich niet kon vinden in een, door de branche voorgenomen, aanpassing van een leennorm uit de oude Gedragscode Hypothecaire Financieringen.¹⁷¹ Om verwarring over de juiste interpretatie van artikel 4:34 Wft te voorkomen, heeft de minister gebruik gemaakt van zijn regelgevende bevoegdheid.¹⁷² Vanaf 2013 is het daarom de minister die de hypothecaire leennormen jaarlijks bepaalt en vastlegt. Voordat er een nieuwe regeling wordt ingevoerd, vraagt de minister overigens eerst advies van het Nibud en stelt hij geïnteresseerde partijen, zoals de AFM en de brancheorganisaties, in de gelegenheid een zienswijze in te dienen over de voorgestelde regeling.¹⁷³

Tot slot is in de literatuur kritiek geleverd op de wijze waarop artikel 4:34 Wft is ingevuld. Die kritiek ziet in het bijzonder op de AFM en de rol van de leennormen uit de gedragscodes. Ten eerste is afgevraagd of deze leennormen te gedetailleerd zijn. In dit verband is gewezen op het *principle-based* karakter van de wet en de gedachte dat deze

¹⁶⁶ Art. 113 t/m 115ab BGfo. Voor hypothecair krediet is art. 59ab BGfo nog relevant.

¹⁶⁷ Overigens heeft de wetgever al bij de eerste invoering van deze verplichting gewezen op het belang van zelfregulering. Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, nr. 3, p. 29 en 44.

¹⁶⁸ AFM 2006.

¹⁶⁹ Zo is met de NTO gesproken over het gebruik van statistische creditscoringsystemen die volgens de AFM meer aandacht moesten hebben voor de individuele consument, terwijl met de VFN en NVB is gesproken over kredietverlening aan consumenten met hogere of lagere inkomens. Zie AFM 2006, p. 28 t/m 30.

¹⁷⁰ Volgens het CBb gaat de AFM hiermee uit van een juist uitgangspunt. Zie CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, r.o. 5.2 en CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, r.o. 5.4.

¹⁷¹ Het ging over kredietverlening aan tweeverdieners. Zie [https://www.afm.nl/nl-nl-nieuws/2012/jan/verruiming-leencapaciteit-tweeverdieners](https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2012/jan/verruiming-leencapaciteit-tweeverdieners).

¹⁷² Staatscourant 2012, p. 6. Deze bevoegdheid vloeit voort uit art. 4:34 lid 3 Wft.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld Staatscourant 2018, p. 10 t/m 12.

verplichting bij voorkeur door de markt wordt uitgewerkt.¹⁷⁴ In diens verlengde is opgemerkt dat de AFM zich beter kan richten op het doel van de wet en dus minder aandacht moet besteden aan de manier waarop dat doel wordt bereikt.¹⁷⁵ Ten tweede is betoogd dat de AFM de leennormen uit de gedragscodes te strak toepast.¹⁷⁶ Zo blijkt bijvoorbeeld uit de boetebesluiten dat de toezichthouder ‘al’ een overtreding van artikel 4:34 lid 2 Wft aanneemt, ook al is sprake van een minimale overschrijding van de leennormen uit de gedragscodes.¹⁷⁷ De AFM lijkt deze normen daarmee ten onrechte te zien als een wettelijke norm waarvan niet mag worden afgeweken. Overigens zal de AFM er in voorgaand verband op willen wijzen dat kredietgevers wel degelijk ruimte hebben om te komen tot een eigen invulling van de kredietwaardigheidstoets.¹⁷⁸ Zo kan de kredietgever er bijvoorbeeld altijd nog voor kiezen om een *kleiner* krediet te verstrekken dan op basis van de leennormen mogelijk is, terwijl hij eventueel kan overgaan tot het verstrekken van een *groter* krediet mits hij kan uitleggen waarom dat verantwoord is voor de betreffende consument.

4.2.3 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht volgt een consumentgerichte benadering. Zoals beschreven in paragraaf 2.4, is de consument in deze benadering kredietwaardig als hij naar verwachting op een, voor hem, acceptabele manier zal kunnen terugbetalen.¹⁷⁹ Er wordt dus getracht te voorkomen dat er terugbetaalloffers moeten worden gemaakt die leiden tot onacceptabele gevolgen voor de consument. In die lijn hebben de leennormen in het publiekrecht een preventieve aandacht voor twee terugbetaalsituaties. Ten eerste moet voorkomen worden dat de consument *te veel* van zijn maandelijkse betaalcapaciteit moet opgeven voor de terugbetaling van het krediet. Zo mag hij bijvoorbeeld niet bezuinigen op zijn vaste uitgaven en mag hij in beginsel geen andere onderdelen van zijn betaalcapaciteit opofferen dan zijn vrij besteedbaar inkomen.¹⁸⁰ Ten tweede wordt getracht te voorkomen dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit *te vaak* moet aanspreken voor de terugbetaling van het krediet. Zo moet de consument een consumptief krediet in beginsel binnen vijftig maanden verantwoord kunnen terugbetalen, terwijl bij hypothecair krediet in principe wordt uitgegaan van een terugbetaalperiode van dertig jaar.¹⁸¹ Bedacht moet echter worden dat die laatste grenzen vooral zijn gesteld om de omvang van het gehele kredietbedrag te

¹⁷⁴ Zie hierover Mein 2015, p. 184 t/m 190.

¹⁷⁵ Hoewel dus kritiek is geleverd op de gedetailleerde invulling van de norm, geldt tegelijkertijd dat enige mate van detail nodig is om als AFM handhavend te kunnen optreden. Zie hierover Bröring & Cherednychenko 2016.

¹⁷⁶ Aldus Affourtit. Zie Rb. Rotterdam 4 mei 2011, *JOR* 2011/228 m.nt. V.H. Affourtit.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld Boetebesluit ICS 2017, p. 15 e.v.

¹⁷⁸ Dit leid ik onder andere af uit de afwijkingsmogelijkheid van art. 4 Tijdelijke regeling hypothecair krediet en de boetebesluiten waarin de AFM steeds begint met de opmerking dat de betreffende leennormen moeten worden gezien als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft en dat kredietgevers een zekere ruimte hebben om een eigen invulling te geven aan deze norm. Zie bijvoorbeeld Boetebesluit SCF 2019, p. 8.

¹⁷⁹ Zie paragraaf 2.4. Volgens de AFM is de wetgever bij de overstap van de Wck naar de Wfd consumentgerichter geworden. Zie AFM 2006, p. 29.

¹⁸⁰ Zie paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

¹⁸¹ Overigens volgen deze terugbetaalperiodes niet altijd even direct uit de leennormen. Zie paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

beperken. De kredietpartijen hebben in principe de vrijheid om een andere looptijd af te spreken mits de omvang van het krediet binnen de gestelde grenzen blijft.¹⁸² Niettemin laten de leennormen op deze manier zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet.

In de kern wordt toegewerkt naar een situatie waarin de consument zich, na de beoogde kredietverlening, ten minste een leefstijl kan veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Het is niet alleen de bedoeling dat de consument kan blijven voorzien in de minimale kosten van levensonderhoud. Ook moet hij een deel van zijn inkomen overhouden voor de moeilijk-vermijdbare uitgaven. Volgens de toelichting bij de consumptieve leennormen hebben de laatstgenoemde uitgaven betrekking op de uitgaven die normaal gesproken passen bij het inkomen van de consument:

‘Het is een bekend gegeven dat met het stijgen van het inkomen consumenten ook op ruimere voet leven. Men heeft een grotere auto en gaat vaker met vakantie. Het is in de kredietverlening dan niet reëel om bij hogere inkomens uit te gaan van uitsluitend de basisnorm [oftewel: de minimale kosten van levensonderhoud, *JM*]. Daarom dient naast de basisnorm ten minste 15% van het inkomen, na aftrek van de norm woonlast en de basisnorm, voor levensonderhoud beschikbaar te zijn.’¹⁸³

Aan de hand van deze toelichting kan voorts worden uitgelegd dat er in het publiekrecht *geen* aansluiting is gezocht bij een kredietgevergerichte benadering van de kredietwaardigheidstoets. In die benadering gaat het immers om de vraag of de consument kan terugbetalen. Aangenomen dat de moeilijk-vermijdbare uitgaven daadwerkelijk vermijdbaar zijn, is het in de kredietgevergerichte benadering in principe geen probleem dat de kredietwaardigheid mede daarop wordt afgestemd. Zolang er een goede kans is dat er volledig kan worden terugbetaald, is de consument in deze benadering immers kredietwaardig. Dat de betreffende consument als gevolg van deze terugbetaaloffers bijvoorbeeld niet meer (zo vaak) op vakantie zal kunnen, is daarom hooguit in de consumentgerichte benadering een probleem. Kortom, het feit dat de moeilijk-vermijdbare uitgaven worden beschermd laat zien dat de kredietwaardigheidstoets is gericht op bescherming van de consument tegen de nadelige gevolgen van de kredietverlening. In deze lijn is het dan ook goed te begrijpen dat de AFM heeft opgetreden tegen kredietgevers die krediet verstrekten enkel op basis van de statistische terugbetaalkans.¹⁸⁴ Een positieve terugbetaalkans zegt op zichzelf immers niets over de manier waarop een individuele consument zal kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.

¹⁸² Bij doorlopende kredieten moet de kredietgever echter waarborgen dat het krediet een looptijd heeft die niet langer is dan 180 maanden. Zie art. 11 VFN gedragscode.

¹⁸³ Zie toelichting bij art. 5 VFN gedragscode. De hypothecaire leennormen hebben een vergelijkbare aandacht voor de moeilijk-vermijdbare uitgaven. Zie Nibud 2019, p. 11 waarin wordt gesproken over uitgaven waarvan het niet realistisch is om te veronderstellen dat mensen daarvan af zullen zien, zoals de contributie van een vereniging of het op bezoek gaan bij familie.

¹⁸⁴ AFM 2006, p. 29. Zie in dezelfde zin *Kamerstukken II* 1987/88, 19785, nr. 7, p. 39.

Door de consument mede te beschermen tegen bepaalde niet-financiële gevolgen van *terugbetaaloffers*, liggen de leennormen in lijn met de parlementaire stukken waaruit blijkt dat de wetgever de consument heeft willen beschermen tegen dergelijke gevolgen van *kredietverlening*. Zo heeft de wetgever bijvoorbeeld de Wck ingevoerd mede omdat steeds meer consumenten moeite hadden om tijdig te voldoen aan hun terugbetaalplichten.¹⁸⁵ Volgens de wetgever moeten kredietgevers, meer dan bij kredietverlening aan ondernemers, rekening houden met ‘de sociale aspecten’ van kredietverlening vooral omdat de consument ‘met al zijn bezittingen instaat’ voor de terugbetaling van het krediet en hij door ‘overcreditering volledig aan de grond kan raken.’¹⁸⁶ In die lijn heeft de wetgever voorts opgemerkt dat een problematische terugbetaalsituatie ‘diep ingrijpt in het gezinsleven’ en bovendien kan leiden tot ‘ernstige sociale en psychologisch verstoringen’ voor de consument.¹⁸⁷ Overigens zijn zulke consumentgerichte uitingen ook te vinden in de parlementaire stukken van de wetten die de Wck op dit punt hebben opgevolgd. Zo is bij de invoering van de Wfd bijvoorbeeld rekening gehouden met het gegeven dat destijds veel huishoudens met een lager inkomen te maken hadden met financiële problemen. Tegen die achtergrond heeft de wetgever vervolgens benadrukt dat kredietgevers voorzichtig moeten omgaan met de kredietaanvragen van consumenten met een ‘zwakkere of onzekere financiële positie.’¹⁸⁸

4.2.4 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht beoogt een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen. In die terugbetaalsituatie kan de consument niet of enkel middels het maken van onacceptabele offers voldoen aan de terugbetaalplichten. Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. In die lijn moet de kredietgever in het publiekrecht *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaaloffers liever niet willen maken.

Het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen doet recht aan de *execution-only* relatie die aan de orde is. De consument die zoekt naar de beste kredietbeslissing die hij op dat moment zal kunnen nemen, is beter af bij een financieel adviseur die wordt geacht zich in een verdergaande mate te ontfemen

¹⁸⁵ *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, nr. 3, p. 23.

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 59.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 25.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 97. Zie voorts *Kamerstukken II* 2005/06, 29507, nr. 31, p. 1 waarin wordt gewezen op het onderzoek over de schulden van consumenten met een laag inkomen.

over het belang van de consument.¹⁸⁹ Voorts is de preventieve aandacht voor de onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te begrijpen in het licht van het publiekrechtelijke streven naar een optimaal beschermingsniveau. Dat laatste betekent immers dat er ook rekening wordt gehouden met de nadelige gevolgen van de regels op (in)direct betrokkenen.¹⁹⁰ In dat verband moet worden bedacht dat een verplichte kredietwaardigheidstoets kan leiden tot meer uitvoeringskosten voor de kredietgever, terwijl bovendien niet kan worden uitgesloten dat deze toets een nadelige impact heeft op de krediettoegang van bepaalde consumenten.¹⁹¹ Overigens kan dat laatste punt verklaren waarom een kleine groep consumenten volgens de huidige leennormen kan worden aangemerkt als kredietwaardig, terwijl deze groep in feite beschikt over te weinig inkomen om het krediet op een verantwoorde manier te kunnen terugbetalen. Als een consument uit deze groep besluit maximaal te lenen, zal hij dus in een terugbetaalsituatie belanden waarin hij moet bezuinigen op de uitgaven die de leennormen juist beogen te beschermen. Niettemin heeft de minister besloten de leennormen niet te veranderen omdat de voormelde groep consumenten die daarvan voordelen heeft, volgens hem, te klein is om de nadelige effecten daarvan voor andere groepen te rechtvaardigen.¹⁹² Op deze manier laat de minister zien dat het uiteindelijk gaat om de balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. Het gevolg hiervan is echter dat niet elke consument in dezelfde mate is gebaat bij de leennormen uit het publiekrecht.

Het voorgaande komt er, kort gezegd, op neer dat de kredietgever verplicht is te onderzoeken of de consument *kan* terugbetalen. In lijn met de keuze voor een consumentgerichte benadering, moet de kredietgever de consument ook in bescherming nemen als laatstgenoemde bepaalde terugbetaalloffers niet *moet willen* maken. Door de jaren heen is de kredietwaardigheidstoets door de AFM een aantal keren aangescherpt. Na elke aanscherping beschikt de consument over minder ruimte om te bepalen welke terugbetaalloffers hij later *zal willen* maken. De kredietgever moet immers, sneller dan voorheen, beschermend optreden met het argument dat de consument de betreffende terugbetaalloffers niet moet willen maken. Een voorbeeld daarvan is de aanpassing van de consumptieve leennormen in 2008 waardoor de consument niet langer meer kredietwaardig is als hij moet bezuinigen op zijn moeilijk-vermijdbare uitgaven.¹⁹³ Een ander voorbeeld betreft de informele oproep van de AFM om, als kredietgever, actiever rekening te houden met het bestedingsdoel van het beoogde krediet.¹⁹⁴ Volgens de

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld het subtiële verschil tussen art. 4:24a lid 1 en 2 Wft. Zie ook AFM Leidraad Hypotheekadvisering 2010, afl. 2, p. 5 waarin staat dat een lening niet altijd verantwoord is alleen omdat is voldaan aan de eisen van art. 4:34 Wft.

¹⁹⁰ Zo is al bij de invoering van de Wck aangegeven dat is gestreefd naar een 'evenwichtige regeling' die rekening houdt met alle betrokken (markt)partijen. Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, nr. 3, p. 3.

¹⁹¹ Denk bijvoorbeeld aan de extra uitvoeringskosten die daarmee gepaard gaan. Deze kunnen leiden tot hogere kredietprijzen en langere wachttijden. Zie hierover paragraaf 8.2 e.v.

¹⁹² Zie Staatscourant 2018, p. 11 en Staatscourant 2019, p. 10 en 11.

¹⁹³ Zie AFM 2006, p. 29.

¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld AFM 2018, p. 4. Deze oproep is in de VFN gedragscode omgezet naar een verplichting. Ik ga ervan uit dat deze (nog) geen onderdeel vormt van de minimumgrens van artikel 4:34 Wft. De AFM heeft overigens gevraagd om een wettelijke verankering. Zie AFM maart 2019, p. 4.

AFM wijst de kredietgever een kredietaanvraag in het ideale geval zelfs af als het gevraagde krediet, qua bijvoorbeeld looptijd, niet strookt met het betreffende bestedingsdoel.¹⁹⁵

Terzijde wordt opgemerkt dat de voormelde aanscherpingen niet betekenen dat de kredietwaardigheidstoets inmiddels neerkomt op een zoektocht naar de beste kredietbeslissing voor de consument. De reden hiervoor is dat de kredietgever niet gehouden is te controleren of de consument het betreffende bestedingsdoel moet willen nastreven. De kredietgever wordt immers geacht te kijken of het krediet past bij het betreffende bestedingsdoel en kan vervolgens het krediet verstrekken als is voldaan aan de eisen van een verantwoord krediet in de zin van artikel 4:34 Wft. Omdat de kredietgever niet hoeft te beoordelen of het bestedingsdoel als zodanig geschikt is voor de individuele consument, kan een consument nog steeds de beschikking krijgen over een krediet dat niet goed aansluit bij zijn voorkeuren.¹⁹⁶

4.2.5 De drie stappen bij consumptief krediet

4.2.5.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. In het publiekrecht zijn de stappen bij consumptief krediet grotendeels uitgewerkt in gedragscodes van de VFN en de NVB. De daarin te vinden leennormen worden door de AFM gezien als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft. Dat betekent dat kredietgevers hun eigen leennormen mogen gebruiken mits ze dezelfde zichtbare bescherming tegen overkreditering bieden als de normen in de gedragscodes.¹⁹⁷ Die laatste leennormen laten zien dat het in beginsel weinig uitmaakt wie een kredietaanvraag heeft ingediend. Na elke kredietaanvraag moet de kredietgever hetzelfde onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de uitgaven van de consument om vervolgens op dezelfde manier te bepalen hoeveel diegene maximaal mag lenen. De kredietgever mag eventueel een groter krediet verstrekken mits hij kan uitleggen waarom dat in het concrete geval verantwoord is voor de consument. Tegen deze achtergrond wordt hierna verder ingegaan op de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets.

¹⁹⁵ AFM 2018, p. 4. Overigens is dit niet de eerste oproep met een dergelijke strekking. Al bij de invoering van de Wck heeft de wetgever het wenselijk geacht dat de kredietgever ‘op vrijwillige basis in overleg met de cliënt beziet of de aangevraagde lening past in het inkomsten- en uitgavenpatroon van de laatste.’ Zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, nr. 3, p. 50.

¹⁹⁶ Zie ook paragraaf 7.4.2.2.

¹⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Boetebesluit, SCF 2019, p. 8. Volgens het CBb gaat de AFM hiermee uit van een juist uitgangspunt. Zie CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, r.o. 5.2 en CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, r.o. 5.4.

Ter verduidelijking wordt erop gewezen dat hierna de nadruk ligt op de leennormen uit de VFN gedragscode van 1 januari 2020. Er wordt alleen ingegaan op de leennormen uit de NVB gedragscode als dit inhoudelijk relevant is.¹⁹⁸ Overigens is niet altijd duidelijk of een specifieke leennorm uit de VFN gedragscode fungeert als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft, of dat deze slechts moet worden gezien als een private afspraak tussen de brancheorganisaties en diens leden.¹⁹⁹ In het vervolg ligt daarom de nadruk op de leennormen die ook aan bod zijn gekomen in de boetebesluiten van de AFM.²⁰⁰

4.2.5.2 Stap 1: onderzoek

De kredietgever moet op de hoogte zijn van het maandelijks netto-inkomen en de vaste uitgaven van de consument.²⁰¹ Wat betreft het inkomen, mag de kredietgever alleen uitgaan van het bestendige deel daarvan.²⁰² Zo mag bijvoorbeeld geen rekening worden gehouden met een algemene heffingskorting als deze korting gedurende de beoogde looptijd zal verdwijnen en onvoldoende vaststaat dat deze daling zal worden gecompenseerd.²⁰³ In dezelfde zin mag niet worden uitgegaan van het inkomen uit een tijdelijke arbeidsovereenkomst, tenzij aannemelijk is dat de consument (ook) nadien op een verantwoorde manier kan terugbetalen.²⁰⁴ Wat betreft de vaste uitgaven, kan er een onderscheid worden gemaakt tussen de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven. De onvermijdbare uitgaven bestaan uit de minimale kosten van levensonderhoud en de bestaande financiële verplichtingen, zoals financieringslasten, alimentatieplichten en de maandlasten voor woninghuur.²⁰⁵ De moeilijk-vermijdbare uitgaven bestaan uit de wat minder noodzakelijke uitgaven die worden geacht te passen bij het inkomen van de consument. Hiermee wordt bijvoorbeeld bedoeld op de uitgaven aan

¹⁹⁸ Er wordt geen aandacht besteed aan de gedragscode van de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie (NTO). Hoewel ook deze code, die ziet op de kleinere goederenkredieten, heeft gefungeerd als een minimuminvulling van art. 4:34 Wft, hebben diens leden zich per 1 mei 2018 aangesloten bij de VFN. Deze overstap hangt samen met de hoge betaalachterstanden bij goederenkredieten en het feit dat de NTO gedragscode wat soepeler was dan de andere gedragscodes. Zie hierover de brief van de minister van Financiën 2018.

¹⁹⁹ Dit geldt vooral voor art. 3b VFN gedragscode waarin staat dat de kredietgever rekening moet houden met het bestedingsdoel van het krediet. Ook is enige onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de leennormen. De NVB gedragscode is niet van toepassing op kredieten tot €1000 en vanaf €75.000, terwijl de VFN gedragscode ook betrekking heeft op deze kredieten. Mede omdat de AFM deze beperkingen uit de NVB gedragscode niet lijkt te hanteren, wordt aangenomen dat de leennormen ook gelden voor de, door de NVB uitgezonderde kredieten. Zie bijvoorbeeld Boetebesluit ICS 2017, p. 20 en 21 waarin de AFM opmerkt dat de NVB gedragscode niet van toepassing is op kredieten tot €1000, maar vervolgens de daarin te vinden leennormen bij deze kredieten wel lijkt te gebruiken om de maximale kredietruimte te berekenen.

²⁰⁰ In het bijzonder de drie meest recente boetebesluiten, te weten Boetebesluit SCF 2019, Boetebesluit NN 2019 en Boetebesluit ICS 2017.

²⁰¹ Zie (de toelichting bij) art. 4 en 5 VFN gedragscode.

²⁰² Zie ook art. 8 NVB gedragscode. Er mag bijvoorbeeld geen rekening worden gehouden met reiskostenvergoedingen. Zie Boetebesluit SCF 2019, p. 16. Zie in dezelfde zin p. 45.

²⁰³ Boetebesluit SCF 2019, p. 24 en 25. Een algemene toezegging van de rijksoverheid dat mensen worden gecompenseerd voor het verlies van de heffingskorting is volgens de AFM onvoldoende.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Zie (de toelichting bij) art. 4, 5 en 6 VFN gedragscode. Het is overigens wel van belang dat deze uitgaven onvermijdbaar blijven. De kredietgever hoeft bijvoorbeeld geen rekening te houden met de kosten die samenhangen met een fiscale bijtelling als aannemelijk kan worden gemaakt dat de consument niet langer privé zal rijden met de leaseauto. Zie Boetebesluit NN 2019, p. 39 t/m 41.

vakanties.²⁰⁶ De kredietgever hoeft echter niet precies te weten hoeveel de consument maandelijks uitgeeft. Zo worden de minimale kosten van levensonderhoud afgestemd op de uitgaven van een vergelijkbaar huishouden,²⁰⁷ terwijl de moeilijk-vermijdbare uitgaven en de bestaande financieringslasten worden vastgesteld door een bepaald percentage te nemen van het inkomen dan wel van het totaal uitstaande kredietbedrag.²⁰⁸ Overigens lijkt de kredietgever ook rekening te moeten houden met de mogelijkheid dat de consument meer uitgeeft aan een specifieke post dan waarvan de leennormen uitgaan. Zo laat de VFN gedragscode zien dat de kredietgever eventueel rekening moet houden met *extra* ziektekosten of *hoge* energielasten van de consument.²⁰⁹

Om de vaste uitgaven in kaart te brengen, moet de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €250, het kredietregister van de stichting Bureau Krediet Registratie (BKR) raadplegen om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over de reeds aan de consument verleende kredieten.²¹⁰ De kredietgever kan in dit verband echter niet volstaan met een BKR-toets. Zo heeft de AFM verduidelijkt dat de kredietgever bijvoorbeeld kan overgaan tot het stellen van aanvullende vragen aan de consument over het eventuele bestaan van uitgaven die niet zijn opgenomen in het BKR-register.²¹¹ Voorts kan de kredietgever de consument vragen om een rekeningafschrift, van ten minste een maand, zodat kan worden nagegaan welke uitgaven de consument (nog meer) heeft.²¹² Als er een vermoeden is dat de consument een, nog niet opgegeven, vaste uitgavenpost heeft, moet de kredietgever daar een onderzoek naar doen. Zo heeft een kredietgever bijvoorbeeld ten onrechte geen onderzoek gedaan naar de aard van de, op het bankafschrift vermelde, betaling aan de belastingdienst die gepaard ging met de omschrijving ‘eerste termijn’.²¹³ Volgens de AFM doet vooral die omschrijving vermoeden dat het hier gaat om een structurele uitgave.²¹⁴

Tot slot gelden er in het publiekrecht twee soorten van verificatieplichten. Ten eerste moet de kredietgever gegevens verifiëren als er een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid daarvan. Die twijfel kan voortvloeien uit een tegenstrijdigheid tussen de ontvangen gegevens. Zo is een kredietgever bijvoorbeeld ten onrechte uitgegaan van de verklaring dat er sprake is van een eenpersoonshuishouden, terwijl de rekeningafschriften lieten zien dat er kindertoeslagen zijn ontvangen.²¹⁵ Uit de parlementaire ge-

²⁰⁶ Zie (de toelichting bij) art. 5 VFN gedragscode.

²⁰⁷ Zie (de toelichting bij) art. 4 VFN gedragscode.

²⁰⁸ Zie (de toelichting bij) art. 5 en 6a VFN gedragscode. Er zijn aparte regels over de omgang met bestaande hypothecaire kredieten.

²⁰⁹ Zie de toelichting bij artikel 5 VFN gedragscode. De kredietgever mag zulke niet (volledig) verdisconteerde uitgaven dus niet negeren. Zie ook Boetebesluit NN 2019, p. 17 en 18 en Boetebesluit SCF 2019, p. 25.

²¹⁰ Art. 114 BGfo. Volgens artikel 4:32 Wft zijn kredietgevers verplicht zich hierbij aan te sluiten.

²¹¹ Boetebesluit SCF 2019, p. 18. Het gaat bijvoorbeeld om studieleningen of betalingsregelingen.

²¹² Ibid.

²¹³ Boetebesluit NN 2019, p. 23.

²¹⁴ Ibid. Zie voor vergelijkbare voorbeelden Boetebesluit NN 2019, p. 27, 44 en 45.

²¹⁵ Boetebesluit SCF 2019, p. 35 en 36.

schiedenis van artikel 4:34 Wft volgt bovendien dat de kredietgever moet kunnen opmerken dat een gegeven afwijkt van hetgeen algemeen gebruikelijk is.²¹⁶ Zo wordt de kredietgever bijvoorbeeld geacht enig inzicht te hebben in de huurprijzen in een bepaalde wijk en de normen voor alimentatie.²¹⁷ Ten tweede zijn er in het publiekrecht standaard-verificatieplichten te vinden. Enerzijds moet de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €250, een BKR-toets uitvoeren om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over reeds aan de consument verleende kredieten.²¹⁸ Anderzijds dient de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €1000, het inkomen van de consument te verifiëren.²¹⁹ Overigens is over de juridische status van die laatste verplichting enige onduidelijkheid. Dit komt omdat deze verplichting niet letterlijk in een wettelijk voorschrift is opgenomen en bovendien niet ondubbelzinnig volgt uit de wetgeschiedenis.²²⁰ Niettemin is duidelijk dat de AFM op dit punt een tamelijk vergaande verantwoordelijkheid wil neerleggen bij de kredietgever. In dit licht is het dan ook niet vreemd dat de toezichthouder heeft opgetreden tegen kredietgevers die hun online-aanvraagformulieren ‘alvast’ hadden voorzien van een specifiek bedrag aan inkomsten.²²¹ Volgens de AFM is dit onwenselijk vooral omdat consumenten de neiging kunnen hebben een (te hoog) bedrag te laten staan en aldus sneller kunnen overgaan tot het indienen van een onverantwoorde kredietaanvraag.²²²

4.2.5.3 Stap 2: beoordeling

Als er eenmaal duidelijkheid is over de omvang van de maandelijkse betaalcapaciteit, kan worden bepaald hoeveel de consument maximaal mag lenen. In beginsel mag de consument vijftig maal het maandelijkse bedrag aan vrij besteedbaar inkomen lenen.²²³ Het volgende voorbeeld uit de VFN gedragscode laat zien hoe de maximale lening wordt bepaald:

‘bij samenwonenden met een netto inkomen exclusief vakantiegeld en toeslagen van € 2.067 bedraagt (per 1 januari 2020) de basisnorm € 1.261. Voor levensonderhoud dient vanwege de inkomensafhankelijke norm na kredietverlening (€ 2.067 -/- € 229 -/- €1.261) x 15% plus € 1.261 plus €119 is €1.466,55 beschikbaar te blijven. Dit is de leen-

²¹⁶ *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, nr. 12, p. 26.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Art. 114 BGfo.

²¹⁹ Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/feb/verificatieplicht-kredietverlening>. De AFM lijkt deze standaard-verificatieplicht te baseren op art. 113 BGfo. Dit artikel schrijft deze verplichting echter niet letterlijk voor.

²²⁰ Zo heeft de wetgever erop gewezen dat de kredietgever de ‘essentialia van de financiële positie’ moet controleren, terwijl ook is benadrukt dat de kredietgever in beginsel kan uitgaan van de, door de consument verkregen, gegevens. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 19785, nr. 7, p. 40 en *Kamerstukken II* 1987/88, 19785, nr. 12, p. 26. Zie in dezelfde zin Conclusie A-G Wissink 14 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1036 en ‘t Hart 2019 en ‘t Hart 2018.

²²¹ AFM maart 2018.

²²² *Ibid.* Het is echter niet helemaal duidelijk in hoeverre deze kredietgevers in strijd hebben gehandeld met een wettelijke norm. Zie over de eventuele ‘zwaktes’ van consumenten ook paragraaf 7.2.3.2 en 7.4.4.3.

²²³ Dit volgt uit art. 6a VFN gedragscode.

norm voor deze consumenten. Stel dat de huur € 400 bedraagt, dan resteert als maximale maandlast voor kredietverlening € 2.067 -/- € 1.466,55 -/- € 400 = € 200,45. Dat correspondeert met een doorlopend krediet van $50 \times € 200,45 = € 10.022,5$.²²⁴

Deze berekening laat zien dat de consument het krediet, exclusief rente, in feite binnen vijftig maanden moet kunnen terugbetalen. De leennormen geven de kredietgever voorts de ruimte om te rekenen met een langere terugbetaalperiode. Zo is de consument ook kredietwaardig als hij het betreffende krediet, inclusief rente, binnen 96 maanden zal kunnen terugbetalen.²²⁵ Het is echter van belang om te realiseren dat beide grenzen zijn ingevoerd om het totale kredietbedrag te beperken.²²⁶ Dit betekent dat de kredietpartijen in principe vrij zijn om te komen tot een eigen looptijd mits de omvang van het krediet binnen de daaraan gestelde grenzen blijft.²²⁷ De kredietgever kan daarom een krediet verstrekken dat de consument hooguit binnen vijftig maanden verantwoord *zal kunnen* terugbetalen, terwijl hij tegelijkertijd met de consument kan afspreken dat dit bedrag binnen een kortere tijd *moet zijn* terugbetaald. Hoewel de consument in dat geval te maken zal krijgen met, strikt genomen, te hoge maandlasten, is hij desondanks kredietwaardig omdat het gehele kredietbedrag, qua omvang, binnen de gestelde kaders van de leennormen blijft.

De kredietgever kan onder omstandigheden een groter krediet verstrekken dan in eerste instantie volgt uit de leennormen. Zo is een afwijking bijvoorbeeld toelaatbaar als de consument een lopend krediet wil oversluiten naar een gunstigere aanbieder.²²⁸ Daarnaast kan een afwijking steunen op een concreet voorzienbare en positieve verandering van de betaalcapaciteit.²²⁹ De kredietgever moet in dat laatste geval wel aannemelijk kunnen maken dat die verandering daadwerkelijk zal plaatsvinden. In die lijn heeft de AFM opgetreden tegen de kredietgever die er onterecht van uit is gegaan dat de consument tijdelijk samenwoonde met een familielid.²³⁰ De kredietgever had in dit geval de kredietwaardigheid afgestemd op de *latere* situatie waarin de consument alleen woont en dus minder vaste uitgaven heeft. Omdat destijds onvoldoende duidelijk was of het daadwerkelijk ging om een tijdelijke situatie, had de kredietgever volgens de toezichthouder moeten uitgaan van de *huidige* situatie en dus van een groter bedrag

²²⁴ Zie de toelichting bij art. 5 VFN gedragscode.

²²⁵ Zie (de toelichting bij) art. 6 VFN gedragscode. Als de kredietgever kiest voor deze weg, moet hij rekenen met de werkelijke looptijd als de kredietpartijen een looptijd willen afspreken die korter is dan 96 maanden. Overigens moet de kredietgever volgens dit artikel ook rekening houden met de slottermijn.

²²⁶ Zie de toelichting bij art. 6 VFN gedragscode: 'De VFN Gedragscode stelt geen grenzen aan toegestane looptijden en slottermijnen. Uitsluitend de wijze waarop deze factoren invloed hebben op het maximaal te verstrekken krediet worden geregeld.'

²²⁷ Bij doorlopende kredietvormen moet overigens worden gewaarborgd dat het krediet een looptijd heeft die niet langer is dan 180 maanden. Zie art. 11 VFN gedragscode. Dit artikel beoogt een bijdrage te leveren aan het streven om te voorkomen dat consumenten *locked-up* raken. Zie ook paragraaf 4.2.2.2.

²²⁸ Art. 6d VFN gedragscode.

²²⁹ Zie Boetebesluit SCF 2019, p. 16 en Boetebesluit NN 2019, p. 23 waarin de AFM in algemene zin wijst op het belang dat het krediet gedurende de looptijd van het krediet (voorzienbaar) blijft aansluiten bij de betaalcapaciteit van de consument.

²³⁰ Boetebesluit SCF 2019, p. 15 en 16.

aan vaste uitgaven.²³¹ Volgens de AFM had de kredietgever wel mogen uitgaan van de latere situatie als er meer zekerheid was over de tijdelijkheid van de huidige situatie.²³² Hieruit lijkt te volgen dat de consument eventueel als kredietwaardig mag worden gezien, ook al is duidelijk dat hij tijdelijk te maken zal krijgen met terugbetaalplichten die, strikt genomen, te hoog zijn. Immers, als de maandlasten worden afgestemd op de *latere* situatie waarin de consument beschikt over een grotere betaalcapaciteit, kan hij in de periode *daarvoor* te maken krijgen met maandlasten die hij niet volledig kan voldoen uit zijn maandelijkse betaalcapaciteit.

Er is tot slot onduidelijkheid over twee aspecten van de kredietwaardigheidstoets. Ten eerste zwijgt de VFN gedragscode over de eventuele mogelijkheid om de kredietwaardigheid te koppelen aan het vermogen van de consument. In mijn ogen is dat laatste denkbaar mits de kredietgever aannemelijk kan maken dat de kredietverstrekking in het concrete geval verantwoord is voor de consument. Bedacht moet immers worden dat de consument een verantwoord krediet moet krijgen in de zin van artikel 4:34 Wft. De leennormen fungeren weliswaar als een minimuminvulling van dat artikel, maar zijn in dat verband niet allesbepalend. Mede omdat deze leennormen geen rekening lijken te houden met een consument die beschikt over een groot vermogen, ligt het voor de hand dat de kredietgever daar onder omstandigheden rekening mee mag houden. In die lijn wordt in de NVB gedragscode een voorbeeld besproken over de (verantwoorde) kredietverstrekking aan de consument die beschikt over onvoldoende inkomen, maar die op korte termijn een uitkering van een verzekering krijgt.²³³

Ten tweede is niet helemaal duidelijk in welke mate rekening moet worden gehouden met negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit. De VFN gedragscode bevat enkel de verplichting om bij consumenten van 58 jaar of ouder mede rekening te houden met het inkomen na pensionering.²³⁴ Deze verplichting impliceert dat de consument als niet-kredietwaardig moet worden gezien ook als hij ‘pas’ na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit. Het is echter niet duidelijk of, en zo ja hoe de kredietgever moet omgaan met eventuele andere concreet voorzienbare dalingen van de betaalcapaciteit, zoals een stijging van de uitgaven na een gezinsuitbreiding. De AFM lijkt die laatste vraag echter te koppelen aan een positief antwoord door, in een aantal boetebesluiten, te benadrukken dat een kredietgever moet beoordelen of een krediet ‘op het moment van acceptatie en - voor zover redelijkerwijs voorzienbaar - gedurende de looptijd van het krediet aansluit bij de afloscapaciteit van een consument.’²³⁵ Voor zover de AFM hiermee inderdaad wil zeggen dat de kredietgever rekening moet houden met *alle* concreet voorzienbare tegenslagen, kunnen vragen worden

²³¹ Ibid.

²³² Ibid. p. 16.

²³³ Zie de toelichting bij art. 4 sub g NVB gedragscode.

²³⁴ Zie art. 6e VFN gedragscode. Ik ga ervan uit dat dit artikel een onderdeel vormt van de minimuminvulling van artikel 4:34 Wft. De AFM wijst namelijk op een dergelijke verplichting in Boetebesluit SCF 2019, p. 25. Niettemin moet worden bedacht dat de bestuursrechter zich hierover (nog) niet heeft uitgelaten. Overigens volgt een toekomstgericht onderzoek ook uit het gegeven dat er alleen rekening mag worden gehouden met het *bestendige* inkomen van de consument. Zie hierover de vorige paragraaf.

²³⁵ Zie bijvoorbeeld Boetebesluit SCF 2019, p. 25 en Boetebesluit NN 2019, p. 23.

gesteld over de status van deze (eventuele) verplichting. Een dergelijk ruim geformuleerde verplichting staat niet in de relevante gedragscodes en volgt bovendien niet expliciet uit artikel 4:34 Wft.²³⁶

4.2.5.4 Stap 3: beslissing

Volgens artikel 4:34 lid 2 Wft mag de kredietgever geen kredietovereenkomst aangaan met een niet-kredietwaardige consument.

4.2.6 De drie stappen bij hypothecair krediet

4.2.6.1 Inleiding

Zoals volgt uit paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de financiële positie van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als deze stappen zijn doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. In het publiekrecht zijn de stappen bij hypothecair krediet grotendeels uitgewerkt in de Tijdelijke regeling hypothecair krediet (hierna: de tijdelijke regeling). Bij het invoeren van deze regeling heeft de minister aangegeven dat de daarin te vinden leennormen moeten worden gezien als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft.²³⁷ Dat betekent dat kredietgevers hun eigen leennormen mogen gebruiken mits ze dezelfde bescherming tegen overkreditering bieden als de leennormen uit de tijdelijke regeling. Opvallend is dat het volgens die laatste leennormen in beginsel weinig uitmaakt wie een kredietaanvraag heeft ingediend. Na elke kredietaanvraag moet de kredietgever hetzelfde kredietwaardigheidsonderzoek uitvoeren om vervolgens op dezelfde manier te bepalen hoeveel de consument maximaal mag lenen. Eventueel kan de kredietgever een groter krediet verstekken mits hij kan uitleggen waarom dat in het specifieke geval verantwoord is voor de consument. Tegen deze achtergrond worden hierna de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets in meer detail besproken.

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat de tijdelijke regeling twee verschillende grenzen stelt aan de kredietverstrekking. Enerzijds zijn er grenzen gesteld aan de verhouding tussen het inkomen en het beoogde krediet (de LTI-ratio). Deze grenzen komen erop neer dat de consument slechts een bepaald deel van zijn inkomen mag opofferen voor de terugbetaling van het betreffende krediet. Anderzijds zijn er grenzen gesteld aan de verhouding tussen de waarde van de beoogde woning en de omvang van het beoogde krediet (de LTV-ratio). Meer concreet mag de consument in beginsel niet meer lenen dan 100% van de woningwaarde.²³⁸ Omdat de LTV-normen vrij rechttoe

²³⁶ Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat art. 4:34 Wft geen enkele ruimte laat voor een dergelijke verplichting. Het gaat hier immers om een wettelijke norm die bewust op een ruime manier is geformuleerd.

²³⁷ Staatscourant 2012, p. 6.

²³⁸ Art. 5 lid 1 tijdelijke regeling. In bepaalde gevallen mag een groter bedrag worden geleend. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij bepaalde herfinancieringen en kredieten die zijn gericht op energiebesparingen. Zie art. 5 lid 2 t/m 4 tijdelijke regeling.

rechtaan zijn, wordt hierna alleen ingegaan op de LTI-normen. Niettemin moet worden bedacht dat de consument in het publiekrecht ‘pas’ kredietwaardig is als het beoogde krediet past binnen de gestelde LTI- en LTV-ratio's.

4.2.6.2 Stap 1: onderzoek

De kredietgever moet op de hoogte zijn van het jaarlijkse bruto-inkomen en de vaste uitgaven van de consument.²³⁹ Wat betreft het inkomen, mag de kredietgever alleen uitgaan van het vaste en bestendige deel daarvan.²⁴⁰ Denk bijvoorbeeld aan het jaarsalaris uit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, de jaarlijkse uitkeringen uit pensioen en de bedragen uit structureel overwerk.²⁴¹ Als geen sprake is van een vast inkomen, kan de kredietgever rekening houden met het gemiddelde inkomen over de laatste drie kalenderjaren.²⁴² Als ook dat laatste niet mogelijk is, mag de kredietgever, naast het inkomen uit de wel beschikbare kalenderjaren, uitgaan van een, door een terzake deskundige onderbouwde prognose van het toekomstige inkomen van de consument.²⁴³ Wat betreft de vaste uitgaven, kan een onderscheid worden gemaakt tussen de onvermijdbare en de moeilijk-vermijdbare uitgaven.²⁴⁴ De onvermijdbare uitgaven bestaan uit de minimale kosten van levensonderhoud en de bestaande financiële verplichtingen, zoals de financieringslasten en alimentatieplichten.²⁴⁵ De moeilijk-vermijdbare uitgaven staan gelijk aan de uitgaven waarvan het in het algemeen niet realistisch is om te veronderstellen dat de consument daarvan afstand zal nemen.²⁴⁶ Gedacht kan worden aan de contributie van een vereniging en de uitgaven die gepaard gaan met familiebezoeken.²⁴⁷ Overigens hoeft de kredietgever niet precies te weten hoeveel de consument in kwestie uitgeeft. Zo zijn de minimale kosten van levensonderhoud en de moeilijk-vermijdbare uitgaven in een gestandaardiseerde vorm verwerkt in de leennormen.²⁴⁸ Dit betekent dat de kredietgever zich in de praktijk vooral zal moeten inspannen om, naast het inkomen, de bestaande financiële verplichtingen van de consument in beeld te brengen.²⁴⁹

²³⁹ Art. 59ab BGfo bepaalt dat de kredietgever de consument moet verzoeken om informatie en bewijsstukken die noodzakelijk zijn om de kredietwaardigheid te kunnen beoordelen.

²⁴⁰ Art. 2 lid 1 tijdelijke regeling.

²⁴¹ Staatscourant 2012, p. 7.

²⁴² Art. 2 lid 2 tijdelijke regeling.

²⁴³ Ibid. Hierdoor kunnen ook starters met weinig werkervaring en zonder een vast contract een hypotheek krediet krijgen. De bestendigheid van het inkomen moet dan worden afgeleid uit de toekomstige verdien capaciteit en arbeidskansen. Zie Platform Maatwerk 2017, p. 26 en 27.

²⁴⁴ In dezelfde lijn maakt het Nibud een onderscheid tussen minimale bedragen en voorbeeldbedragen. Zie Nibud 2019, p. 10 en 11.

²⁴⁵ Het gaat bijvoorbeeld om de lasten die voortkomen uit consumptief krediet, studieleningen en erfpacht. Zie Staatscourant 2012, p. 8. Zie voorts art. 4 lid 7 tijdelijke regeling over de lasten uit een overbruggingsfinanciering.

²⁴⁶ Nibud 2019, p. 11.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ De tijdelijke regeling bevat in dit verband tabellen die zijn gekoppeld aan het inkomen en de leeftijd van de consument. Daarbij is ook rekening gehouden met de rente en de fiscale aftrekbaarheid daarvan. Overigens gaan deze tabellen tot een bruto-jaarinkomen van €110.000. Voor het overige is het aan de kredietgever om een invulling te geven aan art. 4:34 Wft.

²⁴⁹ De tijdelijke regeling geeft geen antwoord op de vraag of de kredietgever moet uitgaan van de *werkelijke* maandlasten die voortvloeien uit lopende kredieten, of dat bijvoorbeeld mag worden uitgegaan van een bepaald percentage van het uitstaande kredietbedrag.

Voorts zijn er twee soorten van verificatieplichten in het publiekrecht te vinden. Ten eerste zijn er twee standaard-verificatieplichten. Enerzijds moet de kredietgever het kredietregister van de stichting Bureau Krediet Registratie (BKR) raadplegen teneinde inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over reeds aan de consument verleende kredieten.²⁵⁰ Anderzijds dient de kredietgever het inkomen van de consument te verifiëren.²⁵¹ Zoals beschreven in paragraaf 4.2.5.2, is echter enige onduidelijkheid over de juridische status van die laatste verplichting. Ten tweede moet de kredietgever gegevens verifiëren als er een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid daarvan.²⁵² Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 4:34 Wft blijkt dat de kredietgever bijvoorbeeld moet kunnen opmerken dat een gegeven afwijkt van hetgeen algemeen gebruikelijk is.²⁵³ Zo wordt de kredietgever geacht enig inzicht te hebben in de gebruikelijke huurprijzen en alimentatienormen.²⁵⁴

4.2.6.3 Stap 2: beoordeling

De consument is kredietwaardig als hij het krediet, inclusief rente en conform een bepaald aflosschema, naar verwachting binnen dertig jaar kan terugbetalen.²⁵⁵ Als de kredietpartijen een kortere looptijd willen afspreken, moet in principe worden uitgegaan van de beoogde looptijd.²⁵⁶ Opmerkelijk is dat de kredietwaardigheid in beginsel niet mag worden afgestemd op de gehele omvang van het vrij besteedbaar inkomen. De gedachte hierachter is dat de consument, na de beoogde kredietverstrekking, een zekere ruimte moet hebben om financiële tegenslagen te kunnen opvangen.²⁵⁷ Er zijn meerdere 'buffers' in de leennormen verwerkt. Zo is de kredietgever in bepaalde gevallen bijvoorbeeld verplicht om te rekenen met een hoger rentepercentage dan in eerste instantie is afgesproken.²⁵⁸ Op deze manier heeft de consument enige ruimte om een eventuele toekomstige rentestijging op te vangen. Voorts kan in dit verband worden gewezen op het verbod om de kredietwaardigheid te koppelen aan het volledige inkomen van beide kredietaanvragers²⁵⁹ en de genoemde verplichting om uit te gaan van een annuïtair aflosschema met een looptijd van dertig jaar. Als de consument kiest voor een ander aflosschema met lagere maandlasten, houdt de consument immers een deel van zijn inkomen over om eventuele tegenslagen te kunnen opvangen.

²⁵⁰ Aangenomen dat het gaat om kredieten vanaf €250. Zie art. 114 BGfo. Volgens artikel 4:32 Wft zijn kredietgevers verplicht zich hierbij aan te sluiten.

²⁵¹ Aangenomen dat het gaat om kredieten vanaf €1000. Zie hierover paragraaf 4.2.5.2.

²⁵² Overigens moet worden bedacht dat deze twijfel-afhankelijk verificatieplicht nog niet is uitgewerkt in het kader van hypotheckrediet. Ik ga ervan uit dat er op dit punt geen verschil is met de consumptieve kredieten. Zie paragraaf 4.2.5.2.

²⁵³ *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, nr. 12, p. 26. Overigens zijn deze uitlatingen gedaan in de periode dat de verplichting tot het verrichten van een kredietwaardigheidstoets alleen betrekking had op consumptief krediet.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Art. 3 lid 2 tijdelijke regeling.

²⁵⁶ Ibid. Zie ook lid 3.

²⁵⁷ De buffers kunnen overigens geen structurele en significante inkomensterugval opvangen. Zie Nibud 2019, p. 22 en 23.

²⁵⁸ Art. 3 lid 9 tijdelijke regeling.

²⁵⁹ Art. 3 lid 6 en 7 tijdelijke regeling. Zie Nibud 2019, p. 32 en 33.

De leennormen zijn vastgesteld conform het advies van het Nibud. Uit dat advies volgt dat de normen in het licht van drie criteria zijn vastgesteld.²⁶⁰ Het criterium van de betaalbaarheid werkt, ten eerste, toe naar een veilige en verantwoorde kredietverstrekking. Hoewel de kredietgever in het ideale geval onderzoekt of het gevaagde krediet past bij het inkomen- en uitgavenpatroon van de betreffende consument, is een dergelijk proces te tijdrovend en ingewikkeld.²⁶¹ In dit licht verlangt het criterium van de hanteerbaarheid, ten tweede, een zekere mate van standaardisering en het werken met gemiddelde uitgavenpatronen. Het criterium van de robuustheid wil, ten derde, voorkomen dat de leennormen te abrupt veranderen. Tegen de voorgaande achtergrond is het niet vreemd dat de kredietgever niet hoeft te weten hoeveel een consument precies uitgeeft. Meer specifiek wordt bij het bepalen van de kredietwaardigheid deels uitgegaan van de vaste uitgaven van een standaardhuishouden, te weten een tweepersoonshuishouden zonder kinderen in een alleenverdienerssituatie.²⁶² Dit laatste is weliswaar positief in termen van hanteerbaarheid, maar kan in termen van betaalbaarheid negatief uitpakken voor de consument die in werkelijkheid meer of minder uitgeeft dan waarvan de leennormen uitgaan. Hoewel de minister heeft besloten om de leennormen niet te veranderen voor de (te) kleine groep consumenten die, feitelijk gezien, onterecht wordt aangemerkt als kredietwaardig,²⁶³ bevat de tijdelijke regeling meerdere mogelijkheden om (meer) krediet te verstrekken aan een consument die in eerste instantie onterecht wordt bestempeld als niet-kredietwaardig.

De tijdelijke regeling bevat globaal twee soorten van afwijkingsmogelijkheden. Ten eerste zijn er specifieke afwijkingsgronden. Zo mag er van de leennormen worden afgeweken bij bepaalde herfinancieringen,²⁶⁴ en in de situatie waarin de consument een energiezuinig huis koopt of van plan is de woning energiezuiniger te maken.²⁶⁵ Voorts mag de kredietwaardigheid worden afgestemd op een, binnen een redelijke termijn, te verwachten structurele inkomstenstijging of een te verwachten beschikbaar inkomen uit vrij beschikbaar vermogen.²⁶⁶ Ten tweede bevat de tijdelijke regeling een algemene uitzonderingsgrond.²⁶⁷ Hieruit volgt dat er in positieve zin van de leennormen mag worden afgeweken als de kredietgever, kort gezegd, kan laten zien hoeveel de consument volgens de reguliere leennormen mag lenen en hij kan uitleggen waarom het verstrekken van het krediet in de specifieke situatie verantwoord is voor de consument.²⁶⁸

²⁶⁰ Nibud 2019, p. 10.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Ibid. p. 17. Overigens is wel enige rekening gehouden met de vaste uitgaven van huishoudens met kinderen. Zie p. 11.

²⁶³ Zie bijvoorbeeld Staatscourant 2018, p. 11 en Staatscourant 2019, p. 10 en 11.

²⁶⁴ Art. 4 lid 2 tijdelijke regeling.

²⁶⁵ Art. 4 lid 3 t/m 6 tijdelijke regeling. In beide gevallen zullen de bestaande vaste lasten van de consument na en door de kredietverstrekking afnemen.

²⁶⁶ Art. 2 lid 3 tijdelijke regeling. Zie Platform Maatwerk 2017, p. 27 waarin staat dat de inkomstenstijging binnen zes maanden moet plaatsvinden.

²⁶⁷ Art. 4 lid 1 tijdelijke regeling.

²⁶⁸ Voorts moet de kredietgever kunnen aantonen dat hij de juistheid van de gegevens waarop de afwijking is gebaseerd heeft gecontroleerd. Zie art. 4 lid 1 sub c tijdelijke regeling. Overigens lijkt de kredietgever deze afwijkingsgrond ook te moeten gebruiken als hij rekening wil houden met het vermogen van de consument. Zie echter art. 3 lid 2 tijdelijke regeling.

De AFM heeft middels concrete voorbeelden duidelijkheid gegeven over de toepassing van de algemene afwijkingsmogelijkheid.²⁶⁹ Ten eerste heeft de toezichthouder laten zien dat er onder omstandigheden afstand kan worden genomen van bepaalde buffers uit de leennormen. Zo mag de kredietgever bijvoorbeeld van de leennormen afwijken als de consument, na een echtscheiding, in de woning wil blijven wonen *mits* de kredietgever aannemelijk kan maken dat de beoogde terugbetaalplichten betaalbaar zijn en de situatie van de consument een bestendige is.²⁷⁰ In dit verband merkt de AFM op dat er eventueel mag worden afgeweken van de verplichting om te rekenen met een annuïtair aflosschema met een looptijd van dertig jaar.²⁷¹ Omdat deze verplichting kan fungeren als een buffer voor eventuele tegenslagen, is het begrijpelijk dat de kredietgever zich in dit voorbeeld in een verdergaande mate moet inspannen om aannemelijk te maken dat de terugbetaalplichten betaalbaar *blijven*.²⁷² Die laatste gedachte komt ook terug in het, door de AFM besproken, voorbeeld over de gepensioneerde consument die zijn aflossingsvrije hypotheek wil oversluiten en waarbij de restschuld pas na overlijden wordt voldaan uit de verkoopopbrengst van de woning.²⁷³ Ook in dit geval mag er van de leennormen worden afgeweken als de kredietgever aannemelijk kan maken dat de beoogde terugbetaalplichten betaalbaar blijven. Daarbij is het volgens de AFM van belang dat de consument beschikt over een bestendig pensioeninkomen en kiest voor een langere rentevaste periode zodat ook de terugbetaalplichten stabiel blijven.²⁷⁴

Ten tweede mag de kredietgever eventueel rekening houden met een inkomstenstijging die *niet* op een korte termijn zal plaatsvinden. Zoals hiervoor is beschreven, bevat de tijdelijke regeling een specifieke mogelijkheid om de kredietwaardigheid af te stemmen op een inkomstenstijging die op korte termijn zal plaatsvinden. In diens verlengde is de AFM ingegaan op de situatie waarin de consument een langere tijd moet wachten op zijn AOW-uitkering. Volgens de toezichthouder mag de kredietwaardigheid ook in dit geval ‘alvast’ worden afgestemd op het verwachte en hogere inkomen mits hij aannemelijk kan maken dat de consument ook in de periode *daarvoor* op een verantwoorde manier kan voldoen aan de terugbetaalplichten.²⁷⁵ Het is echter onduidelijk hoe die laatste verplichting zich verhoudt tot de genoemde mogelijkheid om rekening

²⁶⁹ Zie Platform Maatwerk 2017 en de website van de AFM: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/hypotheken-hypothecaire-kredietverstrekking>. Overigens is ook de minister betrokken geweest bij het opstellen van het rapport Platform Maatwerk 2017.

²⁷⁰ Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/hypotheken-hypothecaire-kredietverstrekking>.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Het enkele feit dat iemand thans hogere huurlasten heeft, rechtvaardigt overigens geen uitzondering. Zie Platform Maatwerk 2017, p. 25 en 26. De consument is mogelijk beter af met een goedkopere (huur)woning.

²⁷³ Platform Maatwerk 2017, p. 3, 20 en 21. Zie in dit verband ook Honée & van Boom 2019.

²⁷⁴ Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/veelgestelde-vragen/hypotheken-hypothecaire-kredietverstrekking>. Overigens wijst de AFM in dit verband ook nog op het restschuldrisico. Om dit risico te beperken moet er sprake zijn van een substantiële overwaarde.

²⁷⁵ Platform Maatwerk 2017, p. 23 en 24. Er kan bijvoorbeeld worden gekeken naar het spaargeld van de consument.

te houden met een inkomstenstijging op korte termijn. In dat laatste geval hoeft de kredietgever immers geen rekening te houden met de periode voordat die stijging plaatsvindt. Het is daarom de vraag of de consument in het beschreven voorbeeld het AOW-gat volledig op een verantwoorde manier moet kunnen overbruggen, of dat het eventueel toelaatbaar is dat hij een (zeer) korte periode zal beschikken over een te beperkte betaalcapaciteit en aldus terugbetaalloffers zal moeten maken die, strikt genomen, onacceptabel zijn.

4.2.6.4 Stap 3: beslissing

Volgens artikel 4:34 lid 2 Wft mag de kredietgever geen kredietovereenkomst aangaan met een niet-kredietwaardige consument.²⁷⁶

4.2.7 Tussenconclusie

De consumptieve en hypothecaire leennormen vertonen twee belangrijke verschillen. Ten eerste wordt verschillend omgegaan met voorzienbaar negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit van de consument. Zo is de kredietgever alleen bij hypothecaire kredietaanvragen verplicht om buffers te hanteren. Deze buffers zijn verwerkt in de leennormen en zijn erop gericht dat de consument na de beoogde kredietverstrekking een deel van zijn vrij besteedbaar inkomen overhoudt om eventuele tegenslagen te kunnen opvangen. Deze buffers kunnen overigens geen significante en structurele inkomstensterugval opvangen.²⁷⁷ Daarnaast is de kredietgever alleen bij consumptieve kredietaanvragen verplicht om in bepaalde gevallen actief rekening te houden met het verwachte inkomen na pensionering. Deze verplichting impliceert dat de consument als niet-kredietwaardig moet worden gezien ook al beschikt hij ‘pas’ na pensionering over onvoldoende vrij besteedbaar inkomen. Omdat kan worden betwijfeld of de buffers in de hypothecaire leennormen dergelijke terugvallen altijd kunnen opvangen, lijkt het erop dat de consumptieve leennormen iets voorzichtiger omgaan met het verwachte scenario van pensionering. Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat de consumptieve en hypothecaire leennormen niet duidelijk maken in hoeverre de kredietgever rekening moet houden met concreet voorzienbare tegenslagen die niet zijn verwerkt in de betreffende leennormen. Ten tweede zijn er verschillen tussen de leennormen inzake de terugbetaalperiode waarvan de kredietgever moet uitgaan om te kunnen vaststellen hoeveel de consument maximaal mag lenen. Bij een consumptief krediet wordt in beginsel uitgegaan van een terugbetaalperiode van vijftig maanden, terwijl bij een hypothecair krediet in principe wordt gerekend met een periode van dertig jaar.²⁷⁸ Hoewel deze verschillen zijn te verklaren met het oog op de omvang van het geleende bedrag en de periode waarin de consument zal kunnen profiteren van het krediet, is minder goed te verklaren waarom alleen de hypothecaire leennormen rekening houden met de mogelijkheid dat kredietpartijen in werkelijkheid een kortere looptijd afspreken. Anders gezegd, is niet duidelijk waarom er alleen in het kader van consumptief

²⁷⁶ Art. 115ab BGfo verplicht de kredietgever om die beslissing onverwijld mede te delen aan de consument.

²⁷⁷ Nibud 2019, p. 22 en 23.

²⁷⁸ Bij consumptieve kredieten volgen de terugbetaalperiodes op een indirecte manier uit de leennormen. Zie paragraaf 4.2.5.3.

krediet een krediet mag worden verstrekt dat de consument hooguit binnen een bepaalde tijd verantwoord *zal kunnen* terugbetalen, terwijl de kredietpartijen met elkaar afspreken dat dit krediet binnen een kortere tijd *moet zijn* terugbetaald. De consument kan daarom te maken krijgen met maandlasten die hij niet volledig uit zijn maandelijke vrij besteedbaar inkomen kan halen. Bij een hypothecair krediet moet de kredietgever in zulke gevallen echter rekenen met de werkelijk beoogde looptijd waardoor de betaalbaarheid van de maandlasten beter is gewaarborgd.²⁷⁹

4.3 De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht

4.3.1 Inleiding

In het privaatrecht zijn, op het terrein van kredietverlening, met name Titel 7.2A, 7.2B en 7.2C van het Burgerlijk Wetboek (BW) relevant. Hierin staan onder andere informatieplichten,²⁸⁰ en bepalingen die grenzen stellen aan zowel kredietvergoedingen²⁸¹ als het vestigen van pandrechten.²⁸² Hoewel een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht niet is gecodificeerd,²⁸³ wordt deze verplichting in de feitenrechtspraak al een langere tijd aangenomen. In bevestigende zin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze verplichting kan voortvloeien uit de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen.²⁸⁴ Deze zorgplicht strekt tot bescherming van de consument tegen zijn eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid. In het vervolg wordt nader ingegaan op de rechtspraak waarin de kredietwaardigheidstoets is uitgewerkt. Nadat het juridische kader is geschetst (paragraaf 4.3.2), worden de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets besproken, te weten de benadering (paragraaf 4.3.3), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 4.3.4) en de drie stappen (paragraaf 4.3.5).

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht tot ontwikkeling is gekomen in een context waarin de consument vraagt om een schadevergoeding omdat de kredietgever hem, volgens de consument, beter had moeten beschermen tegen de schadelijke gevolgen van de kredietverlening. Voor zover de rechter daarin meegaat, gaat hij doorgaans over tot een gedeeltelijke kwijtschelding van de kredietvordering. Daarbij houdt de rechter mede rekening met de mate waarin de consument heeft geprofiteerd van de overkreditering. Tegen die achtergrond hoeft

²⁷⁹ Zie echter art. 3 lid 3 tijdelijke regeling waaruit volgt dat de kredietgever (alsnog) mag uitgaan van een terugbetaalperiode van dertig jaar indien het, gelet op de voorwaarden van het hypothecair krediet en de persoonlijke omstandigheden van de consument, verantwoord is.

²⁸⁰ Zie bijvoorbeeld afdeling 1 van Titel 7.2A BW. Hierin staan veel informatieplichten die ook zijn te vinden in de Richtlijn consumentenkrediet.

²⁸¹ Art. 7:76 BW. Zie art. 7:77 BW voor een lijstje met andere verboden bedingen.

²⁸² Art. 7:79 BW.

²⁸³ Artikel 6:230U BW lijkt hierop een uitzondering te zijn. Dit artikel gaat over colportage en bepaalt dat de verkoper geen aanbod mag doen tot het sluiten van een overeenkomst indien hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen niet stroken met de draagkracht van de consument. Over dit artikel is echter weinig bekend. Het ligt voor de hand dat er in dit verband aansluiting wordt gezocht bij de zorgplicht van financiële instellingen en de kredietwaardigheidstoets die in dat kader wordt uitgevoerd. Zie hierover Castermans 2016.

²⁸⁴ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:2018:2298.

de consument veelal een deel van de rente niet meer te betalen,²⁸⁵ of hoeft de consument niet meer te voldoen aan de terugbetaalplichten die stammen uit de periode nadat hij het gefinancierde goed heeft moeten inleveren bij de kredietgever.²⁸⁶

4.3.2 Het juridische kader

4.3.2.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft zich tot dusver twee keer uitgesproken over de verplichting om de kredietwaardigheid van de consument te toetsen.²⁸⁷ Deze verplichting kan volgens dit rechtscollege voortvloeien uit de bijzondere zorgplicht die rust op financiële instellingen. Ter concretisering daarvan is in de feitenrechtspraak meerdere malen aangesloten bij referentiekaders. Deze kaders zijn veelal opgesteld door deskundige organisaties en bevatten leennormen op basis waarvan kan worden vastgesteld hoeveel iemand mag lenen. Hierna wordt verder ingegaan op de manier waarop de genoemde verplichting is verbonden aan de bijzondere zorgplicht en op de vraag in hoeverre feitenrechters gebonden zijn aan referentiekaders.

4.3.2.2 De bijzondere zorgplicht

Financiële instellingen hebben tegenover de consument een bijzondere zorgplicht.²⁸⁸ Deze zorgplicht hangt samen met de maatschappelijke positie van deze instellingen en het vertrouwen van de consument in hun kennis en ervaring. Financiële instellingen zijn daarom verplicht de consument in zekere mate te beschermen tegen zijn eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan deze bescherming zich uiten in een of meerdere concrete onderzoek-, informatie-, waarschuwing- en weigeringsplichten.²⁸⁹ In dat laatste verband kunnen onder andere de deskundigheid van de consument, de aard van de rechtsverhouding, de complexiteit van het financiële product en de aanwezigheid van publiekrechtelijke regels een rol spelen.²⁹⁰

In 2017 heeft de Hoge Raad voor het eerst duidelijk gemaakt dat er uit de bijzondere zorgplicht een verplichting tot het verrichten van een kredietwaardigheidstoets kan voortvloeien.²⁹¹ Het ging hier over een zaak waarin consumenten krediet hebben opge-

²⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472, r.o. 4.8 en Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1593, r.o. 2.6. Zie Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.25 waarin de rechter ook komt tot een kwijtschelding van de restschuld.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.6.4.

²⁸⁷ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:2018:2298.

²⁸⁸ Zie over deze zorgplicht onder meer Wallinga 2016, Bierens 2013, Cortenraad 2012, Cherednychenko 2010, Pijls 2010 en Jansen 2010.

²⁸⁹ Cortenraad heeft de bijzondere zorgplicht treffend aangeduid als een containerbegrip. Zie Cortenraad 2012.

²⁹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, r.o. 3.6.3.

²⁹¹ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.1. e.v. Omdat dit inhoudelijk geen verschil maakt, wordt niet ingegaan op de juridische grondslagen van deze verplichting. Uit de rechtspraak blijkt dat deze kan worden gebaseerd op de leerstukken van de onrechtmatige daad en de redelijkheid en billijkheid.

nomen met de bedoeling om daarmee te beleggen. Achteraf, nadat de beleggingsopbrengsten tegenvielen, stelden consumenten zich op het standpunt dat sprake is geweest van een te risicovolle financiering. Volgens hen had de kredietgever een (beter) onderzoek moeten doen naar de kredietwaardigheid om vervolgens de niet-kredietwaardige consumenten tegen zichzelf in bescherming te nemen. Hier is echter tegenin gebracht dat de hypothecaire kredieten zijn verstrekt in de periode tussen 1999 en 2003 en dat er destijds (nog) geen kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht was te vinden. Mede daarom bestond een dergelijke verplichting dus ook niet in het privaatrecht.²⁹² De Hoge Raad gaat echter niet met dat laatste verhaal mee. Voorop wordt gesteld dat de reikwijdte en inhoud van de bijzondere zorgplicht afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en daarom verder kunnen reiken dan de gedragsregels uit het publiekrecht.²⁹³ Mede omdat consumenten door onverantwoorde kredietverlening in ernstige (financiële) problemen kunnen komen, had de kredietgever volgens de Hoge Raad destijds wel een kredietwaardigheidstoets moeten uitvoeren. Dat dezelfde verplichting pas later in het publiekrecht terecht is gekomen, doet daaraan niet af:

‘(..) de bijzondere zorgplicht van de bank [bracht, *JM*], ook in de periode 1999-2003, mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Dat deze pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen. De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer een bevestiging daarvan.’²⁹⁴

De bijzondere zorgplicht vulde zich destijds in beginsel niet met de verplichting om de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument af te wijzen. In plaats daarvan stelt de Hoge Raad dat de kredietgever de consument had moeten wijzen op de uitkomsten van het onderzoek om hem vervolgens te waarschuwen voor de risico's van de beoogde kredietverstrekking:

‘De zorgplicht van de bank strekte in de bewuste periode echter in beginsel niet zover dat zij met het oog op de belangen van de consument het verstrekken van hypothecair krediet in een geval van (dreigende) niet-verantwoorde kredietverstrekking behoorde te weigeren indien de consument – na door de bank op de hiervoor omschreven wijze adequaat te zijn voorgelicht of gewaarschuwd – ervoor koos de hypothecaire lening (toch) aan te gaan.’²⁹⁵

In 2018 heeft de Hoge Raad zich voor de tweede keer over deze verplichting uitgelaten.²⁹⁶ Dit keer ging het over een zaak uit 2006 waarin de kredietgever is uitgegaan van onjuiste gegevens over het inkomen van de consument. Hierdoor is meer krediet verleend dan op basis van het werkelijke inkomen verantwoord was. Het opmerkelijke in

²⁹² Ibid.

²⁹³ R.o. 4.2.5.

²⁹⁴ R.o. 4.2.7.

²⁹⁵ R.o. 4.2.9.

²⁹⁶ HR 14 december 2018, ECLI:NL:2018:2298.

deze zaak was dat de, door de consument ingeschakelde, adviseur de juiste gegevens onjuist heeft doorgegeven aan de kredietgever. Mede omdat de adviseur inmiddels failliet is, richt de consument zijn pijlen op de kredietgever die volgens hem bewust een te groot risico op overkreditering heeft genomen door de relevante gegevens niet te controleren. Met een verwijzing naar de hiervoor besproken uitspraak, overweegt de Hoge Raad dat de kredietgever niet zomaar mag afgaan op de gegevens die afkomstig zijn van een adviseur. De verplichting tot het uitvoeren van een onderzoek naar de kredietwaardigheid betreft een zelfstandige verplichting en bestaat ongeacht de consument een dergelijke tussenpersoon heeft ingeschakeld.²⁹⁷ De Hoge Raad kan zich daarom vinden in de uitspraak waarin het hof concludeert dat de kredietgever de bijzondere zorgplicht heeft geschonden door de betreffende gegevens niet te verifiëren.

Met beide uitspraken is een einde gekomen aan de onduidelijkheid die heerste over de rol van de bijzondere zorgplicht in kredietzaken. Van oudsher is de bijzondere zorgplicht namelijk aangenomen in zaken waarin het ging om complexe en risicovolle financiële producten en diensten. Zo is deze zorgplicht voor het eerst opgeworpen in optiehandelzaken en is zij daarna ook een rol gaan spelen bij effectenleaseproducten, vermogensbeheer en beleggingsadviezen.²⁹⁸ Vergeleken met deze diensten en producten is krediet ‘slechts’ een eenvoudig product met inzichtelijke risico’s.²⁹⁹ Het is dan ook niet vreemd dat feitenrechters – in de periode voordat de Hoge Raad de voormelde uitspraken heeft gedaan – verschillende antwoorden hebben gegeven op de vraag of op dit vlak überhaupt een bijzondere zorgplicht kan worden aangenomen. Enerzijds zijn er rechters geweest die ervan uit leken te gaan dat er op kredietgevers in algemene zin een bijzondere zorgplicht rust.³⁰⁰ Anderzijds lijken rechters aansluiting te hebben gezocht bij een meer algemene variant van de zorgplicht. In die gevallen wordt afstand genomen van de bijzondere zorgplicht die volgens de rechter pas ter sprake kan komen bij de complexere en risicovollere financiële producten en diensten.³⁰¹ Hoewel deze verschillen een sterk theoretisch karakter hadden – rechters uit beide kampen kwamen tot een verplichte kredietwaardigheidstoets – heeft de Hoge Raad op dit punt de nodige duidelijkheid gecreëerd. Weliswaar hoeven kredietproducten niet op precies dezelfde manier te worden behandeld als de complexere producten en diensten. Echter, niet mag worden vergeten dat consumenten (ook) door kredietverlening ernstig in de problemen kunnen komen. Volgens de Hoge Raad is daarom een zekere mate van bescherming op zijn plaats:

²⁹⁷ R.o. 3.4.2. en 3.4.3.

²⁹⁸ Zie HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 en HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914.

²⁹⁹ Een dergelijke overweging komt meerdere keren terug in de feitenrechtspraak. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792, r.o. 4.7 en Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0548, r.o. 5.11.

³⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7245, r.o. 4.3 en 4.4, Hof ’s-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489, r.o. 3.14 en 3.15 en Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213, r.o. 4.4.

³⁰¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.13 t/m 4.15 en Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273, r.o. 3.4. Ook Claassen & Snijders hebben in 2014 opgemerkt dat rechters terughoudend zijn met het aannemen van een bijzondere zorgplicht bij kredietzaken. Zie Claassen & Snijders 2014.

‘Het moet voor banken (..) duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige (financiële) problemen konden komen, ook in geval van hypothecair krediet. Een kredietverlenende bank is als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen.’³⁰²

In mijn ogen kan aan de hand van deze overweging de, door feitenrechters, veelvuldig gelegde nadruk op de eenvoud en inzichtelijkheid van kredietproducten preciezer worden uitgelegd. Kennelijk is er *geen* specifieke deskundigheid vereist om te weten dat (i) het geleende geldbedrag, inclusief rente, over een of meerdere termijnen moet worden terugbetaald en (ii) dat de terugbetaling daarvan mogelijk kan leiden tot (financiële) problemen. Kennelijk is er *wel* een specifieke deskundigheid vereist om een inschatting te maken van *de kans* dat de consument door (i) het gevraagde bedrag terechtkomt in een situatie zoals bedoeld in (ii). Mede omdat de kredietgever deze kans in de regel beter kan inschatten dan de consument, moet de kredietgever daarvan in de precontractuele fase een inschatting maken. Een negatieve uitkomst betekent dat de consument waarschijnlijk in ‘ernstige (financiële) problemen’ zal komen en voedt daarom de gedachte dat de consument op het punt staat slachtoffer te worden van zijn eigen lichtvaardigheid dan wel ondeskundigheid. Omdat de bijzondere zorgplicht juist strekt tot bescherming van die consument, zal deze zorgplicht zich vervolgens verder vullen met concrete zorgverplichtingen.

4.3.2.3 Referentiekaders

Feitenrechters hebben meerdere malen gebruik gemaakt van referentiekaders om te controleren of de consument destijds kredietwaardig was. Dergelijke kaders zijn veelal opgesteld door deskundige organisaties en bevatten leennormen op basis waarvan kan worden vastgesteld hoeveel de consument mag lenen. Tot dusver zijn er verschillende kaders aan bod gekomen. In de meeste gevallen is aansluiting gezocht bij de gedragscodes die destijds ook fungeerden als een minimuminvulling van artikel 4:34 Wft.³⁰³ In een enkel geval is aansluiting gezocht bij de leennormen afkomstig uit de effectenlease-jurisprudentie,³⁰⁴ terwijl er ook uitspraken zijn waarin een koppeling wordt gemaakt met leenberekeningen waarvan de achterliggende systematiek nauwelijks inzichtelijk is gemaakt.³⁰⁵ Hoewel al deze referentiekaders zich (lijken te) concentreren op het vrij besteedbaar inkomen van de consument, leiden ze niet per definitie tot de-

³⁰² HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.6.

³⁰³ Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.3, Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.22, Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5528, r.o. 4.3.2, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.5, Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, r.o. 2.6 en 4.4 e.v. en Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.2 e.v.

³⁰⁴ Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437, r.o. 14. Zie overigens Geschillencommissie Kifid 20 september 2019, 2019-711 waarin ook de NHG-normen aan bod komen.

³⁰⁵ Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641, r.o. 16 en Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0548, r.o. 5.12.

zelfde uitkomsten. Over het gebruik van deze kaders kunnen daarom verschillende vragen worden gesteld. Is de rechter bijvoorbeeld verplicht om gebruik te maken van een bepaald referentiekader? Mag hij zomaar afwijken van de daarin te vinden leennormen? Wat moet er gebeuren als partijen verwijzen naar verschillende kaders? Om deze vragen te kunnen beantwoorden wordt hierna een verband getrokken met de rechtspraak die betrekking heeft op effectenleaseproducten.³⁰⁶ Anders dan bij kredietverlening, heeft de Hoge Raad op dit terrein een antwoord gegeven op deze vragen.

In het kort ziet de effectenlease-rechtspraak op overeenkomsten waarbij consumenten krediet opnemen om daar vervolgens mee te beleggen.³⁰⁷ Naast de verplichting om de consument te waarschuwen voor het risico op een restschuld, volgt uit de bijzondere zorgplicht de verplichting om te onderzoeken of de beoogde terugbetaalplichten leiden tot ‘een onaanvaardbaar zware financiële last’ voor de consument. In de feitenrechtspraak zijn in dit verband vuistregels ontwikkeld.³⁰⁸ Aan de hand van deze vuistregels kan worden vastgesteld in hoeverre er sprake zal zijn van een dergelijke last. Voordat de Hoge Raad laat zien hoe er tegen dit referentiekader moet worden aangekeken, wordt vooropgesteld dat er in dit verband rekening moet worden gehouden met alle bekende omstandigheden die een invloed kunnen hebben op de betaalcapaciteit van de betreffende consument:

‘Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een onaanvaardbaar zware financiële last, moeten alle bekende omstandigheden die van invloed (kunnen) zijn op de financiële ruimte van de afnemer in aanmerking worden genomen. (...) Welke omstandigheden daartoe behoren en hoe die worden gewogen, hangt in hoge mate af van een aan de feitenrechter voorbehouden waardering van feitelijke aard en kan dus in cassatie slechts in zeer beperkte mate worden onderzocht.’³⁰⁹

Opvallend is dat dit citaat deels terugkomt in de hiervoor behandelde uitspraken van de Hoge Raad over de kredietwaardigheidstoets. Ook in deze (krediet)uitspraken is immers benadrukt dat de consument over voldoende financiële ruimte moet beschikken om te kunnen terugbetalen. In deze (effectenlease-)uitspraak voegt de Hoge Raad hier nog aan toe dat het in beginsel aan de feitenrechter is om te beoordelen of de consument destijds terecht als kredietwaardig is bestempeld. Daarbij lijkt dit rechtscollege vooral te willen benadrukken dat de feitenrechter niet gebonden is aan de wijze waarop een referentiekader naar de omstandigheden kijkt:

‘Bij de beantwoording van voormelde vraag, die zich in tal van soortgelijke gevallen kan voordoen, mag de rechter uitgaan van een algemene formule aan de hand waarvan de financiële ruimte van de afnemer wordt getoetst, mits die formule voldoende ruimte laat om ook met individuele omstandigheden van de afnemer rekening te houden. (...)’

³⁰⁶ Zie hierover ook Meindertsma 2017.

³⁰⁷ Effectenleaseproducten vallen globaal uiteen in een restschuld- en aflossingsvariant. Zie hierover Conclusie A-G De Vries-Lentsch-Kostense 29 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4012.

³⁰⁸ Zie Hof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3609 voor een recente uitspraak waarin de vuistregels zijn gebruikt.

³⁰⁹ HR 29 april 2011, ECLI:NL:2011:BP4003, r.o. 4.2.

Ook de begroting van de specifieke posten die voor de bepaling van de financiële ruimte worden meegewogen, is in beginsel voorbehouden aan de feitenrechter.’³¹⁰

Na de voormelde overwegingen gaat de Hoge Raad in op het standpunt dat het hof ten onrechte geen aansluiting heeft gezocht bij de, voor de betreffende partij gunstigere, VFN gedragscode. Dit standpunt wordt echter niet gevolgd. De feitenrechter is immers ‘in hoge mate vrij’ om te bepalen welk referentiekader wordt gebruikt.³¹¹ Daarnaast merkt de Hoge Raad op dat deze gedragscode niet is geschreven voor effectenlease-producten die voorts ‘niet op één lijn zijn te stellen met consumentenkredieten.’³¹² Met die laatste overweging lijkt het rechtscollege erop te wijzen dat de in de feitenrecht-spraak ontwikkelde vuistregels *wel* en de leennormen uit de VFN gedragscode *niet* zijn afgestemd op effectenleaseproducten en dat vooral daarom meer waarde mag worden gehecht aan het eerstgenoemde kader. Dit hoeft echter niet te betekenen dat de rechter helemaal geen gebruik van de VFN gedragscode had mogen maken. Omdat de omstan-digheden van het geval belangrijk(er) zijn, ligt het voor de hand dat de rechter in dat laatste geval vaker van deze gedragscode zal afwijken dan wanneer hij gebruik zou heb-ben gemaakt van de vuistregels.

4.3.3 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht volgt een consumentgerichte benade-ring. Zoals beschreven in paragraaf 2.4, is de consument in deze benadering krediet-waardig als hij naar verwachting op een, voor hem, acceptabele manier zal kunnen te-rugbetalen. Er wordt dus getracht te voorkomen dat er terugbetaalloffers moeten wor-den gemaakt die leiden tot onacceptabele gevolgen voor de consument. In het privaatrecht kijkt de rechter achteraf of de consument terecht als kredietwaardig is aange-merkt.³¹³ Een voorbeeld daarvan is de uitspraak waarin de rechter teruggaat naar het moment waarop de kredietwaardigheid is getoetst om vervolgens, op basis van de des-tijds geldende VFN gedragscode, te concluderen dat de maandlasten niet hoger mocht-en zijn dan €73.³¹⁴ Volgens de rechter houdt de consument in dat scenario nog net genoeg inkomen over voor zijn vaste uitgaven. Omdat de maandlast in werkelijkheid echter €488 bedroeg, is dan ook sprake geweest van een forse overkreditering.³¹⁵ Hoe-wel deze consument duidelijk *te veel* van zijn maandelijks betaalcapaciteit moest op-geven, zijn er ook uitspraken waarin de rechter een zekere aandacht heeft voor de mo-gelijkheid dat iemand die betaalcapaciteit *te vaak* moet aanspreken. In die uitspraken

³¹⁰ Ibid. Overigens is het ook niet zo vreemd dat de civiele rechter niet is gebonden aan een dergelijk kader. De rechter past immers het recht toe en een referentiekader is dat in principe niet. Zie in dit verband ook HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772.

³¹¹ HR 29 april 2011, ECLI:NL:2011:BP4003, r.o. 4.5.2.

³¹² Ibid.

³¹³ Zie in dezelfde zin Geschillencommissie Kifid 29 januari 2020, 2020-082, ov. 4.4 e.v. en Geschillen-commissie Kifid 25 november 2019, 2019-929, ov. 4.2 e.v.

³¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.3. Volgens de Hoge Raad is het antwoord op de vraag of sprake is van overkreditering mede afhankelijk van de destijds geldende normen. Zie HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.4.2.

³¹⁵ Zie Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355, r.o. 3.4 waarin de nadruk ligt op de jaarlasten. Zie ook Commissie van Beroep Kifid 12 november 2019, 2019-041A, ov. 4.14 waarin wordt ingegaan op de maandlasten.

wordt de kredietwaardigheid gekoppeld aan de omvang van het gehele kredietbedrag.³¹⁶ Een voorbeeld daarvan houdt verband met de uitspraak waarin de rechter, eveneens conform de destijds geldende VFN gedragscode, het maximale leenbedrag heeft bepaald door het maandelijkse bedrag aan vrij besteedbaar inkomen te vermenvuldigen met vijftig.³¹⁷ Met deze berekening maakt de rechter in feite duidelijk dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet.³¹⁸

De hiervoor besproken uitspraken van de feitenrechters bevatten twee elementen die bevestigen dat er aansluiting is gezocht bij een consumentgerichte benadering. Ten eerste is beide keren gebruik gemaakt van een consumentgericht referentiekader. De VFN gedragscode fungeert immers al een langere tijd als een minimuminvulling van het consumentgerichte artikel 4:34 Wft.³¹⁹ Ten tweede is de rechter in beide uitspraken (verder) niet ingegaan op de omvang van de *afdwingbare* onderdelen van de betaalcapaciteit. Beide elementen bevestigen dat er in dit verband meer nodig is dan de enkele verwachting dat de consument volledig zal kunnen terugbetalen. In plaats daarvan is de consument ‘pas’ kredietwaardig als hij naar verwachting beschikt over voldoende *acceptabele* betaalcapaciteit om tijdig te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetalplichten. Deze betaalcapaciteit bestaat uit de onderdelen waarvan de opoffering wordt geacht te leiden tot nog acceptabele gevolgen voor de consument. In mijn ogen past deze consumentgerichte benadering niet alleen goed bij het sociale karakter van zorgplichten in het algemeen. Ook ligt deze benadering in lijn met de kredietuitspraken waarin de Hoge Raad tot zover een sterke nadruk heeft gelegd op consumentenbescherming.³²⁰ Het is daarom niet vreemd dat in veel³²¹ uitspraken van feitenrechters is voortgebouwd op een of beide elementen. Ter illustratie kan worden gewezen op de uitspraken waarin de rechter heeft geoordeeld dat er geen rekening mocht worden gehouden met de waarde van een onderpand,³²² dat de kredietwaardigheid niet mocht worden afgestemd op het spaargeld dat nodig is om te kunnen voorzien in levensonderhoud,³²³ en dat de lasten van een, te koop staande, tweede woning niet genegeerd

³¹⁶ Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.3 e.v. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792, r.o. 4.15 en Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472, r.o. 4.6 e.v.

³¹⁷ Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.3 e.v.

³¹⁸ Immers, als de consument zijn maandelijkse vrij besteedbaar inkomen maximaal aanspreekt, heeft hij het geleende bedrag binnen uiterlijk vijftig maanden terugbetaald. Zie hierover ook paragraaf 4.2.5.3.

³¹⁹ Zie paragraaf 4.2.3. Zie in deze lijn ook HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.4 waarin wordt ingegaan op de ontwikkeling van de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht.

³²⁰ Zo heeft de Hoge Raad gewezen op de relevante wettelijke regelingen om vervolgens te concluderen dat er bij de uitleg van de (krediet)overeenkomst een ‘bijzonder gewicht toe [komt, *JM*] aan het perspectief en de belangen van de consument.’ Zie HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.4.3.

³²¹ Deze elementen zijn overigens niet altijd zichtbaar. Zo zijn er uitspraken waarin de rechter het voldoende lijkt te vinden dat er destijds een kredietwaardigheidstoets is verricht. Overigens gaat het hier vaak om uitspraken waarbij de consument in (te) algemene bewoordingen heeft gesteld dat zijn kredietwaardigheid niet goed is getoetst. De rechter stelt dan niet altijd even hoge eisen aan de reactie van de kredietgever. Dit laatste gaat mogelijk veranderen door de recente uitspraak van het Europese Hof. Zie hierover paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

³²² Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2700, r.o. 3.7.

³²³ Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.8.

mochten worden omdat onvoldoende duidelijk was of de consument, na de verkoop daarvan, akkoord zal gaan met een goedkopere woning.³²⁴ In deze uitspraken wordt de consument aangemerkt als niet-kredietwaardig vooral omdat de betreffende terugbetaaloffers worden geacht onacceptabel te zijn voor de consument in kwestie.

4.3.4 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht beoogt een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen. In die terugbetaalsituatie kan de consument niet of enkel middels het maken van onacceptabele offers voldoen aan de terugbetaalplichten. Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. Dit laatste doet in mijn ogen recht aan de *execution-only* aard van de kredietrelatie welke, vergeleken met een adviesrelatie, enige terughoudendheid bij het invullen van zorgplichten impliceert. In deze lijn moet de kredietgever in het privaatrecht *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaaloffers liever niet willen maken.

Tegen de voorgaande achtergrond verdienen twee onderdelen van de kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht een bijzondere aandacht. Het eerste onderdeel betreft de mogelijkheid van de kredietgever om de kredietwaardigheid te koppelen aan het vermogen mits de consument dit met voldoende zekerheid zal kunnen en willen opgeven voor het beoogde krediet.³²⁵ Anders dan bij het onderzoek naar het inkomen, moet de kredietgever hier dus *wel* nagaan of de consument deze terugbetaaloffers zal willen maken.³²⁶ Deze voorwaarde lijkt te bevestigen dat er niet zomaar kan worden afgeweken van het uitgangspunt dat het vrij besteedbaar inkomen de basis vormt van de kredietwaardigheid. Anders dan bij het vermogen, kan de kredietgever er immers van uitgaan dat de consument zijn vrij besteedbaar inkomen zal willen opgeven voor het betreffende krediet. In die zin kan de kredietwaardigheid dus sneller worden afgestemd op het inkomen dan op het vermogen van de consument. Het tweede onderdeel betreft de verplichting om de *kredietwaardige* consument te informeren over de uitkomsten van het kredietwaardigheidsonderzoek zodat de consument kan beoordelen of hij de beoogde terugbetaalplichten kan (blijven) dragen.³²⁷ Omdat al duidelijk is dat deze consument niet in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie zal belanden, is het de vraag wat deze verplichting precies wil bereiken. Is deze bedoeld om de consument te ondersteunen bij diens eventuele zoektocht naar de gewenste terugbetaalsituatie en dus de

³²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10149, r.o. 3.8.

³²⁵ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.8.

³²⁶ Het is echter niet duidelijk of de kredietgever (ook) moet nagaan in hoeverre de consument deze terugbetaaloffers *moet willen* maken.

³²⁷ Ibid. r.o. 4.2.9.

beste kredietbeslissing die hij kan nemen? Of erkent de Hoge Raad met deze verplichting dat de consument zelf sneller zal kunnen spreken van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie dan in juridisch opzicht wordt aangenomen?³²⁸

4.3.5 De drie stappen bij consumptief krediet

4.3.5.1 Inleiding

Zoals volgt uit paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. In het privaatrecht beoordeelt de rechter of de consument destijds als kredietwaardig mocht worden gezien. In dit verband zijn er grofweg twee soorten van uitspraken te vinden. Enerzijds zijn er uitspraken waarin onverkort wordt aangesloten bij de leennormen uit een referentiekader.³²⁹ Anderzijds zijn er uitspraken waarin de rechter niet (precies) handelt naar een dergelijk kader.³³⁰ In die laatste uitspraken laat de rechter zien dat hij rekening kan houden met meer omstandigheden dan wel anders tegen dezelfde omstandigheden kan aankijken dan een referentiekader doet.³³¹ Tegen deze achtergrond wordt hierna verder ingegaan op de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets bij consumptief krediet. Om te laten zien in hoeverre de feitenrechtspraak daarmee in overeenstemming is, wordt per stap eerst stilgestaan bij hetgeen de Hoge Raad hierover heeft geoordeeld.

4.3.5.2 Stap 1: onderzoek

Volgens de Hoge Raad moet de kredietgever inlichtingen inwinnen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument.³³² In die lijn gaat het in de feitenrechtspraak vooral over het inkomen en de vaste uitgaven.³³³ Hoewel de kosten voor levensonderhoud in beginsel kunnen worden geschat,³³⁴ moet de kredietgever een specifiekere on-

³²⁸ Zie in dit verband ook paragraaf 8.3.

³²⁹ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.4.

³³⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, r.o. 4.7 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.6. In die laatste uitspraak haalt het hof de VFN gedragscode aan om vervolgens te concluderen dat de kredietgever een onderzoek had moeten doen naar de verwachte financiële gevolgen van pensionering. De gedragscode schreef dat laatste onderzoek echter niet expliciet voor.

³³¹ Zie hierover ook paragraaf 4.3.2.3.

³³² HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.7.

³³³ Dit volgt o.a. uit Rb. Rotterdam 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7245, r.o. 4.4, Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641, r.o. 16, Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, r.o. 4.7, Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.6, Rb. Almelo 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8339, r.o. 3.6, Rb. Leeuwarden 27 april 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ3459, r.o. 4.5 en Rb. Dordrecht 15 september 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN7131, r.o. 4.6. In een enkel geval wordt ook gesproken van een inkomstentoets. Onduidelijk is in hoeverre de vaste uitgaven daarin worden meegenomen. Zie Rb. Midden-Nederland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3463, r.o. 4.13.

³³⁴ De rechter gaat namelijk akkoord met de manier waarop de VFN gedragscode een inschatting maakt van de kosten van levensonderhoud. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5657, r.o. 4.11 en 4.14 en Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.6. Zelfs als deze VFN-norm niet helemaal goed is nageleefd, kan de

derzoek doen naar de andere vaste uitgaven. Een voorbeeld daarvan betreft de uitspraak waarin een zorgplichtschending is aangenomen mede omdat de kredietgever destijds niet op de hoogte was van de kinderalimentatieplichten.³³⁵ De kredietgever had volgens het hof meer moeten doen dan het stellen van een paar algemene vragen over de vaste uitgaven. Omdat de consument deze plichten niet als een last ervaarde, zijn deze contant betaalde bedragen buiten het zicht van de kredietgever gebleven. Het hof laat hiermee zien dat de kredietgever er niet altijd van uit kan gaan dat de consument alle lasten direct opgeeft. Dezelfde boodschap ligt besloten in de uitspraak waaruit blijkt dat de kredietgever ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de lasten van een ziektekostenverzekering.³³⁶ Hoewel de consument deze kosten had moeten vermelden bij de kredietaanvraag, strekt de zorgplicht er volgens het hof toe om te onderzoeken wat deze kosten zijn als ze niet worden vermeld. Dit geldt te meer nu het voor de hand ligt dat de consument een dergelijke verzekering heeft afgesloten.³³⁷

In de feitenrechtspraak zijn voorts twee soorten van verificatieplichten te vinden. Ten eerste zijn er uitspraken waarin de rechter lijkt te hinten op een verificatieplicht als er een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van de verkregen gegevens.³³⁸ In het bijzonder moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de consument uit financiële nood onjuiste gegevens opgeeft. Zo heeft een rechter dit laatste risico met name aanwezig geacht in de situatie waarin de consument vraagt om een klein krediet voor de aanschaf van bijvoorbeeld huishoudelijk apparatuur en mobiele telefoons omdat deze aankopen ‘door een consument met voldoende kredietwaardigheid in beginsel zonder lening kunnen worden aangeschaft.’³³⁹ Ten tweede zijn er uitspraken waarin de rechter van opvatting lijkt dat de kredietgever ten minste ‘iets’ moet verifiëren. In dit verband wijst de rechter op de Richtlijn consumentenkrediet en de daaraan gekoppelde uitspraak waarin het Europese Hof heeft geoordeeld dat de kredietgever niet alleen mag uitgaan van ‘gewone, niet-gestaafde verklaringen’ van de consument.³⁴⁰

4.3.5.3 Stap 2: beoordeling

De kredietwaardigheid wordt in beginsel afgestemd op het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Voor zover de consument beschikt over onvoldoende inkomen, mag de kredietgever volgens de Hoge Raad eventueel rekening houden met het vermogen

rechter concluderen dat de consument in dit verband beschikt over voldoende inkomen. Zie Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140, r.o. 4.7.

³³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.4.4.5.

³³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.7.

³³⁷ Ibid. Overigens verwijst de rechter ter bevestiging naar de, door partijen in het geding gebrachte, VFN Gedragscode waarin staat dat deze uitgavenpost niet volledig is verdisconteerd in de relevante leennormen.

³³⁸ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.4.4.6, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.8 en Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0548, r.o. 5.12.

³³⁹ Rb. Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1968.

³⁴⁰ Rb. Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1968, Rb. Overijssel 23 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:236, r.o. 2.5 e.v., Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:793, r.o. 6.7.4 en Rb. Amsterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5384, r.o. 13.

van de consument.³⁴¹ In de feitenrechtspraak is echter (nog) niet voortgebouwd op die mogelijkheid. Wat betreft de uitspraken waarin het inkomen centraal staat, valt op dat meerdere rechters aansluiting hebben gezocht bij een referentiekader, doorgaans de VFN gedragscode, om te bepalen hoeveel de consument had mogen lenen. In die uitspraken gaat de rechter niet altijd automatisch na of de kredietgever dat referentiekader destijds in zijn geheel goed heeft toegepast. In plaats daarvan richt hij zich op de aspecten waarover partijen het niet eens zijn.³⁴² Omdat de kredietwaardigheidsstoets fungeert als een preventiemiddel, is echter vereist dat er *met* de gestelde aanpassingen sprake zou zijn geweest van overkreditering. Zo is een rechter bijvoorbeeld voorbijgegaan aan de stelling van de consument dat de kredietgever destijds heeft gerekend met onjuiste bedragen:

‘Zelfs als zou Arenda rekening hebben gehouden met de door [Gedaagde] aangevoerde levensonderhoudsnorm van €924,-- en eveneens met een fictief bedrag van €300,-- aan vaste lasten in verband met zorgpremie etc. dan nog had Arenda op grond van de gedragscode VFN aan [Gedaagde] het krediet met een limiet van € 57.917,-- mogen verstrekken.’³⁴³

Hoewel de rechter doorgaans een zorgplichtschending aanneemt als de kredietgever volgens het betreffende referentiekader te veel krediet heeft verstrekt,³⁴⁴ moet worden bedacht dat hij eventueel tot een afwijkend oordeel kan komen. De rechter is immers niet gebonden aan de manier waarop een referentiekader naar de omstandigheden van het geval kijkt. Het is daarom mogelijk dat de rechter *niet* zal spreken van overkreditering, ook al is dat volgens een specifiek referentiekader *wel* het geval. Dit laatste volgt uit een uitspraak waarin de rechter geen zorgplichtschending aanneemt ook al heeft de kredietgever de VFN gedragscode destijds niet goed toegepast.³⁴⁵ Opmerkelijk is dat de rechter niet nagaat welk bedrag voortkomt uit een juiste toepassing van dit referentiekader, maar in plaats daarvan over de systematiek van de normen heenstapt en nagaat hoe groot het verschil tussen de inkomsten en de opgegeven vaste lasten daadwerkelijk is. De rechter constateert vervolgens dat de nieuwe terugbetaalplichten zorgden voor een extra uitgavenpost van ‘slechts’ €120,46. Gelet op het bestedingsruimte van de consument, ziet de rechter niet in waarom dat laatste een probleem oplevert:

³⁴¹ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.8.

³⁴² Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.3, Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.3. e.v. en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792, r.o. 4.15.

³⁴³ Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.6. Zie in dezelfde zin Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5657, r.o. 4.14 en Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0548, r.o. 5.12.

³⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.4 en Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5657, r.o. 4.14. Zie in dezelfde zin Geschillencommissie Kifid 22 mei 2019, 2019-360, ov. 4.4 en Geschillencommissie Kifid 20 september 2019, 2019-711, ov. 4.42.

³⁴⁵ Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140. Zie ook Geschillencommissie Kifid 20 september 2019, 2019-711, ov. 4.42 en Geschillencommissie Kifid 25 november 2019, 2019-929, ov. 4.6 waaruit volgt dat een overschrijding van de normen van de maximale leencapaciteit is toegestaan mits dit verantwoord en onderbouwd is.

‘Gegeven het maandinkomen van (..) en de door hemzelf opgegeven vaste lasten is dat verschil zo gering dat niet valt in te zien dat het aangaan van het krediet onverantwoord was (..) Uitgaande van een netto inkomen van € 3.127,00 zou hij dan nog beschikken over €930,62 aan vrij besteedbaar inkomen voor hemzelf en zijn echtgenote. (..) heeft niet toegelicht waarom dit onvoldoende was.’³⁴⁶

Er zijn echter ook uitspraken waarin de rechter minder precies nagaat hoeveel de consument had mogen lenen. In die uitspraken lijkt de consument in algemene bewoordingen te stellen dat de kredietgever de kredietwaardigheid niet (goed) heeft getoetst. De rechter gaat dan vrij gemakkelijk akkoord met de reactie van de kredietgever waaruit volgt dat er wel degelijk *een* onderzoek is gedaan naar de kredietwaardigheid. De kredietgever kan dan in beginsel volstaan met een tamelijk globale weergave van de toets die hij destijds heeft uitgevoerd:

‘Bij kredietovereenkomsten als deze hoeft een financiële instelling (..) niet veel meer te doen dan vóór het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de kredietnemer te controleren. Volgens [gedaagde] heeft Ribank daar steken laten vallen, maar daar gaat de kantonrechter niet in mee. Ribank heeft immers, zo heeft Hoist onweersproken gesteld, een inkomenstoets uitgevoerd en heeft daarbij vastgesteld dat (..) beschikte over een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat is voldoende.’³⁴⁷

Overigens stelt de rechter zich in dit verband niet altijd even afwachtend op. Hij stelt dan hogere eisen aan het verhaal van de kredietgever ook al heeft de consument nauwelijks uitgelegd waarom zijn kredietwaardigheid destijds niet (goed) is getoetst. In die gevallen ziet de rechter feiten en omstandigheden die erop wijzen dat het betreffende krediet al vanaf het begin een te grote impact heeft gehad op de betaalcapaciteit van de consument. Een voorbeeld daarvan houdt verband met een zaak waarin het totale krediet, in de ogen van de rechter, te hoog leek gelet op de verklaring van de consument dat zij werkzaam is als lasser en met het oog op ‘het inkomen dat in die functie redelijkerwijs wordt verdiend.’³⁴⁸ De rechter heeft de kredietgever vervolgens opgedragen om beter uit te leggen waarom de consument destijds mocht worden aangemerkt als kredietwaardig.

In voorgaand verband is het echter van belang om te wijzen op de recente uitspraak waarin het Europese Hof concludeert dat er ambtshalve moet worden getoetst of is gehandeld conform de eisen die voortvloeien uit artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet.³⁴⁹ Dit betekent dat de civiele rechter uit eigen beweging moet nagaan of de

³⁴⁶ Ibid. r.o. 4.7.

³⁴⁷ Rb. Midden-Nederland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3463, r.o. 4.13. Zie voorts Rb. Limburg 12 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11769, r.o. 4.11, Rb. Midden-Nederland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3463, r.o. 4.13, Rb. Rotterdam 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7245, r.o. 4.4, Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641, r.o. 16 en Rb. Almelo 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8339, r.o. 3.6. Zie in dezelfde zin Geschillencommissie Kifid 18 april 2019, 2019-294, ov. 4.6 en Geschillencommissie Kifid 22 mei 2019, 2019-360, ov. 4.4.

³⁴⁸ Rb. Rotterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9189, r.o. 4.11. Zie in dezelfde zin Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78, r.o. 5.5.

³⁴⁹ HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167. Het feit dat er ook publiekrechtelijke sancties zijn verbonden aan een schending van de relevante (kredietwaardigheids)bepalingen doet kennelijk niets af aan de verplichting tot ambtshalve toetsing. Zie r.o. 37.

kredietgever de kredietwaardigheid destijds op de juiste manier heeft getoetst. De rechter zal zich dus minder afwachten kunnen opstellen dan hij in een aantal van de hiervoor besproken uitspraken heeft gedaan. Omdat artikel 8 van de richtlijn is omgezet in artikel 4:34 Wft en de daaraan verbonden leennormen, is het echter de vraag hoe strikt de civiele rechter zal toetsen. Wordt er ‘slechts’ ambtshalve getoetst of de kredietgever heeft gehandeld conform deze leennormen? Of wordt eventueel uit eigen beweging van de leennormen afgeweken als de omstandigheden daar, volgens de rechter, om vragen? De hiervoor aangehaalde uitspraak waarin de rechter uit zichzelf hogere eisen stelt aan het verweer van de kredietgever, laat zien dat rechters kunnen kiezen voor dat laatste.

In beginsel heeft het kredietwaardigheidsoordeel betrekking op de huidige betaalcapaciteit van de consument. Meer concreet moet de consument op het moment van toetsing beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen om te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. Er is echter een beperkt aantal uitspraken waarin de rechter verwacht dat de kredietgever tevens rekening houdt met concreet voorzienbare negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit.³⁵⁰ Zo is bijvoorbeeld een kredietgever ten onrechte voorbijgegaan aan de mogelijkheid dat de 62-jarige consument, wegens pensionering, binnen drie jaar met een inkomensachteruitgang wordt geconfronteerd.³⁵¹ De kredietgever had daarom navraag moeten doen naar de verwachte gevolgen van pensionering. Het is echter niet helemaal duidelijk wanneer een negatief scenario voorzienbaar ‘genoeg’ is voor een dergelijk toekomstgericht onderzoek. Zo is bijvoorbeeld een tijdelijk dienstverband van de consument in het ene geval wel, en in het andere geval niet voldoende geacht voor een onderzoek naar het scenario van werkloosheid.³⁵² Voorts is niet duidelijk hoe de kredietgever in voorkomende gevallen moet omgaan met de gevolgen van een negatief scenario. Moet de kredietgever de betreffende kredietaanvraag afwijzen? Of volstaat bijvoorbeeld een waarschuwing voor de nadelige gevolgen van dat specifieke scenario?

4.3.5.4 Stap 3: beslissing

Volgens de Hoge Raad is de kredietgever verplicht de kredietwaardige consumenten te informeren over de uitkomsten van het onderzoek.³⁵³ De consument is daardoor beter in staat een inschatting te maken van de mate waarin hij kan voldoen aan de terugbetaalplichten. Er is echter onduidelijkheid over de vereiste omgang met een niet-kredietwaardige consument. De Hoge Raad aanvaardt het bestaan van een informatie- en waarschuwingsplicht, maar heeft geen definitieve richting gekozen ten aanzien van het

³⁵⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.6 en Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314, r.o. 4.15. Er zijn ook uitspraken waarin de rechter erop wijst dat er destijds onvoldoende aanleiding was om te denken dat de situatie in negatieve zin zou gaan veranderen. Dit lijkt te impliceren dat zulke veranderingen wel relevant *kunnen* zijn. Zie Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631, r.o. 2.4 en Rb. Midden-Nederland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3463, r.o. 4.14.

³⁵¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705, r.o. 4.6.

³⁵² Zie resp. Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.4.4.4 en Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314, r.o. 4.15.

³⁵³ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9. Zie over deze verplichting ook paragraaf 4.3.4.

bestaan van een weigeringsplicht, en wijst in dit verband op de destijds geldende inzichten van verantwoorde kredietverlening.³⁵⁴ Uit de rechtspraak blijkt dat feitenrechters in dit verband komen tot verschillende beslissingen. Enerzijds zijn er rechters die, al dan niet verwijzend naar het publiekrecht, een weigeringsplicht aannemen of daarnaar hinten.³⁵⁵ Anderzijds hebben meerdere rechters een waarschuwingsplicht aangenomen.³⁵⁶ Deze verschillen lijken erop te wijzen dat feitenrechters anders denken over de mate waarin een inbreuk op het beginsel van de contractsvrijheid in dit verband gerechtvaardigd is.

Overigens moet worden bedacht dat het verschil tussen een waarschuwing- of weigeringsplicht vooral relevant is voor de schadeafwikkeling. Bij een waarschuwingsplicht is de kredietgever pas schadeplichtig als aannemelijk is dat de consument naar die waarschuwing zou hebben gehandeld en het betreffende krediet dus niet zou hebben genomen.³⁵⁷ Bij een weigeringsplicht speelt die vraag over het causaal verband niet. Voorts zou de verdeling van de schade over partijen op basis van een 'eigen schuld' kunnen verschillen al naar gelang er een waarschuwings- of een weigeringsplicht is aangenomen.

4.3.6 De drie stappen bij hypothecair krediet

4.3.6.1 Inleiding

Zoals volgt uit paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk of het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. In het privaatrecht beoordeelt de rechter of de consument destijds als kredietwaardig mocht worden gezien. In dat verband zijn er grofweg twee soorten van uitspraken te vinden. Enerzijds zijn er uitspraken waarin onverkort wordt aangesloten bij de leennormen uit een referentiekader.³⁵⁸ Anderzijds zijn er uitspraken waarin de rechter niet (precies) handelt naar een dergelijk kader.³⁵⁹ In die laatste uitspraken laat de rechter zien dat hij rekening kan houden met meer omstandigheden dan wel anders tegen dezelfde omstandigheden kan aankijken dan een referentiekader doet. Tegen deze achtergrond wordt hierna verder ingegaan op de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets bij hypothecair krediet. Om duidelijk te maken in hoeverre de feitenrechtspraak daarmee in overeenstemming is, wordt per stap eerst stilgestaan bij hetgeen de Hoge Raad hierover heeft geoordeeld.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.4 en Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314, r.o. 4.15.

³⁵⁶ Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78, r.o. 5.5, Rb. Rotterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9189, r.o. 4.8 en Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:BV3437, r.o. 8.

³⁵⁷ Zie Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78, r.o. 5.6 waarin dat gemakkelijk lijkt te worden aangenomen.

³⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1248, r.o. 3.6.

³⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308, r.o. 4.6.

4.3.6.2 Stap 1: onderzoek

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de kredietgever inlichtingen moet inwinnen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument.³⁶⁰ Dienovereenkomstig ligt in de feitenrechtspraak de nadruk op het inkomen en de vaste uitgaven. Hoewel de kredietgever de kosten voor levensonderhoud mag schatten,³⁶¹ is een specifiek onderzoek vereist naar de overige vaste uitgaven van de consument.³⁶² Bovendien mag de kredietgever alleen rekening houden met het bestendige deel van het inkomen.³⁶³ Zo heeft een rechter bijvoorbeeld geoordeeld dat de kredietwaardigheid niet mocht worden afgestemd op het inkomen dat de consument in een bepaald jaar uit zijn onderneming heeft gekregen.³⁶⁴ De onderneming bestond namelijk vier jaar en maakte pas een jaar aanmerkelijke winst. Mede kijkend naar de (verwachte) jaarcijfers uit de omliggende jaren, kon destijds niet worden aangenomen dat er sprake was van een bestendig inkomen.³⁶⁵ In een andere zaak heeft het hof in soortgelijke zin geoordeeld dat er geen rekening mocht worden gehouden met ontvangen bonussen.³⁶⁶ Uit de verstrekte jaaropgaven bleek dat de consument in het ene jaar veel meer bonussen heeft ontvangen dan in het andere jaar. Als de kredietgever zou hebben doorgevraagd, zou al snel duidelijk zijn geworden dat de consument in bepaalde jaren een ‘extreme onkostenvergoeding’ heeft gekregen omdat hij moest verhuizen in verband met zijn werk.³⁶⁷

In de rechtspraak zijn verificatieplichten aangenomen als er een concrete aanleiding is om te twijfelen aan de juistheid van de ontvangen gegevens. Zo heeft de Hoge Raad een uitspraak bevestigd waaruit blijkt dat de kredietgever niet had mogen uitgaan van de inkomstengegevens die hij heeft gekregen van een tussenpersoon.³⁶⁸ In dat verband is waarde gehecht aan het feit dat er discrepanties waren tussen bepaalde gegevens, dat

³⁶⁰ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.7.

³⁶¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355, r.o. 3.4 en Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489, r.o. 3.30. Beide keren is uitgegaan van gefixeerde bedragen uit een referentiekader.

³⁶² Zie Rb. Amsterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:399, r.o. 2.15 en Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.9. Volgens de Hoge Raad mag voorts rekening worden gehouden met beleggingsresultaten mits er voldoende rekening is gehouden met de risico's van beleggingen. In de feitenrechtspraak is in dat verband aansluiting gezocht bij het destijds redelijkerwijs te verwachten rendement. Zie Rb. Amsterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:399, r.o. 2.12, Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.16 en Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489, r.o. 3.40.

³⁶³ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3035, r.o. 4.17, Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472, r.o. 4.4, Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355, r.o. 3.3 en Rb. Midden-Nederland 11 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4712, r.o. 2.7. Let wel: het gaat in dit verband om het bedrag en niet zozeer om de bron van inkomsten. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213, r.o. 4.5. Zie Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4764, r.o. 3.8 waarin wordt overwogen dat het begrip ‘bestendig’ niet (te) ruim moet worden opgevat. De kredietgever hoeft bijvoorbeeld niet altijd een onderzoek te doen naar het inkomen na pensionering.

³⁶⁴ Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472. Zie in dezelfde zin Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1458, r.o. 3.8. Zie ook Commissie van Beroep Kifid 12 november 2019, 2019-041A, ov. 4.4 en Commissie van Beroep Kifid 9 oktober 2019, 2019-031, ov. 5.12 waaruit volgt dat de kredietgever een goede prognose heeft gemaakt van het inkomen uit onderneming.

³⁶⁵ Ibid. r.o. 4.4.

³⁶⁶ Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355.

³⁶⁷ Ibid. r.o. 3.3.

³⁶⁸ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298.

de consument niet wist dat de juiste gegevens onjuist zijn doorgegeven door de tussenpersoon en dat de kredietgever een hoger rentepercentage heeft gehanteerd waardoor hij kennelijk bekend was met de risico's van zijn keuze om niet te verifiëren.³⁶⁹ Ook in de feitenrechtspraak worden verificatieplichten doorgaans gekoppeld aan de omstandigheden van het geval.³⁷⁰ Een voorbeeld daarvan is de uitspraak waaruit volgt dat de kredietgever het opgegeven inkomen had moeten verifiëren mede omdat de consumenten het geld nodig hadden voor hun onderneming en akkoord gingen met een kredietproduct dat bedoeld was voor ondernemers en waaraan een hoger rentepercentage was verbonden dan gebruikelijk.³⁷¹ Opmerkelijk is dat de rechter in een aantal uitspraken ook aandacht heeft voor de specifieke ervaring of deskundigheid van de consument. Zo heeft een kredietgever het opgegeven inkomen terecht niet geverifieerd mede omdat de consument 'ten tijde van de aanvraag al gedurende zo'n zeven jaar werkzaam was als hypotheekadviseur, zodat van hem verwacht mocht worden te overzien waar een te rooskleurige opgave van het inkomen toe zou kunnen leiden.'³⁷² Eenzelfde gedachte ligt besloten in de uitspraak waarin de rechter het de kredietgever niet kwalijk neemt een onjuist inkomen te hebben gebruikt mede omdat de consument 'gedurende twaalf jaar werkzaam was als zelfstandig woninginrichter zodat van hem verwacht mocht worden dat hij inzicht had in zijn eigen jaarinkomen.'³⁷³ Hoewel het in deze uitspraken is gegaan over kredietovereenkomsten die geen verband houden met de beroepsactiviteit van de consument, bevestigen deze rechters dat de consument – juist vanwege die beroepsactiviteiten – kan worden geacht te beschikken over een zekere kennis en ervaring die relevant kan zijn bij het bepalen van de concrete inhoud van de bijzondere zorgplicht.³⁷⁴

³⁶⁹ Ibid. r.o. 3.4.3. Zie over dezelfde zaak ook Hof Den-Haag 11 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1895, r.o. 7.3.

³⁷⁰ Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8292, r.o. 7.4, Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308, r.o. 4.8, Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, r.o. 4.7, Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5646, r.o. 4.6, Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489, r.o. 3.19 en Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHRARL:2013:BY8213, r.o. 4.5.

³⁷¹ Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8292, r.o. 7.4

³⁷² Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5646, r.o. 4.6.

³⁷³ Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, r.o. 4.7.

³⁷⁴ Interessant is in dit verband de uitspraak waarin het Europese Hof het begrip 'consument' bestempelt als een objectief begrip. Er moet worden gekeken of de betreffende persoon handelt in de uitoefening van een beroep. De concrete kennis van de consument speelt daarbij geen rol. Zie HvJ 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538. De uitspraken uit de hoofdtekst laten zien dat de beroepsactiviteit van de consument (die dus niet handelt in de uitoefening van dat beroep) op zichzelf geen reden is om geen bijzondere zorgplicht aan te nemen, maar mogelijk wel kan meespelen bij de verdere uitwerking daarvan. In dezelfde zin heeft Scholten opgemerkt dat een gematigde(re) invulling van de zorgplicht denkbaar is als bijvoorbeeld sprake is van een consument met een bijzondere deskundigheid of die een adviseur of bemiddelaar heeft ingeschakeld. Zie Scholten, annotatie bij HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *JOR* 2017/236.

4.3.6.3 Stap 2: beoordeling

Volgens de Hoge Raad mag de kredietgever rekening houden met het vermogen van de consument als er sprake is van onvoldoende vrij besteedbaar inkomen.³⁷⁵ De kredietgever moet dan aannemelijk kunnen maken dat de consument het vermogen met voldoende zekerheid zal kunnen en willen opofferen voor het beoogde krediet. In de feitenrechtspraak komt het vermogen echter nauwelijks aan bod. In een enkel geval heeft de rechter zich uitgesproken over de situatie waarin de kredietgever rekening heeft gehouden met het spaargeld van de consument en de overwaarde van een te koop staande woning.³⁷⁶ In deze uitspraak gaat de rechter in op de vraag of beide onderdelen van de betaalcapaciteit kunnen worden aangemerkt als ‘vrij besteedbaar’. Omdat de consument het spaargeld nodig had om te kunnen voorzien in het levensonderhoud en de verkoopopbrengsten bovendien waren gereserveerd voor de aflossing van een bestaande schuld, mocht de kredietgever de kredietwaardigheid daarop niet afstemmen.³⁷⁷ Overeenkomstig de uitspraak van de Hoge Raad, komt de rechter dus tot de conclusie dat niet met voldoende zekerheid kan worden gesteld dat de consument de betreffende onderdelen van de betaalcapaciteit zal kunnen en willen opofferen voor het krediet.

Voor zover er een referentiekader in het geding is gebracht, gaat de rechter doorgaans niet automatisch na of de daarin te vinden leennormen destijds goed zijn toegepast.³⁷⁸ In plaats daarvan concentreert hij zich op de punten waarover partijen het niet eens zijn.³⁷⁹ Een belangrijk kenmerk van de leennormen uit het publiekrecht is dat deze normen duidelijk maken wanneer daarvan kan worden afgeweken. In een aantal gevallen heeft de rechter aan de hand van de daarin te vinden afwijkingsmogelijkheden getoetst of de kredietgever terecht van de reguliere leennormen is afgeweken.³⁸⁰ Er is echter ook een uitspraak te vinden waarin de rechter in zijn geheel afstand heeft genomen van de leennormen uit het publiekrecht.³⁸¹ Het ging in deze zaak over de kredietaanvraag van een consument met een zeer hoog inkomen en die bovendien in staat was de beoogde woning volledig uit eigen middelen te betalen. Volgens de rechter waren de betreffende leennormen onvoldoende toegesneden op deze situatie:

³⁷⁵ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.8.

³⁷⁶ Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.8.

³⁷⁷ Ibid. Zie Rb. Amsterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:399, r.o. 2.13 e.v. waarin het spaargeld aan bod komt. Zie voorts Commissie van Beroep Kifid 18 oktober 2019, 2019-35 waarin de kredietwaardigheid wel mocht worden afgestemd op de verkoopopbrengst van een woning, maar de kredietgever vervolgens heeft nagelaten om dit bedrag op een geblokkeerde rekening te zetten.

³⁷⁸ Zie in dezelfde zin Geschillencommissie Kifid 23 oktober 2019, 2019-835, ov 4.7. e.v.

³⁷⁹ Zie Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472, r.o. 4.2 t/m 4.4 en 4.6 t/m 4.8, Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.19 t/m 4.21, Rb. Oost-Brabant 10 februari 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:535, r.o. 5.1.2 en Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355, r.o. 3.1 t/m 3.5.

³⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.21 en Rb. Noord-Holland 20 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9549, r.o. 4.11 en 4.12. Zie ook Geschillencommissie Kifid 25 november 2019, 2019-929, ov. 4.6 waaruit volgt dat een overschrijding van de normen van de maximale leencapaciteit onder omstandigheden is toegestaan mits dit verantwoord en onderbouwd is.

³⁸¹ Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308, r.o. 4.6. Zie in dezelfde zin Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.6.

‘(..) de rechtbank [is, *JM*] van oordeel dat in het onderhavige geval niet aan de GHF-normen dient te worden getoetst. Hiervoor is van belang dat niet in geschil is dat een maatwerk krediet is verleend ter financiering van een woning die (..) ook uit eigen middelen had kunnen betalen en waarbij hij uit eigen middelen het woningkrediet op elk moment zou kunnen aflossen (..) Voorts is relevant dat hij als enig bestuurder en -aandeelhouder de hoogte van zijn inkomen uit [het bedrijf] zelf kon bepalen. Ook daarmee wordt in de voor standaard hypotheekverlening opgestelde GHF-normen geen rekening gehouden.’³⁸²

Er zijn echter ook uitspraken waarin de rechter minder precies nagaat hoeveel de consument had mogen lenen. In die uitspraken lijkt de consument in vrij algemene bewoordingen te hebben gesteld dat zijn kredietwaardigheid destijds niet (goed) is getoetst. De rechter gaat dan al snel akkoord met de reactie waarin de kredietgever laat zien dat er wel degelijk een kredietwaardigheidsonderzoek is gedaan en dat de consument op basis van dat onderzoek mocht worden aangemerkt als kredietwaardig. De kredietgever kan eventueel dus volstaan met een vrij korte duiding van de kredietwaardigheidstoets die destijds is verricht.³⁸³

‘Tussen partijen is niet in geschil dat ELQ de inkomens- en vermogenssituatie van [eiser] heeft getoetst voordat zij tot verstrekking van de hypothecaire geldlening is overgegaan. (..) aan de hand van haar eigen acceptatienormen [is] berekend wat het maximale bedrag was dat [eiser] kon lenen. Gesteld noch gebleken is dat, indien van de juistheid van de door [eiser] verstrekte gegevens werd uitgegaan, deze toets naar de toen geldende normen niet volstond en het bedrag van de lening te hoog was.’³⁸⁴

In voorgaand verband is het echter van belang om te wijzen op de recente uitspraak waarin het Europese Hof concludeert dat er ambtshalve moet worden getoetst of is gehandeld conform de eisen die voortvloeien uit artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet.³⁸⁵ Hoewel die uitspraak betrekking heeft op consumptieve kredieten, zou een ambtshalve toetsing eventueel ook kunnen volgen uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. In dat laatste geval kan de rechter zich minder afwachtend opstellen dan hij heeft gedaan de hiervoor besproken uitspraken.

In beginsel heeft het kredietwaardigheidsoordeel betrekking op de huidige betaalcapaciteit van de consument. Meer concreet moet de consument op het moment van toetsing beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen om te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. Er zijn echter ook uitspraken waarin de rechter een zekere aandacht heeft voor concreet voorzienbare veranderingen van de betaalcapaciteit. Dit volgt niet alleen uit de constatering dat er alleen rekening mag worden gehouden met een bestendig inkomen.³⁸⁶ Ook is er een beperkt aantal uitspraken waaruit

³⁸² Ibid.

³⁸³ Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, r.o. 4.6 en Rb Den Haag 1 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6067, r.o. 4.3.

³⁸⁴ Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, r.o. 4.6.

³⁸⁵ HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167. Het feit dat er ook publiekrechtelijke sancties zijn verbonden aan de verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets doet kennelijk niets af aan de verplichting tot ambtshalve toetsing. Zie r.o. 37.

³⁸⁶ Zie Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4764, r.o. 3.8 waarin wordt overwogen dat het begrip ‘bestendig’ niet (te) ruim moet worden opgevat.

volgt dat de kredietgever geen rekening hoeft te houden met een nadelig scenario dat niet concreet voorzienbaar is.³⁸⁷ Deze uitspraken ondersteunen de gedachte dat hij (dus) wel rekening moet houden met een daling van de betaalcapaciteit die concreet voorzienbaar is. Overigens is er wat meer duidelijkheid over de mogelijkheid om rekening te houden met een positieve verandering van de betaalcapaciteit. Dat laatste mag mits de kredietgever aannemelijk kan maken dat dit positieve scenario zich daadwerkelijk gaat voordoen. Zo had een kredietgever bijvoorbeeld geen rekening mogen houden met een bedrag aan verzekeringsgelden omdat onvoldoende zeker was of, en zo ja welk bedrag de consument zou ontvangen.³⁸⁸ In dezelfde zin mocht de kredietgever niet zomaar uitgaan van de mogelijkheid van de consument om zichzelf een hoger salaris of dividend te geven. De kredietgever had namelijk moeten uitleggen waarom die mogelijkheid reëel en verantwoord was.³⁸⁹

Tot slot lijkt het niet altijd een probleem te zijn dat de consument tijdelijk te maken zal krijgen met een tekortschietende betaalcapaciteit. Dit volgt bijvoorbeeld uit de, door veel rechters gebruikte, leennormen uit het publiekrecht die het accepteren dat de kredietgever de kredietwaardigheid ‘alvast’ afstemt op een, op korte termijn te verwachten, stijging van het inkomen zonder daarbij rekening te houden met het lagere inkomen in de periode daarvoor.³⁹⁰ Eenzelfde gedachte komt terug in de uitspraak over een zaak waarin de kredietwaardigheid is afgestemd op een inkomen dat in de loop der jaren zal dalen.³⁹¹ Volgens de rechter is echter voldoende duidelijk dat deze inkomsten-terugval kan worden opgevangen door inkomsten uit pensioen en lijfrentepolissen zodat ‘in ieder geval in 2009 het inkomen weer op hetzelfde peil was’ als ten tijde van de kredietaanvraag in 2000.³⁹² Omdat de rechter niet ingaat op de vraag of de kredietgever destijds mocht aannemen dat de consument over die *gehele* periode zal beschikken over voldoende inkomen, lijkt hij het niet erg te vinden dat de consument een zekere periode te maken zal krijgen met een (iets) te beperkte betaalcapaciteit.

4.3.6.4 Stap 3: beslissing

Volgens de Hoge Raad is de kredietgever verplicht de kredietwaardige consumenten te informeren over de uitkomsten van het onderzoek.³⁹³ De consument is daardoor beter in staat een inschatting te maken van de mate waarin hij kan voldoen aan de terugbetaalplichten. Er is echter onduidelijkheid over de vereiste omgang met een niet-kredietwaardige consument. De Hoge Raad aanvaardt het bestaan van een informatie- en waarschuwingsplicht, maar heeft geen definitieve richting gekozen ten aanzien van het

³⁸⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2609, r.o. 4.6 en Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3404, r.o. 3.18.

³⁸⁸ Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.8.

³⁸⁹ Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647, r.o. 4.19. Deze rechter lijkt dus te verwachten dat de kredietgever ook rekening houdt met de gevolgen van een hoger salaris voor de onderneming. Zie Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM1681, r.o. 5.4 waaruit volgt dat de kredietgever wel mocht uitgaan van de mogelijkheid om een hoger salaris uit te keren.

³⁹⁰ Zie hierover ook paragraaf 4.2.6.3.

³⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213, r.o. 4.5.

³⁹² Ibid.

³⁹³ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9. Zie over deze verplichting ook paragraaf 4.3.4.

bestaan van een weigeringsplicht, en wijst in dit verband op de destijds geldende inzichten van verantwoorde kredietverlening.³⁹⁴ Uit de feitenrechtspraak volgt dat rechters niet altijd tot dezelfde beslissing komen. Enerzijds zijn er rechters die, al dan niet verwijzend naar het publiekrecht, een weigeringsplicht aannemen of daarnaar hinton.³⁹⁵ Anderzijds is in een enkel geval een waarschuwingsplicht aangenomen.³⁹⁶ Deze verschillen lijken erop te wijzen dat feitenrechters anders denken over de mate waarin een inbreuk op het beginsel van de contractsvrijheid in dit verband gerechtvaardigd is.

Overigens moet worden bedacht dat het verschil tussen een waarschuwing- of weigeringsplicht vooral relevant is voor de schadeafwikkeling. Bij een waarschuwingsplicht is de kredietgever pas schadeplichtig als aannemelijk is dat de consument naar die waarschuwing zou hebben gehandeld en het betreffende krediet dus niet zou hebben genomen.³⁹⁷ Bij een weigeringsplicht speelt die vraag over het causaal verband niet. Voorts zou de verdeling van de schade over partijen op basis van een ‘eigen schuld’ kunnen verschillen al naar gelang er een waarschuwings- of een weigeringsplicht is aangenomen.

4.3.7 Tussenconclusie

Omdat in meerdere uitspraken is gehandeld conform de destijds geldende leennormen uit het publiekrecht, komen de verschillen zoals besproken in paragraaf 4.2.7 ook terug in het privaatrecht. Los daarvan zijn er geen fundamentele verschillen te zien wat betreft de vereiste behandeling van de consumptieve en hypothecaire kredietaanvragen.

4.4 Conclusie

In hoofdlijnen zijn de, in dit hoofdstuk besproken, kredietwaardigheidstoetsen hetzelfde. Ten eerste zijn alle kredietwaardigheidstoetsen consumentgericht van aard hetgeen betekent dat de consument kredietwaardig is als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. Ten tweede trachten alle kredietwaardigheidstoetsen te voorkomen dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie terechtkomt. In plaats van te zoeken naar de beste kredietbeslissing voor de consument, moet de kredietgever de consument behoeden voor een beslissing die slecht genoeg is om te veronderstellen dat laatstgenoemde daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Ten derde richten alle kredietwaardigheidstoetsen zich primair op het vrij besteedbaar inkomen van de consument. De drie stappen van de toets zijn allen gericht op het uitgangspunt dat de consument over voldoende inkomsten moet beschikken om, binnen een zekere periode, te kunnen terugbetalen zonder te hoeven bezuinigen op de vaste uitgaven.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085, r.o. 4.6, Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5528, r.o. 4.1, Rb. Den Haag 9 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15277, r.o. 4.2, Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3100, r.o. 4.4 en Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8292, r.o.7.1.

³⁹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9922, r.o. 4.37.

³⁹⁷ Dit lijkt snel te worden aangenomen. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 20 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9549, r.o. 4.13.

Wat betreft de verdere uitwerking van de drie stappen, hebben de voormelde kredietwaardigheidstoetsen voorts het volgende met elkaar gemeen. Ten eerste is het kredietwaardigheidsonderzoek gericht op het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Omdat die uitgaven deels worden geschat, hoeft de kredietgever niet precies te weten hoeveel de consument uitgeeft. Voorts kan de kredietgever er niet van uitgaan dat de consument alle relevante gegevens over zijn betaalcapaciteit direct uit eigen beweging opgeeft. Hij moet daarom specifieke vragen stellen aan de consument of bankafschriften opvragen. Bovendien gelden er twee soorten van verificatieplichten. Enerzijds moet de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €250, een BKR-toets doen om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over reeds aan de consument verleende kredieten. Anderzijds geldt er een aanvullende verificatieplicht als er een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van de relevante gegevens. Er is overigens enige onduidelijkheid over de vraag of de kredietgever het inkomen standaard moet verifiëren. Ten tweede is het kredietwaardigheidsoordeel primair afhankelijk van het vrij besteedbaar inkomen. De consument moet dus kunnen terugbetalen uit het positieve verschil tussen het bestendige inkomen en de vaste uitgaven. Eventueel kan de kredietgever daarbij rekening houden met het vermogen van de consument en met positieve veranderingen van de betaalcapaciteit. Overigens is in dat laatste verband niet duidelijk in hoeverre rekening moet worden gehouden met de (kleinere) betaalcapaciteit uit de periode voordat die positieve verandering plaatsvindt. Voorts zijn er enige grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes. Deze grenzen komen erop neer dat de consument een consumptief krediet in beginsel binnen vijftig maanden moet kunnen terugbetalen, terwijl bij een hypothecair krediet wordt uitgegaan van dertig jaar. Hoewel deze grenzen primair zijn bedoeld om het maximale kredietbedrag te beperken, laten ze tevens zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet. Ten derde is de beslissing op de kredietaanvraag afhankelijk van het kredietwaardigheidsoordeel. Zo geldt er in het publiekrecht een weigeringsplicht bij niet-kredietwaardige consumenten, terwijl er in het privaatrecht ook uitspraken zijn waarin voor deze consumenten een waarschuwingsplicht is aangenomen.

Hoewel al een aantal verschillen is opgemerkt in de behandeling van consumptief en hypothecair krediet binnen het publiekrecht en het privaatrecht,³⁹⁸ zijn er voorts belangrijke verschillen *tussen* beide rechtsgebieden. Kort gezegd, moet de kredietgever in het privaatrecht soms meer of minder doen, en is de consument soms sneller of minder snel kredietwaardig dan in het publiekrecht. Deze verschillen laten zien dat het hier gaat om zelfstandige rechtsgebieden met elk hun eigen karakteristieken. Zo bevat het publiekrecht gedetailleerde ex-ante leennormen die vooraf laten zien de kredietgever zich moet gedragen, ligt de nadruk op de gemene deler en wordt gestreefd naar een

³⁹⁸ Zie paragraaf 4.2.7 en 4.3.7.

optimaal beschermingsniveau.³⁹⁹ In het privaatrecht ligt echter de nadruk op de omstandigheden van het geval en beoordeelt de rechter achteraf, dus ex-post, of de kredietgever zich in het concrete geval juist heeft gedragen. Hoewel de civiele rechter niet is gebonden aan de leennormen uit het publiekrecht, heeft hij deze normen meerdere malen gebruikt als een referentiekader. Dit neemt niet weg dat er ook uitspraken zijn waarin de civiele rechter aandacht heeft voor meer omstandigheden en waarin hij anders tegen dezelfde omstandigheden aankijkt dan in het publiekrecht wordt gedaan. Tegen deze achtergrond vallen de volgende twee verschillen tussen het publiekrecht en het privaatrecht op.

Ten eerste zijn er uitspraken waarin de civiele rechter anders lijkt te denken over de mate waarin de consument rationeel kan handelen. Ter illustratie kan worden gewezen op de uitspraken waarin een verificatieplicht is afgewezen mede omdat de gegevens afkomstig waren van een ervaren of deskundige consument.⁴⁰⁰ In het publiekrecht lijken dergelijke factoren echter geen rol te spelen bij beantwoording van de vraag of de kredietgever in het concrete geval moet verifiëren.⁴⁰¹ Een ander voorbeeld houdt verband met de uitspraken waarin de rechter een waarschuwingsplicht aanneemt na een negatief kredietwaardigheidsoordeel.⁴⁰² Omdat in het publiekrecht in die gevallen altijd een weigeringsplicht geldt, lijkt de rechter dus meer vertrouwen te kunnen hebben in het handelen van de (gewaarschuwde) consument dan in het publiekrecht het geval is. Tot slot kan worden gewezen op de uitspraak waarin de Hoge Raad oordeelt dat de kredietwaardigheid ook kan worden afgestemd op het vermogen van de consument mits de consument dit met voldoende zekerheid zal ‘kunnen en willen’ opgeven voor het krediet.⁴⁰³ Hoewel dit niet zeker is, lijkt het erop dat de kredietgever in het privaatrecht sneller kan uitgaan van een positieve wilsverklaring van de consument dan in het publiekrecht. In het publiekrecht mag het vermogen namelijk pas meespelen als de kredietgever kan uitleggen dat de kredietverstrekking in het concrete geval verantwoord is voor de consument.⁴⁰⁴

Ten tweede kan de civiele rechter de kredietvormen anders behandelen dan in het publiekrecht. Hierdoor hoeven de verschillen inzake de behandeling van de kredietvormen binnen het publiekrecht niet per definitie terug te komen in het privaatrecht.⁴⁰⁵

³⁹⁹ In het bijzonder wordt gezocht naar een balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang.

⁴⁰⁰ Zie Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5646, r.o. 4.6 en Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527, r.o. 4.7. Zie in deze lijn ook Scholten, annotatie bij HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *JOR* 2017/236.

⁴⁰¹ Zie paragraaf 4.2.5.2.

⁴⁰² Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9922, r.o. 4.37 en Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78, r.o. 5.5.

⁴⁰³ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.8.

⁴⁰⁴ Zie met name paragraaf 4.2.6.3. De wil van de consument is in het publiekrecht niet gekoppeld aan een vereiste. Omdat er onduidelijkheid is over de invulling van deze publiekrechtelijke voorwaarde, kan niet worden uitgesloten dat er eventueel waarde mag worden gehecht aan een positieve wilsverklaring van de consument.

⁴⁰⁵ Zie voor deze verschillen paragraaf 4.2.7.

Ten eerste is opgemerkt dat de kredietgever in het publiekrecht *alleen* bij consumptieve kredieten actief rekening moet houden met het inkomen na pensionering. In het privaatrecht is er een beperkt aantal uitspraken te vinden waarin de rechter ingaat op concreet voorzienbare tegenslagen.⁴⁰⁶ Het is daarom denkbaar dat de kredietgever *ook* bij hypothecaire kredieten actief rekening moet houden met de situatie na pensionering.⁴⁰⁷ Ten tweede is opgemerkt dat, in het publiekrecht, *alleen* bij een consumptief krediet een krediet kan worden verstrekt dat de consument hooguit binnen een bepaalde periode verantwoord zal kunnen terugbetalen, terwijl de kredietpartijen met elkaar afspreken dat dit krediet binnen een kortere tijd moet zijn terugbetaald. In dat scenario krijgt de consument dus te maken met maandlasten die hij niet volledig zal kunnen voldoen uit zijn maandelijks vrij besteedbaar inkomen. In het privaatrecht zijn er echter uitspraken waarin de rechter zich louter richt op de betaalbaarheid van de maandlasten. Het is daarom mogelijk dat deze consument in het privaatrecht *alsnog* wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Zie paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

⁴⁰⁷ Omdat er buffers in de leennormen zijn verwerkt, is een beperkte daling van het inkomen na pensionering niet altijd genoeg om te concluderen dat de consument vanaf dat moment in de problemen zal komen.

⁴⁰⁸ Zie paragraaf 4.3.3.

5 De kredietwaardigheidstoets in het Engelse recht

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de kredietwaardigheidstoets in het Engelse recht. In het bijzonder wordt ingegaan op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht en de kredietwaardigheidstoets die volgt uit de uitspraken van de ombudsman die, als een onderdeel van *the Financial Ombudsman Service* (FOS), geschillen tussen individuele partijen beslecht op basis van hetgeen hij *fair and reasonable* acht. Hierna wordt onderzocht hoe de drie, in paragraaf 2.4 opgeworpen, aspecten van de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht en door de ombudsman zijn vormgegeven. Ten eerste wordt stilgestaan bij de benadering van de kredietwaardigheidstoets. Volgt deze toets een kredietgevergerichte of een consumentgerichte benadering? Ten tweede wordt ingegaan op het type terugbetaalsituatie dat de kredietwaardigheidstoets beoogt te bereiken of voorkomen. Wordt er gestreefd naar de gewenste terugbetaalsituatie? Of moet voorkomen worden dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie belandt? Ten derde wordt gezien hoe de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets zijn vormgegeven. Deze stappen bestaan uit het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Tegen deze achtergrond wordt in het vervolg ingegaan op de kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht (paragraaf 4.2) en op de kredietwaardigheidstoets die voortvloeit uit de uitspraken van de FOS (paragraaf 4.3). In de conclusie wordt een overzicht gegeven van de overeenkomsten en verschillen tussen de besproken kredietwaardigheidstoetsen (paragraaf 4.4).

5.2 De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht

5.2.1 Inleiding

In het publiekrecht is de verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets te vinden in regelgeving afkomstig van de gedragstoezichthouder op de financiële markten, te weten de *Financial Conduct Authority* (FCA). De regelgevende bevoegdheden van de FCA vloeien voort uit de *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA).⁴⁰⁹ De FSMA is een kaderwet die de toezichthouder voorts verschillende onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden geeft. Zo kan de FCA bijvoorbeeld statements uitbrengen, boetes opleggen en marktvergunningen intrekken.⁴¹⁰ Om het gedrag van financiële instellingen in kaart te brengen, kan de toezichthouder bovendien plaatsen betreden en zakelijke gegevens opvragen.⁴¹¹ Na de recente kredietcrisis is de FSMA fundamenteel gewijzigd.⁴¹² Sindsdien beschikken toezichthouders over een breder ar-

⁴⁰⁹ Zie bijvoorbeeld art. 137A jo. 1B FSMA. Zie ook art. 137D en art 137R FSMA 2000.

⁴¹⁰ Zie bijvoorbeeld art. 205, 206 en 206A FSMA 2000. Zie ook de *Enforcement Guide* van de FCA. De FCA kan overigens ook opkomen voor benadeelde consumenten door bijvoorbeeld een schadeclaim neer te leggen bij de rechter of door een instellingen op te dragen om de schade te vergoeden. Zie art. 382, 384 en 404 FSMA 2000. Dit is verder uitgewerkt in afd. 11 van de *Enforcement Guide*.

⁴¹¹ Zie art. 165 FSMA 2000 e.v.

⁴¹² Middels de *Financial Services Act* 2010 en 2012. Zie hierover Hudson 2013, p. 206.

senaal aan bevoegdheden en is het toezichtstelsysteem gestoeld op het *twin-peaks* model.⁴¹³ Dit betekent dat de FCA zich bezighoudt met het gedragstoezicht, terwijl onder meer de *Prudential Regulation Authority* (PRA) zich richt op prudentieel toezicht.⁴¹⁴

De FCA heeft een *FCA-Handbook* (FCA-handboek) gecreëerd met daarin een breed scala aan beginselen, regels en richtsnoeren die zich mede richten tot kredietgevers. Naast informatieplichten,⁴¹⁵ bevat dit handboek onder meer een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets,⁴¹⁶ een contracteerverbod voor niet-kredietwaardige consumenten,⁴¹⁷ een verbod om bepaalde rentepercentages te bedingen,⁴¹⁸ en een verplichting om consumenten in algemene zin redelijk te behandelen.⁴¹⁹ Dit samenspel van bepalingen laat zien dat de FCA niet alleen is uitgegaan van een consument die in staat is om, met de relevante productinformatie, een verantwoord kredietbesluit te nemen. De bepalingen die verder gaan dan informeren zijn immers mede gericht op een consument die zich niet altijd weet te redden met de ontvangen productinformatie en die mede daarom een onverantwoorde kredietbeslissing kan nemen.

Hierna wordt verder ingegaan op de kredietwaardigheidstoets die voortvloeit uit het FCA-handboek. Nadat het juridische kader is geschetst (paragraaf 5.2.2), worden de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets besproken, te weten de benadering (paragraaf 5.2.3), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 5.2.4) en de drie stappen (paragraaf 5.2.5).

5.2.2 Het juridische kader

5.2.2.1 Inleiding

Het FCA-handboek bestaat uit meerdere delen. Het eerste deel bevat elf beginselen die de basis vormen van de resterende delen. Twee van die delen gaan specifiek over kredietverlening. De *Consumer Credit sourcebook* (CONC) heeft betrekking op consumentkrediet, en de *Mortgages and Home Finance: Conduct of Business sourcebook* (MCOB) ziet op hypothecair krediet. Beide regelingen laten zien dat de kredietwaardigheid primair afhankelijk is van het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Hierna wordt kort stilgestaan bij de inhoud van deze regelingen en de onderliggende beginselen.

5.2.2.2 De beginselen

De elf beginselen uit het FCA-handboek werken toe naar een financiële markt waarin betrouwbare en transparante instellingen zich in belangrijke mate laten leiden door de

⁴¹³ Zie Ferran 2015, p. 108 en MacNiel 2012, p. 69.

⁴¹⁴ Zie deel 1A FSMA 2000. Prudentieel toezicht heeft betrekking op de financiële positie van banken. Overigens is er nog de *Financial Policy Committee* welke zich bezighoudt met de relevante macro-aspecten. Zie ook Hudson 2013, p. 209 e.v. en Ferran 2015, p. 108.

⁴¹⁵ Zie onder andere afd. 4 CONC en afd. 7 MCOB.

⁴¹⁶ Art. 5.2A.4 R CONC en art. 11.6.2 R MCOB.

⁴¹⁷ Art. 11.6.2 1(b) R MCOB.

⁴¹⁸ Zie afd. 5A en 5B CONC.

⁴¹⁹ Art. 1.1.7 G jo. art. 2.1.1 R PRIN. Zie voor hypothecair krediet ook art. 2.5A.1 R MCOB.

gerechtvaardigde belangen van de consument.⁴²⁰ Financiële instellingen moeten bijvoorbeeld op een adequate wijze voorzien in de informatiebehoeftes van consumenten, situaties vermijden waarin sprake is van tegenstrijdige belangen en consumenten in algemene zin op een redelijke manier behandelen.⁴²¹ De beginselen hebben een bindend karakter en vormen de basis van de concrete gedragsnormen uit het FCA-handboek.⁴²² Dit betekent dat de beginselen kunnen fungeren als een interpretatiemiddel en als een middel om eventuele hiaten in het handboek te vullen.⁴²³ Beide functies benadrukken het belang om als financiële instelling te handelen in de geest van de concrete gedragsnormen. Een instelling die daadwerkelijk vanuit deze beginselen denkt en handelt, zal zich immers op de juridisch gewenste manier gedragen ook al is op dat punt bijvoorbeeld sprake van een hiaat in het FCA-handboek.

Kredietverlening is in sterke mate verbonden aan het (zesde) beginsel dat de kredietgever in algemene zin opdraagt om consumenten op een redelijke manier te behandelen.⁴²⁴ De volgende bepaling uit het FCA-handboek laat zien dat dit beginsel zich op verschillende manieren kan uiten:⁴²⁵

Art. 2.2.2 G CONC

Principle 6 requires a firm to pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly. Examples of behaviour by or on behalf of a firm which is likely to contravene Principle 6 include:

- (1) Targeting customers with regulated credit agreements which are unsuitable for them, by virtue of their indebtedness, poor credit history, age, health, disability or any other reason;
- (2) Subjecting customers to high-pressure selling, aggressive or oppressive behaviour, or unfair coercion;
- (3) not allowing customers who are unable to make payments a reasonable time and opportunity to meet repayments;
- (4) taking steps to repossess a customer's home, other than as a last resort.

In de kern verlangt het zesde beginsel dat de kredietgever in alle facetten van een (eventuele) kredietrelatie rekening houdt met het belang van de consument. Denk bijvoorbeeld aan de verplichting om nieuwe kredietproducten af te stemmen op de gerechtvaardigde behoeftes van een specifieke doelgroep⁴²⁶ en het verbod om (te) snel over te gaan tot een gedwongen verkoop van de verhypothekerde woning als eenmaal sprake

⁴²⁰ De elf beginselen zijn te vinden in art. 2.1.1 R PRIN.

⁴²¹ Zie het zesde, zevende en achtste beginsel. Overigens hebben niet alle beginselen betrekking op het gedrag richting de consument. Zo moet een financiële instelling bijvoorbeeld ook een goede relatie opbouwen met de toezichthouder. Zie het elfde beginsel.

⁴²² Hudson 2013, p. 250 en 251.

⁴²³ Ibid. Zie ook art. 1.1.7 G PRIN. Het is overigens aan de FCA om te bewijzen dat een financiële instelling in strijd heeft gehandeld met een beginsel. Mogelijk verwijst hij daarbij naar een, op zichzelf niet bindende, richtsnoer.

⁴²⁴ Zie bijvoorbeeld art. 11.5.1 (1) G MCOB en art. 2.2.2 G CONC. Het zesde beginsel luidt als volgt: *a firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly*.

⁴²⁵ Zie in dezelfde zin art. 2.4.2 G en art. 13.3.1 R MCOB.

⁴²⁶ Zie over productontwikkeling het tweede punt van de lijst op: <https://www.fca.org.uk/firms/fair-treatment-customers>.

is van een betaalachterstand.⁴²⁷ Voorts kan dit beginsel in verband worden gebracht met bijvoorbeeld informatieplichten, de verplichting tot het verrichten van een kredietwaardigheidstoets en het verbod op agressieve verkooppraktijken.⁴²⁸

5.2.2.3 Lagere regelgeving

De CONC en de MCOB bevatten elk een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets.⁴²⁹ Hoewel de kredietwaardigheid in beide regelingen primair afhankelijk is gesteld van het vrij besteedbaar inkomen, is er een belangrijk verschil wat betreft de vereiste striktheid van toetsing.⁴³⁰ Zo moet de kredietgever bij een hypothecair krediet een vrij gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de vaste uitgaven van de consument, terwijl hij bij een consumptief krediet in beginsel kan volstaan met een minder gedetailleerd onderzoek.⁴³¹ Dit verschil hangt samen met de proportionele gedachtegoed die ten grondslag ligt aan de leennormen. Zo is de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoets afhankelijk van de eventuele risicosignalen.⁴³² Dit zijn signalen die erop wijzen dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument. Hoe sterker de risicosignalen, hoe gedetailleerder het onderzoek naar de betaalcapaciteit moet zijn. Deze signalen kunnen voortvloeien uit (i) het gevraagde krediet en (ii) de financiële kenmerken van de aanvrager.⁴³³ Omdat een hypothecair krediet op zichzelf wordt gezien als een betrekkelijk riskant product, moet de kredietgever bij deze kredietaanvragen een tamelijk gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de vaste uitgaven van de betreffende consument. Bij een consumptief krediet is echter meer aandacht voor de vraag wie de kredietaanvraag heeft ingediend. Een verdergaand onderzoek is dan vereist als bijvoorbeeld (ii) een consument met een betaalachterstand vraagt om (i) een omvangrijk krediet, terwijl een minder vergaand onderzoek in beginsel volstaat als (ii) een consument zonder een betaalachterstand vraagt om (i) een zeer klein krediet. Voor zover er verder geen risicosignalen zichtbaar zijn, kan de kredietgever er in dat laatste geval zelfs van uitgaan dat de consument kredietwaardig is.⁴³⁴ Een onderzoek naar het inkomen en de vaste uitgaven is dan dus niet vereist.

De FCA heeft met het voorgaande oog gehad voor de balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede toegang tot krediet.⁴³⁵

⁴²⁷ Zie bijvoorbeeld art. 13.3.2A R MCOB.

⁴²⁸ Zie bijvoorbeeld art. 2.2.2 G CONC.

⁴²⁹ Art. 11.6.2 R MCOB e.v. en art. 5.2A.4 R CONC e.v.

⁴³⁰ Zie hierover paragraaf 5.2.5 en paragraaf 5.2.6.

⁴³¹ Zie paragraaf 5.2.6.3 en 5.2.5.4.

⁴³² Zie hierover ook paragraaf 5.2.5.3.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Het is niet zo dat een consumptieve kredietaanvraag *altijd* minder streng wordt getoetst dan een hypothecaire kredietaanvraag. Immers, hoe sterker de risicosignalen, hoe sterker het onderzoek gaat lijken op het onderzoek dat de kredietgever standaard moet uitvoeren na een hypothecaire kredietaanvraag.

⁴³⁵ De wetgever heeft de FCA overigens ook opgedragen om te zoeken naar een dergelijk evenwicht. Zie art. 1C (2)(e) en 3B (1)(b), (c), en (f) FSMA 2000. Zie voor een bevestiging FCA juli 2018, p. 4 t/m 6 en FCA 2017, p. 9 en 10.

Tegen die achtergrond is ervoor gekozen om niet (te) snel over te gaan tot het invoeren van gedetailleerde leennormen:

‘At the same time, we want to avoid being too prescriptive, as this could have harmful unintended consequences, including for the cost and availability of credit. We want firms to take a proportionate approach, taking into account the costs and risks of the credit for the individual customer.’⁴³⁶

Hiermee lijkt de FCA aandacht te hebben voor de mogelijkheid dat de leennormen leiden tot hogere uitvoeringskosten voor kredietgevers en daarom kunnen zorgen voor duurdere kredieten en langere wachttijden voor consumenten. Het is dan ook geen toeval dat de kredietgever volgens de leennormen ‘pas’ meer onderzoekskosten moet maken naarmate er een grotere aanleiding is om te denken dat de betreffende consument een onverantwoorde kredietaanvraag heeft ingediend. In de gevallen waarin er geen risicosignalen zichtbaar zijn, kan de kredietgever het gevraagde krediet immers vrij gemakkelijk verstrekken en blijven de uitvoeringskosten van de kredietwaardigheids-toets redelijk beperkt.

5.2.3 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht volgt een consumentgerichte benadering. Zoals beschreven in paragraaf 2.4, is de consument in deze benadering kredietwaardig als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. De kredietwaardigheidstoets wil daarmee voorkomen dat er terugbetaalloffers worden gemaakt die leiden tot onacceptabele gevolgen voor de consument. Dienovereenkomstig hebben de leennormen in het publiekrecht een preventieve aandacht voor de situatie waarin de consument *te veel* van zijn maandelijks betaalcapaciteit moet opofferen voor de terugbetaling van het krediet. Zo mag de consument bijvoorbeeld niet bezuinigen op zijn vaste uitgaven, en is het in beginsel niet de bedoeling dat hij meer van zijn betaalcapaciteit moet opgeven dan zijn vrij besteedbaar inkomen.⁴³⁷

In de kern wordt toegewerkt naar een situatie waarin de consument zich, na de beoogde kredietverlening, ten minste een leefstijl kan veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Het is niet alleen de bedoeling dat de consument kan blijven voorzien in de minimale kosten van levensonderhoud. Ook moet hij een deel van zijn betaalcapaciteit overhouden voor de zogenoemde moeilijk-vermijdbare uitgaven:

‘Examples of basic quality-of-living costs (which can be reduced, but only with difficulty) are: clothing; household goods (such as furniture and appliances) and repairs; personal goods (such as toiletries); basic recreation (television, some allowance for basic recreational activities, some non-essential transport); and childcare.’⁴³⁸

⁴³⁶ FCA juli 2018, p. 5.

⁴³⁷ Bij consumptief krediet is overigens bepaald dat de kredietgever geen rekening mag houden met de eventuele mogelijkheid van de consument om later een nieuw krediet te nemen. Zie art. 5.2A.12 (3) R CONC.

⁴³⁸ Art. 11.6.11 (2) G MCOB. Zie in dezelfde zin, maar minder gedetailleerd, art. 5.2A.18 (1) G CONC.

Overigens ligt de consumentgerichte benadering al een langere tijd in het publiekrechtelijke kader besloten. Ter illustratie kan worden gewezen op de oude *Irresponsible Lending Guide (ILG)* welke in 2010 door de toenmalige toezichthouder is uitgegeven ter uitwerking van de bevoegdheid om marktvergunningen in te trekken.⁴³⁹ In dit document maakte de toezichthouder duidelijk dat de kredietgevers voortaan een *borrower-focussed test* moeten uitvoeren:

"Assessing affordability', in the context of this guidance, is a 'borrower-focussed test' which involves a creditor assessing a borrower's ability to undertake a specific credit commitment, or specific additional credit commitment, in a sustainable manner, without the borrower incurring (further) financial difficulties and/or experiencing adverse consequences.'⁴⁴⁰

Uit de ILG volgt voorts dat de consument in voormelde zin pas kredietwaardig is als hij naar verwachting over voldoende inkomen beschikt om, na de beoogde kredietverstrekking, te kunnen voldoen aan zijn vaste uitgaven.⁴⁴¹ Deze consumentgerichte kredietwaardigheidstoets wijkt daarmee af van een *creditor-focussed test* welke primair gaat over de vraag of de consument kan terugbetalen.⁴⁴² Volgens de ILG concentreert de laatstgenoemde toets zich hoofdzakelijk op de verdien capaciteit en betaalbetrouwbaarheid van de consument:

'The 'assessment of creditworthiness' is a 'creditor-focussed' test which involves the creditor assessing whether a borrower merits the provision of the credit that he is seeking to acquire on the basis of considering sufficient information relating to such matters as the borrower's earning power and previous record of repayment.'⁴⁴³

Hoewel de ILG louter zag op consumptieve kredieten, volgt uit de MCOB dat de kredietgever ook bij een hypothecair krediet een *borrower-focussed test* moet uitvoeren. Zo moeten de huidige leennormen uit de MCOB worden gezien tegen de achtergrond van de recente kredietcrisis die, volgens de toenmalige toezichthouder,⁴⁴⁴ mede is veroorzaakt door kredietgevers die te veel geïnteresseerd waren in de waarde van de beoogde woning.⁴⁴⁵ Hierdoor voelden kredietgevers niet altijd de prikkel om te onderzoeken in hoeverre de consument zal kunnen voldoen aan de beoogde *periodieke* terugbetalingsplichten.⁴⁴⁶ Zolang de woningwaarde naar verwachting hoog genoeg blijft, is er immers een goede kans dat de *gehele* kredietvordering volledig wordt voldaan. Hoewel deze praktijken in de kredietgevergerichte benadering verantwoord kunnen zijn, heeft de toezichthouder deze geassocieerd met *a tail of poor lending*.⁴⁴⁷ Voor zover de

⁴³⁹ Het betrof de *Office of Fair Trading*. Zie Fairweather 2012, p. 91 e.v. voor een achtergrondschets van deze bevoegdheid.

⁴⁴⁰ OFT 2011, p. 36.

⁴⁴¹ Ibid. p. 37. Eventueel kan ook het spaargeld van de consument een rol spelen.

⁴⁴² Ibid. p. 46.

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Het betrof de *Financial Services Authority*.

⁴⁴⁵ FSA 2011, p. 17 en 54 e.v.

⁴⁴⁶ Zie hierover ook paragraaf 7.3.3.4.

⁴⁴⁷ FSA 2011, p. 55 e.v.

kans (te) groot is dat de consument daadwerkelijk zijn woning zal verliezen dan wel onacceptabele terugbetaalloffers moet maken om een gedwongen woninguitzetting te voorkomen, is de kredietverstrekking in de consumentgerichte benadering immers onverantwoord. Vanaf 2014 leggen de hypothecaire leennormen dan ook de nadruk op de betaalbaarheid van de periodieke terugbetaalplichten en is het niet toegestaan dat de kredietwaardigheid wordt afgestemd op de waarde van de woning.⁴⁴⁸

5.2.4 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets in het publiekrecht beoogt een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen. In die terugbetaalsituatie kan de consument niet of enkel middels het maken van onacceptabele terugbetaalloffers voldoen aan de terugbetaalplichten. Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen, dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. In die lijn moet de kredietgever in het publiekrecht *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaalloffers liever niet willen maken.

Het voorgaande strookt met het publiekrechtelijke streven naar een optimale bescherming van de consument en past bovendien bij de *execution-only* kredietrelatie die aan de orde is. De consument die op zoek is naar de beste kredietbeslissing, is beter af bij een financieel adviseur die wordt geacht zich in een verdergaande mate te ontfemen over het belang van de consument.⁴⁴⁹ Dit laatste neemt echter niet weg dat kredietgevers via richtsnoeren worden opgeroepen om in bepaalde gevallen verder te gaan dan de leennormen uit het FCA-handboek voorschrijven. Ten eerste bevat de CONC een bepaling die de kredietgever verzoekt om rekening te houden met het bestedingsdoel van het krediet.⁴⁵⁰ Ten tweede is er in de CONC een bepaling te vinden die zich richt op de kredietaanvraag van een mentaal kwetsbare consument en die de kredietgever vraagt om in zulke gevallen (ook) te kijken naar de behoeftes van de betreffende consument.⁴⁵¹ In dat laatste verband wordt de kredietgever zelfs opgeroepen om een kredietaanvraag te weigeren als het gevraagde krediet niet past bij de behoeftes van die consument.⁴⁵² Hoewel beide richtsnoeren verlangen dat een, volgens de bindende leennormen, kredietwaardige consument soms wordt behandeld als een niet-kredietwaardige consument, lijkt er niettemin sprake te zijn van een belangrijk verschil. Wat betreft de bepaling over het bestedingsdoel, lijkt de kredietgever *niet* kritisch te hoeven kijken naar het bestedingsdoel zelf. Het is daarom nog steeds mogelijk dat een indivi-

⁴⁴⁸ Zie met name art. 11.6.5 R MCOB.

⁴⁴⁹ Zo is een adviseur verplicht om het advies af te stemmen op de behoeftes en omstandigheden van de consument. Zie bijvoorbeeld art. 4.7A.6 R MCOB en het negende beginsel uit art. 2.1.1 R PRIN.

⁴⁵⁰ Art. 5.2A.21 (1) G CONC.

⁴⁵¹ Art. 2.10.20 G CONC.

⁴⁵² Ibid.

duale consument een kredietbeslissing neemt die niet volledig aansluit bij zijn voorkeuren.⁴⁵³ Wat betreft de bepaling die zich richt op de mentaal kwetsbare consument, lijkt de kredietgever *wel* kritisch te moeten kijken naar het beoogde bestedingsdoel. Daarmee lijkt die laatste bepaling te willen toewerken naar een situatie waarin de consument (pas) als kredietwaardig wordt gezien als kan worden aangenomen dat de consument, met het indienen van de kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen.

5.2.5 De drie stappen bij consumptief krediet

5.2.5.1 Inleiding

De CONC bevat een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets.⁴⁵⁴ In beginsel hebben kredietgevers de vrijheid om de kredietwaardigheidstoets te voorzien van een eigen invulling.⁴⁵⁵ De daaraan gestelde eisen worden echter strenger als er een grotere aanleiding is om te denken dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument. Hoe sterker die aanleiding, hoe gedetailleerder het onderzoek naar de betaalcapaciteit moet zijn.⁴⁵⁶ Hiermee heeft de FCA een middenweg proberen te vinden tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede toegang tot krediet.⁴⁵⁷ Een te strikt regelkader heeft volgens de FCA al snel een negatieve impact op de prijs en beschikbaarheid van krediet, terwijl een te algemeen regelkader de consument niet altijd voldoende zal beschermen tegen overkreditering.⁴⁵⁸ Tegen deze achtergrond wordt hierna eerst ingegaan op de inhoud en reikwijdte van de relevante bepalingen uit de CONC. Na een korte uitleg over de wijze waarop de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoets wordt bepaald, komen, tot slot, de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets aan bod.

5.2.5.2 De relevante bepalingen uit de CONC

Volgens artikel 5.2A.4 R CONC moet de kredietgever een kredietwaardigheidstoets uitvoeren voordat een kredietovereenkomst wordt gesloten of voordat wordt overgegaan tot een belangrijke verhoging van het kredietbedrag.⁴⁵⁹ Hoewel deze verplichting in principe betrekking heeft op alle consumptieve kredietvormen, geldt er een uitzondering voor pandhuiskrediet, niet-commerciële kredieten, bepaalde roodstanden en bepaalde goederenkredieten.⁴⁶⁰

Art. 5.2A.4 R CONC

⁴⁵³ De consument kan bijvoorbeeld nog steeds te veel waarde hechten aan het product dat hij met het krediet wil aanschaffen. Hij overschat dan de baten van het krediet. Zie ook paragraaf 7.4.2.2.

⁴⁵⁴ Art. 5.2A.4 R CONC.

⁴⁵⁵ De FCA heeft een *principle-based* benadering willen aanhouden. Zie FCA juli 2018, p. 5 en 6.

⁴⁵⁶ Art. 5.2A.20 R CONC.

⁴⁵⁷ FCA juli 2018, p. 5.

⁴⁵⁸ Ibid. p. 4 en 5.

⁴⁵⁹ Overigens kan de significante verhoging betrekking hebben op meerdere kleine verhogingen tezamen. Zie art. 5.2A.6 G CONC.

⁴⁶⁰ Art. 5.2A.2 R CONC. Kennelijk worden de uitgezonderde kredieten geacht minder riskant te zijn voor de consument dan de niet uitgezonderde kredieten.

A firm must undertake a reasonable assessment of the creditworthiness of a customer before:

- (1) entering into a regulated credit agreement; or
- (2) significantly increasing the amount of credit provided under a regulated credit agreement; or
- (3) significantly increasing a credit limit for running-account credit under a regulated credit agreement.

Uit artikel 2A.10 R CONC volgt dat de kredietgever een onderzoek moet doen naar de vraag *of* en *hoe* de consument zal kunnen terugbetalen.

Art. 2A.10 R CONC

The firm must consider:

- (1) the risk that the customer will not make repayments under the agreement by their due dates (this is sometimes referred to as credit risk); and
- (2) the risk to the customer of not being able to make repayments under the agreement in accordance with CONC 5.2A.12R (referred to as ‘affordability risk’ in this section).

De kredietaanvraag mag volgens artikel 5.2A.5 R CONC pas worden geaccepteerd als de kredietgever kan aantonen dat hij op een adequate manier heeft gehandeld naar de uitkomsten van het uitgevoerde kredietwaardigheidsonderzoek.

Art. 5.2A.5 R CONC

The firm must not take a step in CONC 5.2A.4R(1) to (3) unless it can demonstrate that it has, before doing so:

- (1) undertaken a creditworthiness assessment and, where relevant, the assessment under CONC 5.2A.31R(2) (guarantors) in accordance with the rules set out in this section; and
- (2) had proper regard to the outcome of that assessment in respect of affordability risk.

Tot slot moet de kredietgever beleid maken waaruit, kort gezegd, volgt wanneer een consument als kredietwaardig kan worden gezien en met welke feiten en omstandigheden daarbij rekening kan worden gehouden.⁴⁶¹

5.2.5.3 Een uitleg over de betekenis van risicosignalen

De vereiste omvang en intensiteit van de kredietwaardigheidstoetsing is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁴⁶² In het bijzonder wordt de kredietgever geacht te handelen naar eventuele risicosignalen. Dit zijn signalen die wijzen op een risico dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument. Hoe sterker de signalen, hoe meer de kredietgever zich zal moeten inspannen om de omvang van de betaalcapaciteit in beeld te brengen.

⁴⁶¹ Art. 5.2A.33 R CONC. Dit beleid moet zijn goedgekeurd door hogergeplaatst personeel en periodiek worden herzien. Voorts moet de kredietgever informatie opslaan over elke individuele krediettransactie.

⁴⁶² Art. 5.2A.20 R CONC.

Er zijn twee soorten van risicosignalen.⁴⁶³ Het eerste risicosignaal vloeit voort uit het kredietproduct dat aan de orde is.⁴⁶⁴ De FCA heeft ter verduidelijking een onderscheid gemaakt tussen een *mainstream* en *non-mainstream* kredietproduct.⁴⁶⁵ Een *mainstream* kredietproduct betreft, kort gezegd, een krediet dat zich, qua kosten of andere voorwaarden, niet in een (te) negatieve zin onderscheidt van de reguliere kredietproducten.⁴⁶⁶ Er is sprake van een risicosignaal als de consument vraagt om een *non-mainstream* krediet. Het tweede risicosignaal vloeit voort uit de financiële positie van de betreffende consument.⁴⁶⁷ De FCA heeft ter verduidelijking een onderscheid gemaakt tussen een *prime* en *non-prime* consument.⁴⁶⁸ Een *prime* consument betreft, kort gezegd, iemand met een goede kredietreputatie en die geen financiële problemen heeft.⁴⁶⁹ Er is sprake van een risicosignaal als een *non-prime* consument om krediet vraagt.

De vereiste omvang en diepgang van het kredietwaardigheidsonderzoek is afhankelijk van de eventuele risicosignalen.⁴⁷⁰ Zo worden aan het onderzoek vergaande eisen gesteld als een *non-prime* consument vraagt om een *non-mainstream* krediet. Omdat er meerdere risicosignalen zijn, is een gedetailleerd onderzoek naar het vrij besteedbaar inkomen vereist. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een consument met een forse betaalachterstand vraagt om een omvangrijk krediet waaraan tamelijk hoge kosten zijn verbonden. Er worden aan het onderzoek echter minder vergaande eisen gesteld als een *prime* consument vraagt om een *mainstream* krediet. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een consument met een bepaald inkomen vraagt om een relatief klein krediet. De verhouding tussen het inkomen en het krediet geeft dan onvoldoende aanleiding om te denken dat het gevraagde krediet een te grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument.⁴⁷¹ Hoewel de kredietgever in dit voorbeeld in beginsel⁴⁷² geen onderzoek hoeft te doen naar de uitgaven van de consument, is het onder omstandigheden toelaatbaar dat hij ook geen onderzoek doet naar het inkomen. Ter illustratie heeft de FCA gewezen op de kredietaanvraag die is ingediend door een consument die geen kredieten of betaalachterstanden op zijn naam heeft staan en die vraagt om een zeer klein krediet:⁴⁷³

⁴⁶³ Zie FCA juli 2017, p. 34 en 35 voor een overzicht.

⁴⁶⁴ Ibid. Zie ook art. 5.2A.20 (3) R CONC.

⁴⁶⁵ FCA juli 2017, p. 35.

⁴⁶⁶ Ibid. Zie ook art. 5.2A.20 (3) R CONC. Het betreft dus geen vastomlijnd begrip.

⁴⁶⁷ FCA juli 2017, p. 34 en 35 en FCA juli 2018, p. 18. Zie ook art. 5.2A.25 G CONC.

⁴⁶⁸ FCA juli 2017, p. 35. Een *non-prime* consument betreft iemand met '*an adverse credit history or 'thin' credit file*'. Zie p. 7.

⁴⁶⁹ FCA juli 2018, p. 32. Het betreft dus geen vastomlijnd begrip.

⁴⁷⁰ FCA juli 2017, p. 34 en 35.

⁴⁷¹ FCA juli 2017, p. 29. Soms kan de kredietgever volstaan met informatie over de arbeidsfunctie van de consument. De kredietgever moet dan wel weten wat iemand in een vergelijkbare functie (minimaal) verdient.

⁴⁷² Dit is anders als de kredietgever bijvoorbeeld bekend is met feiten of omstandigheden die erop wijzen dat de consument minder kredietwaardig is dan de enkele verhouding tussen het inkomen en krediet doet vermoeden.

⁴⁷³ Art. 5.2A15 (1) (a) R jo. art. 5.2A.17 (1) (a) R CONC.

‘(..) a firm does not need to estimate or establish the customer’s income (or disposable income) where it can demonstrate that it is obvious in the particular circumstances that the credit is affordable. This may be the case, for example, where a relatively small amount of credit is offered to a customer who shows no signs of financial difficulties and in relation to whom no adverse information is apparent from the application or a CRA check.’⁴⁷⁴

Ter verduidelijking heeft de FCA een schema opgesteld welke de kredietgever kan helpen bij het bepalen van de omvang en diepgang van het kredietwaardigheidsonderzoek.⁴⁷⁵ Dit schema komt op het volgende neer:

<p style="text-align: center;"><i>Blok 1: Laag risico.</i></p> <p>Er is geen onderzoek vereist naar het vrij besteedbaar inkomen. Het gaat hier om de aanvraag van een <i>mainstream</i> krediet die is ingediend door een <i>prime</i> consument. Uit een <i>CRA-check</i> kan blijken dat de consument ‘prime’ is. Overigens moet het hierbij wel gaan om ‘<i>small or moderate amounts of credit</i>’.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Blok 2: Gemiddeld risico.</i></p> <p>Een onderzoek naar het vrij besteedbaar inkomen is vereist, echter dit onderzoek hoeft niet altijd even gedetailleerd te zijn. Dit is het geval als een <i>non-prime</i> consument een <i>mainstream</i> product vraagt, of als een <i>prime</i> consument vraagt om een <i>non-mainstream</i> product. De kredietgever kan bijvoorbeeld uitgaan van realistische schattingen over de vaste uitgaven van de consument.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Blok 3: Hoog risico.</i></p> <p>Een gedetailleerd naar het vrij besteedbaar inkomen is vereist. Dit is het geval als een <i>non-prime</i> consument om een <i>non-mainstream</i> product vraagt. De FCA wijst bijvoorbeeld op de consumenten met een laag of onzeker inkomen en die mede daarom minder goed in staat zijn om kleine financiële tegenvallers op te vangen.</p>

Bedacht moet worden dat de vereiste omvang en diepgang van het onderzoek uiteindelijk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De kredietgever kan dus niet altijd stoppen met het kredietwaardigheidsonderzoek na een positief resultaat van een *CRA-check*. Zo kan de kredietgever bijvoorbeeld bekend zijn, of worden geacht bekend te zijn, met feiten of omstandigheden die erop wijzen dat de betreffende consument een stuk minder *prime* is dan hij in eerste instantie lijkt.⁴⁷⁶ Als de kredietgever eenmaal risicosignalen heeft opgemerkt, beschikt hij over een zekere vrijheid om te bepalen hoe zwaar deze signalen wegen en hoe gedetailleerd het onderzoek vervolgens wordt uitgevoerd. Zie in dit verband het volgende gedeelte van artikel 5.2A.21 (2) G CONC:

‘When considering (..) what steps the firms needs to undertake to make the creditworthiness assessment a reasonable one, the firm should consider whether the factors point towards a more or less rigourouos assesment. Certain factors may point towards a more rigorous assessment and others towards a less rigorous one in which case the firm should weigh up the factors before deciding what type of creditworthiness assessment is required.’

⁴⁷⁴ FCA juli 2017, p. 29.

⁴⁷⁵ FCA juli 2017, p. 35.

⁴⁷⁶ De kredietgever moet erop bedacht zijn dat de registers niet altijd *up-to-date* zijn of andere zwaktes hebben. Zie FCA juli 2018, p. 33.

Het vervolg: de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets

Hierna wordt verder ingegaan op de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets. Daarbij wordt niet ingegaan op de situatie waarin de kredietgever kan aantonen dat de betreffende consument evident kredietwaardig is en er (dus) geen onderzoek is vereist naar het vrij besteedbaar inkomen.⁴⁷⁷ Voorts wordt niet ingegaan op de situatie waarin een zeer vermogende consument, *a high net worth borrower*, vooraf een verklaring heeft ondertekend waaruit volgt dat de bepalingen uit de CONC niet voor hem zullen gelden.⁴⁷⁸

5.2.5.4 Stap 1: onderzoek

In beginsel wordt de kredietwaardigheid afgestemd op het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁴⁷⁹ Dit is het positieve verschil tussen het inkomen⁴⁸⁰ en de niet-discretionaire uitgaven.⁴⁸¹ Onder die laatste uitgaven vallen, kort gezegd, de minimale kosten van levensonderhoud, de bestaande financiële verplichtingen en de moeilijk-vermijdbare uitgaven.⁴⁸² De kredietgever hoeft niet altijd even precies te weten hoeveel de consument per maand ontvangt en uitgeeft. Eventueel kunnen een of beide posten worden geschat. Vanzelfsprekend moet het dan wel gaan om reële schattingen.⁴⁸³ Zo kan bijvoorbeeld niet worden uitgegaan van statistieken die zijn gebaseerd op een huishouden dat veel kleiner is dan dat van de consument.⁴⁸⁴ Overigens is het denkbaar dat er helemaal geen onderzoek hoeft te worden gedaan naar de omvang van de niet-discretionaire uitgaven. Dit laatste kan bijvoorbeeld geoorloofd zijn als een consument met een zeer hoog inkomen vraagt om een zeer klein krediet.⁴⁸⁵ Voor zover er verder geen risicosignalen zijn, kan in dit voorbeeld worden aangenomen dat de consument, na de beoogde kredietverstrekking, voldoende inkomen overhoudt voor zijn niet-discretionaire uitgaven. De volgende bepaling uit de CONC wijst in dit verband nogmaals op het belang van de eventuele risicosignalen die erop wijzen dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument:

‘So, if, for example, all other things being equal, the amounts of the repayments and the total charge for credit are low, the amount of information that is sufficient to support a reasonable creditworthiness assessment may be less than would be required: (a) in the case of more expensive credit, or credit that is higher in amount; or (b) where it is

⁴⁷⁷ Vanzelfsprekend moet de kredietgever aannemelijk kunnen maken dat de consument duidelijk kredietwaardig is. Zie art. 5.2A.16 (1) G CONC. Dit kan bijvoorbeeld door te wijzen op het betreffende kredietbedrag en de positieve resultaten van een *CRA-check*.

⁴⁷⁸ Art. 1.4.1 R CONC App e.v. Deze consument kan eventueel nog worden beschermd door art. 140C Consumer Credit Act 1974. Zie art. 1.4.6 R CONC App. Het gaat hier overigens om een consument met een inkomen van minimaal £150,000 en/of een vermogen van ten minste £500,000. Zie art 1.4.7 R CONC App. Overigens wordt ook niet ingegaan op de strengere bepalingen die zien op de consument met een *mental capacity limitation*. Zie hierover ook paragraaf 5.2.4.

⁴⁷⁹ Eventueel kan rekening worden gehouden met het vermogen. Zie hierover de volgende paragraaf.

⁴⁸⁰ Art. 5.2A.15 (2) R CONC.

⁴⁸¹ Art. 5.2A.17 (2) R CONC.

⁴⁸² Art. 5.2A.18 (1) G CONC. Volgens de FCA leiden bezuinigingen op deze uitgaven tot zeer nadelige gevolgen voor de consument. Zie FCA juli 2017, p. 29.

⁴⁸³ Art. 5.2A.16 (2) G en 5.2A.19 G CONC.

⁴⁸⁴ Art. 5.2A.19 (2) G CONC.

⁴⁸⁵ FCA juli 2017, p. 29.

known that the customer's financial situation is such that the credit may be expected to have a more significant impact.'⁴⁸⁶

Wat betreft de verificatieplichten, zijn voorts twee bepalingen van belang. Ten eerste bevat de CONC een richtsnoer waarin staat dat de kredietgever in beginsel niet mag uitgaan van het inkomen dat is opgegeven door de consument.⁴⁸⁷ De kredietgever wordt dus opgeroepen om bijvoorbeeld via een loonstrookje te controleren of de consument het juiste inkomen heeft opgegeven. Ten tweede bevat de CONC een aantal bindende bepalingen waaruit volgt dat de kredietgever moet letten op eventuele signalen die erop wijzen dat er onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt.⁴⁸⁸ Voor zover dat laatste aan de orde is, mag de kredietgever de betreffende kredietaanvraag in principe niet honoreren.⁴⁸⁹

5.2.5.5 Stap 2: beoordeling

De kredietgever moet aannemelijk kunnen maken dat de consument naar redelijke verwachting beschikt over voldoende vrij besteedbaar inkomen om te kunnen voldoen aan de betreffende terugbetalplichten.⁴⁹⁰ Eventueel mag de kredietgever ook of alleen⁴⁹¹ rekening houden met het vermogen van de consument.⁴⁹² In dat laatste verband moet voldaan zijn aan meerdere voorwaarden. Om te beginnen moet er een duidelijk indicatie zijn dat de consument het vermogen zal willen opgeven voor het beoogde krediet. Deze voorwaarde lijkt te impliceren dat de kredietgever mag uitgaan van een verklaring waarin de consument aangeeft dat hij bereid is de betreffende terugbetaalloffers te maken. Daarnaast moet de kredietgever aannemelijk kunnen maken dat het voor de consument verantwoord is om rekening te houden met het betreffende vermogen. Daarbij moet de kredietgever specifiek ingaan op drie factoren.⁴⁹³ Ten eerste moet hij stilstaan bij de reden dat het betreffende vermogen door de consument wordt aangehouden. Ten tweede moet hij ingaan op de mate van waarschijnlijkheid dat de consument dat vermogen tijdig kan aanspreken voor de voldoening van de beoogde terugbetalplichten. Tot slot moet de kredietgever aandacht besteden aan de ernst van de verwachte gevolgen die samenhangen met het opofferen van het bedoelde vermogen.⁴⁹⁴

Hoewel de kredietwaardigheid in beginsel wordt afgestemd op de huidige betaalcapaciteit van de consument, moet de kredietgever voorts rekening houden met concreet

⁴⁸⁶ Art. 5.2A.24 (2) G CONC.

⁴⁸⁷ Art. 5.2A.16 (3) G CONC.

⁴⁸⁸ Art. 5.2A.36 R jo art. 5.2A.37 G CONC.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ Bij doorlopende kredietvormen moet de kredietgever er in beginsel van uitgaan dat de consument het krediet in een keer volledig opneemt en binnen een redelijke tijd, middels gelijke bedragen, aflost. Zie art. 5.2A.27 R CONC.

⁴⁹¹ Een onderzoek naar het inkomen en uitgaven is dan niet nodig. Zie art. 5.2A.15 (1)(b) R jo. 5.2A.17 (1)(a) CONC.

⁴⁹² Art. 5.2A.13 R CONC.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Zo kan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met het vermogen als de consument dringend op zoek is naar contanten, maar zijn vermogen niet snel genoeg kan omzetten in liquide middelen. Zie FCA juli 2017, p. 28.

voorzienbare negatieve veranderingen van het inkomen of de niet-discretionaire uitgaven.⁴⁹⁵ Dit impliceert dat de consument als niet-kredietwaardig moet worden gezien ook al beschikt hij ‘pas’ in een concreet voorzienbaar scenario over onvoldoende betaalcapaciteit. Het is echter niet duidelijk hoe de kredietgever in zulke gevallen moet handelen. Volstaat bijvoorbeeld een waarschuwing voor de nadelige gevolgen van dat scenario? Of mag de kredietgever het krediet pas verstrekken als er maatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat de terugbetaalplichten in dat scenario betaalbaar blijven? Hoewel de CONC hierop geen antwoord geeft, lijkt de FCA een voorkeur te hebben voor de laatste optie. Deze voorkeur volgt uit het richtsnoer waarin staat dat de kredietgever zich redelijk moet gedragen als na de kredietverstrekking blijkt dat een, op voorhand verwachte, inkomstenstijging *niet* heeft plaatsgevonden. Aangenomen dat de kredietwaardigheid destijds *wel* is afgestemd op dat hogere inkomen, zal de kredietgever bijvoorbeeld kunnen overwegen om de periodieke terugbetaalplichten tijdelijk te verlagen:

Art. 5.2A.16 (4) G CONC

An example of where it may be reasonable to take into account an expected future increase in income would be a loan to fund the provision of further or higher education, provided that an appropriate assessment required by this section is carried out. If, in such a case, the customer's income does not increase in line with expectations, the firm should consider deferring or limiting the obligation to repay until the customer's income has reached an appropriate level.

Dat er een zekere aandacht is vereist voor negatieve veranderingen, betekent niet dat de consument als niet-kredietwaardig moet worden aangemerkt alleen omdat zijn betaalcapaciteit *incidenteel* tekort zal schieten. Dit blijkt uit het richtsnoer waaruit blijkt dat de kredietgever onder omstandigheden – dus niet altijd – rekening moet houden met het risico dat de consument eenmalig niet (tijdig) voldoet aan een terugbetaalplicht.⁴⁹⁶ Dit betekent dat de consument onder omstandigheden mag worden aangemerkt als kredietwaardig, ook al is op dat moment duidelijk dat hij een enkele keer niet (verantwoord) zal kunnen voldoen aan een terugbetaalplicht. Niet duidelijk is echter welke, strikt genomen, onacceptabele terugbetaaloffers de consument hoelang mag maken voordat hij wel als niet-kredietwaardig moet worden gezien.

5.2.5.6 Stap 3: beslissing

De kredietgever moet op een adequate manier handelen naar de uitkomsten van de kredietwaardigheidstoets.⁴⁹⁷ Het is echter niet duidelijk of dit betekent dat de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument moet worden afgewezen, of dat de kredietgever in die gevallen bijvoorbeeld ook kan volstaan met een waarschuwing voor de nadelige gevolgen van de betreffende krediettransactie. Dat een dergelijke waarschuwing kan volstaan, lijkt te worden bevestigd door de enkele bepalingen uit de

⁴⁹⁵ Art. 5.2A.15 (3) R CONC en art. 5.2A.17 (3) R CONC.

⁴⁹⁶ Art. 5.2.A.11 G CONC.

⁴⁹⁷ Art. 5.2A.5 (2) R CONC.

CONC die kredietgevers *expliciet* oproepen om een kredietaanvraag in bepaalde gevallen te weigeren.⁴⁹⁸ Zo gelden er bepaalde weigeringsplichten bij *payday loans* en worden kredietgevers opgeroepen om bepaalde kredietaanvragen van de zogenoemde mentaal kwetsbare consumenten te weigeren.⁴⁹⁹

5.2.6 De drie stappen bij hypothecair krediet

5.2.6.1 Inleiding

De MCOB bevat een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets.⁵⁰⁰ Meer specifiek moet de kredietgever een onderzoek doen naar het inkomen en de vaste uitgaven van de consument.⁵⁰¹ Hoewel deze verplichting vrij gedetailleerd is uitgewerkt, beschikken kredietgevers niettemin over een zekere beoordelingsvrijheid. Zo is er bijvoorbeeld ruimte om te bepalen hoe de vaste uitgaven van de consument worden vastgesteld en wanneer het inkomen stabiel genoeg is om daarmee rekening te houden.⁵⁰² Het is dan ook niet vreemd dat kredietgevers in de praktijk anders tegen de kredietwaardigheid van dezelfde consument kunnen aankijken. Zo is bijvoorbeeld gebleken dat kredietgevers uitgaan van verschillende bedragen voor de vaste uitgaven van dezelfde consument.⁵⁰³ Volgens de FCA zijn deze verschillen niet problematisch zolang de kredietgever kan uitleggen dat de, door hem, gehanteerde modellen zijn gestoeld op realistische aannames.⁵⁰⁴ Tegen deze achtergrond wordt hierna stilgestaan bij de inhoud en reikwijdte van de relevante bepalingen uit de MCOB. Daarna komen de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets aan bod.

5.2.6.2 De relevante bepalingen uit de MCOB

Volgens artikel 11.6.2 R MCOB moet de kredietgever een kredietwaardigheidstoets uitvoeren voordat een hypothecaire kredietovereenkomst wordt gesloten of gewijzigd.⁵⁰⁵ Deze verplichting heeft echter geen betrekking op bepaalde herfinancieringskredieten en bepaalde kredieten waarbij de totale kredietvordering pas wordt voldaan na het aflopen van de kredietovereenkomst.⁵⁰⁶

Art. 11.6.2 (1) (a) R MCOB

- (a) Before entering into, or agreeing to vary, a regulated mortgage contract or home purchase plan, a firm must assess whether the customer (and any guarantor of the customer's obligations under the regulated mortgage contract or home purchase plan) will be able to pay the sums due;

⁴⁹⁸ Een waarschuwingsplicht past ook bij het gegeven dat de FCA bij het stellen van regels rekening houdt met het uitgangspunt dat consumenten verantwoordelijk zijn voor hun eigen keuzes. Zie ook art. 1C (2)(d) FSMA 2000.

⁴⁹⁹ Zie resp. art. 5A.2.10 e.v. en art. 2.10.20 G CONC.

⁵⁰⁰ Art. 11.6.2 R MCOB.

⁵⁰¹ Art. 11.6.5 (2) R MCOB.

⁵⁰² De kredietgever moet in dit verband beleid maken. Zie art. 11.6.20 (1) R MCOB.

⁵⁰³ FCA 2016, p. 21.

⁵⁰⁴ Ibid. Het feit dat kredietgevers komen tot verschillende invullingen laat volgens de FCA zien dat kredietgevers de ruimte hebben om de MCOB uit te leggen conform hun risicobereidheid en marktvoorkeuren. Zie FSA 2016, p. 18 en 24.

⁵⁰⁵ Meer concreet zijn de regels van toepassing op *regulated mortgage contract* en een *home purchase plan*. In principe richten deze begrippen zich op alle vormen van hypothecair krediet.

⁵⁰⁶ Art. 11.6.3 R MCOB en art. 11.6.57 R MCOB.

- (b) The firm must not enter into the transaction in (a) unless it can demonstrate that the new or varied regulated mortgage contract or home purchase plan is affordable for the consumer (and any guarantor).

Bij het bepalen van de kredietwaardigheid moet de kredietgever volgens artikel 11.6.5 R MCOB rekening houden met het inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Het is niet toegestaan dat de kredietgever daarbij rekening houdt met de waarde van het beoogde onderpand.⁵⁰⁷

Art. 11.6.5 (1) (2) R MCOB

When assessing for the purposes of MCOB 11.6.2 R MCOB whether a customer will be able to pay the sums due, a firm:

- (1) must not base its assessment of affordability on the equity in the property which is used as security under the regulated mortgage contract or is subject to the home purchase plan, or take account of an expected increase in property prices.
- (2) must take full account of:
 - (a) the income of the customer, net of income taxes and national insurance; and, as a minimum
 - (b) (i) the customer's committed expenditure; and
(ii) the basic essential expenditure and basic quality-of-living costs of the customer's household;

Tot slot is de kredietgever verplicht om beleid te maken waaruit bijvoorbeeld blijkt hoe de vaste uitgaven in het concrete geval worden bepaald en wanneer het inkomen stabiel genoeg is om daarmee rekening te houden.⁵⁰⁸

5.2.6.3 Stap 1: onderzoek

De kredietgever moet het netto-inkomen en de vaste uitgaven van de consument in beeld brengen. Wat betreft het inkomen, mag de kredietgever alleen uitgaan van het bestendige deel daarvan.⁵⁰⁹ Als bijvoorbeeld sprake is van een tijdelijk dienstverband of een startende onderneming kan de bestendigheid van het inkomen worden aangetoond middels een geloofwaardige prognose over de verdien capaciteit.⁵¹⁰ Wat betreft de vaste uitgaven, kan er een onderscheid worden gemaakt tussen de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven.⁵¹¹ De onvermijdbare uitgaven bestaan uit de minimale kosten van levensonderhoud⁵¹² en de financiële verplichtingen van de consument, zoals de financieringslasten en alimentatieplichten.⁵¹³ De moeilijk-vermijdbare uitgaven hebben betrekking op de uitgaven die de consument een *basic quality of living* bieden.⁵¹⁴ In dat laatste verband kan worden gedacht aan de uitgaven aan kleding, recreatieve uitstapjes en huishoudelijk apparatuur.⁵¹⁵ Overigens hoeft de kredietgever niet precies te weten hoeveel een individuele consument maandelijks uitgeeft. Zo mag

⁵⁰⁷ Zie paragraaf 5.2.3 voor een achtergrondschets van dit verbod.

⁵⁰⁸ Art. 11.6.20 R MCOB.

⁵⁰⁹ Zoals af te leiden uit art. 11.6.9 (2) G MCOB.

⁵¹⁰ Art. 11.6.9 (3) G MCOB.

⁵¹¹ Art. 11.6.10 R MCOB.

⁵¹² Art. 11.6.10 (2) R MCOB. Het gaat hier om de uitgaven aan gas, water, licht, voedsel e.d.

⁵¹³ Art. 11.6.10 (1) R en art. 11.6.11 (1) G MCOB.

⁵¹⁴ Art. 11.6.10 (3) R MCOB.

⁵¹⁵ Art. 11.6.11 (2) G MCOB.

de kredietgever de minimale kosten van levensonderhoud en de moeilijk-vermijdbare uitgaven koppelen aan statistische gegevens die passen bij het huishouden van de betreffende consument.⁵¹⁶

De MCOB bevat voorts twee soorten van verificatieplichten. Ten eerste geldt er een standaard-verificatieplicht voor het inkomen.⁵¹⁷ Deze verificatie kan bijvoorbeeld plaatsvinden via loonstrookjes en bankafschriften.⁵¹⁸ Het antwoord op de vraag of de kredietgever voldoende heeft geverifieerd, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoe minder bestendig het inkomen *lijkt*, hoe meer hij moet doen om te bewijzen dat het inkomen bestendig *is*.⁵¹⁹ Zo kan bijvoorbeeld het inkomen uit overwerk pas worden meegewogen als kan worden aangetoond dat de consument dat inkomen over een langere periode heeft ontvangen.⁵²⁰ Overigens wordt de kredietgever via een richtsnoer opgeroepen om ook de vaste uitgaven van de consument te verifiëren via bijvoorbeeld een *CRA-check* of bankafschriften.⁵²¹ Ten tweede geldt er een aanvullende verificatieplicht als er een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van de relevante gegevens.⁵²² Denk bijvoorbeeld aan tegenstrijdigheden tussen de ontvangen gegevens en aan eventuele signalen die erop wijzen dat de consument geen betrouwbaar bewijs heeft geleverd.⁵²³

5.2.6.4 Stap 2: beoordeling

De kredietgever moet aannemelijk kunnen maken dat de consument naar verwachting beschikt over voldoende vrij besteedbaar inkomen om te kunnen voldoen aan de beoogde terugbetalplichten. Er zijn geen grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes.⁵²⁴ Het maakt in beginsel dus niet uit hoe vaak de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit moet aanspreken voor de terugbetaling van het betreffende krediet. Zo heeft een voorstel van de toezichthouder om uit te gaan van een maximale terugbetaalperiode van 25 jaar het niet gehaald vanwege de verwachte nadelige effecten daarvan op de krediettoegang van bepaalde consumenten:

‘We share many respondents’ concerns about the impact our proposal to assess affordability on a maximum term of 25 years would have on younger borrowers, particularly first-time buyers, many of whom are already struggling to get on the property ladder.’⁵²⁵

⁵¹⁶ Art. 11.6.12 (2) en (3) R MCOB.

⁵¹⁷ Art. 11.6.8 (1) R MCOB. Hiermee is een eind gemaakt aan de verstrekking van hypothecaire kredieten waarbij er niet of nauwelijks werd geverifieerd; de zogenoemde *fast-track mortgages* en *self-certified mortgages*. Zie ook FSA 2011, p. 66 e.v. en art. 11.6.8 (2) R MCOB.

⁵¹⁸ Art. 11.6.9 (5) G MCOB. Dit bewijs mag worden overhandigd door de consument zolang het document maar niet door hem is opgesteld.

⁵¹⁹ Art. 11.6.9 (2) G MCOB.

⁵²⁰ Ibid.

⁵²¹ Art. 11.6.13 (2) G MCOB.

⁵²² Art. 11.6.12 (1) R MCOB.

⁵²³ Ibid.

⁵²⁴ De kredietgever mag dergelijke grenzen natuurlijk zelf wel invoeren. Zie art. 11.6.7 G MCOB.

⁵²⁵ FSA 2011, p. 22. Om dezelfde reden is niet gekozen voor algemene LTV- en LTI-grenzen. Zie FSA 2011, p. 55 e.v. Overigens gelden er bij bepaalde kredieten wel LTI-grenzen. Deze grenzen zijn hoofdzakelijk gericht op de stabiliteit van de financiële markten. Zie FCA februari 2017.

In beginsel mag de kredietgever de kredietwaardigheid niet afstemmen op het vermogen van de consument. Een uitzondering is gemaakt voor een *high net worth individual*.⁵²⁶ Dit is een consument met een netto inkomen van minimaal £300.000 dan wel met een vermogen van ten minste £3.000.000. Deze zeer vermogende consumenten worden geacht minder risico's te lopen als het op financieel vlak tegenzit:

'While they still ultimately face the loss of their home, they are more likely to have access to a range of professional advisers, and will have more options available to them in the event that they experience financial difficulties – for example, by downsizing rather than becoming homeless.'⁵²⁷

Omdat de gevolgen van het ultieme terugbetaaloffer – het verlies van de woning – dus meevallen, lijkt de regelgever het in beginsel niet bezwaarlijk te vinden dat de kredietwaardigheid wordt afgestemd op het vermogen van de consument. Als de consument zijn vermogen later echt niet (meer) wil opofferen voor de terugbetaling van het krediet, dan kan hij altijd nog besluiten de betreffende woning te verkopen en te verhuizen naar een minder dure woning.

De kredietgever moet, bij alle kredietaanvragen, voorts waakzaam zijn voor signalen die wijzen op een negatieve verandering van de betaalcapaciteit. In voorkomend geval moet de kredietgever onderzoeken in hoeverre de terugbetaalplichten in dat scenario betaalbaar blijven.⁵²⁸ Dit betekent echter niet dat de kredietgever altijd even precies moet weten hoeveel de consument *na* een bepaalde gebeurtenis gaat verdienen:

'(..) The closer the customer is to retiring, the more robust the evidence of the level of income in retirement should be. For example, where retirement is many years in the future, it may be sufficient merely to confirm the existence of some pension provision for the customer by requesting evidence such as a pension statement; where the customer is close to retirement, the more robust steps may involve considering expected pension income from a pension statement.'⁵²⁹

Als de consument naar verwachting (pas) in een concreet voorzienbaar scenario beschikt over onvoldoende inkomen, ligt het voor de hand dat de kredietgever hem aanmerkt als niet-kredietwaardig. Dit betekent dat de kredietgever het krediet in beginsel niet mag verstrekken.⁵³⁰ Niettemin is het, gelet op de nadruk van de MCOB op de betaalbaarheid van de periodieke terugbetaalplichten, aannemelijk dat het krediet (alsnog) mag worden verstrekt mits er verantwoorde maatregelen zijn getroffen die ervoor zorgen dat het krediet ook in dat scenario betaalbaar blijft. Denk bijvoorbeeld aan een afspraak over een tijdelijke verlaging van de maandlasten.

⁵²⁶ Art. 11.6.34 R MCOB.

⁵²⁷ FSA 2012, p. 22.

⁵²⁸ Art. 11.6.14 R MCOB. Wat betreft de eventuele rentestijgingen, bevat de MCOB bepalingen die laten zien van welke (fictieve) stijging de kredietgever wanneer moet uitgaan. Zie art. 11.6.18 R MCOB e.v.

⁵²⁹ Art. 11.6.15 (2) G MCOB.

⁵³⁰ Zie de volgende paragraaf.

Tot slot mag de kredietgever onder omstandigheden rekening houden met positieve veranderingen van de betaalcapaciteit van de consument. Zo wordt in de MCOB de situatie besproken waarin de consument in de nabije toekomst een bestaand krediet volledig heeft afgelost.⁵³¹ Volgens de leennormen moet de kredietgever in dat geval een *common sense* benadering aanhouden als het gaat om de vraag of, en zo ja hoe er met deze lasten rekening wordt gehouden. Uit dit voorbeeld volgt dus dat de kredietwaardigheid mede kan worden afgestemd op de omvang van de betaalcapaciteit in de periode *nadat* het positieve scenario heeft plaatsgevonden. Tegelijkertijd lijkt het in zekere mate toelaatbaar dat de consument in de periode *daarvoor* terugbetaalloffers moet maken die, strikt genomen, onacceptabel zijn. De kredietgever lijkt immers niet te hoeven garanderen dat de (beoogde) terugbetaalplichten betaalbaar zijn in de *gehele* periode dat de consument nog te maken heeft met de lasten van het bijna afgeloste krediet.

5.2.6.5 Stap 3: beslissing

Als de kredietgever niet kan aantonen dat de consument kredietwaardig is, mag hij de betreffende kredietaanvraag volgens artikel 11.6.2 (1)(b) R MCOB niet accepteren.⁵³² Er geldt dus een verkapte weigeringsplicht voor de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument.

5.3 De kredietwaardigheidstoets en the Financial Ombudsman Service

5.3.1 Inleiding

In het privaatrechtelijke kader zijn geen uitspraken te vinden waarin de rechter zicht uitspreekt over een verplichting om de kredietwaardigheid van de consument te toetsen.⁵³³ In de praktijk stappen consumenten met hun klachten over de kredietverstrekking massaal naar de *Financial Ombudsman Service* (FOS), een door de wetgever opgericht instituut, in welk verband een ombudsman geschillen beslecht op basis van hetgeen hij in het concrete geval *fair and reasonable* acht.⁵³⁴ Uit de uitspraken van deze ombudsman blijkt dat hij een kredietwaardigheidstoets aanneemt en uitwerkt conform de leennormen uit het publiekrecht. In het vervolg ligt daarom de aandacht op deze uitspraken van de ombudsman. Na een korte introductie van de FOS (paragraaf 5.3.2), wordt ingegaan op de manier waarop de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets zijn ingevuld (paragraaf 5.3.3). Omdat de ombudsman steevast handelt in lijn met de normen uit het publiekrecht, wordt niet verder ingegaan op de benadering van de kredietwaardigheidstoets en het type terugbetaalsituatie dat deze wil voorkomen.⁵³⁵

⁵³¹ Art. 11.6.13 (3) G MCOB.

⁵³² Art. 11.6.2 (1)(b) R MCOB.

⁵³³ En dit terwijl art. 138D FSMA 2000 de gang naar de rechter eventueel mogelijk maakt na een schending van de relevante verplichtingen uit de MCOB en CONC. Zie ook schema 5 bij CONC en MCOB. Mogelijk is er door de informele, snelle en goedkope manier waarop de FOS geschillen beslecht weinig behoefte om naar de rechter te gaan. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat in *tort law* minder snel aansprakelijkheid wordt aangenomen op grond van een *duty of care* of een *fiduciary duty*. Zie ook Mak 2013.

⁵³⁴ Zie art. 225 FSMA 2000 en afd. 3.6. DISP.

⁵³⁵ Zie hierover dus paragraaf 5.2.3 en 5.2.4.

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat het voorgaande zich afspeelt in een context waarin de consument vraagt om een schadevergoeding omdat de kredietgever hem, volgens de consument, beter had moeten beschermen tegen de schadelijke gevolgen van de kredietverlening. Voor zover de ombudsman daarin meegaat, gaat hij veelal over tot een gedeeltelijke kwijtschelding van de kredietvordering. Rekening houdend met de mate waarin de consument heeft geprofiteerd van de overkreditering, hoeft de consument meestal een deel van de (rente)kosten niet meer te betalen.⁵³⁶ In meerdere uitspraken wordt de kredietgever bovendien nog opgedragen om de immateriële schade te vergoeden en om een negatieve melding uit het kredietregister te verwijderen.⁵³⁷

5.3.2 The Financial Ombudsman Service

The Financial Ombudsman Service is een onafhankelijke instelling die de consument een laagdrempelige mogelijkheid geeft om geschillen op te lossen.⁵³⁸ De consument hoeft niet te betalen voor de diensten van de FOS en de procedures van dit instituut zijn erop gericht om geschillen informeel en snel te beëindigen. In beginsel kan de FOS zich uitspreken over dezelfde activiteiten als welke onder het toezichtbereik van de FCA vallen.⁵³⁹ De ombudsman, veelal een jurist,⁵⁴⁰ doet echter pas een uitspraak als de kredietpartijen er onderling niet uit zijn gekomen.⁵⁴¹ Een financiële instelling moet in dat verband beschikken over een interne procedure die toewerkt naar een eerlijke en snelle afhandeling van klachten.⁵⁴² Als de ombudsman eenmaal een uitspraak heeft gedaan, is deze bindend als de consument dit als zodanig heeft geaccepteerd.⁵⁴³ Via zijn uitspraak laat de ombudsman zien wat hij in de gegeven omstandigheden *fair and reasonable* acht.⁵⁴⁴ Hoewel de ombudsman daarbij niet is gebonden aan de (gedrags)normen uit het publiekrecht, is hij wel gehouden deze normen in overweging te nemen.⁵⁴⁵ De ombudsman is bevoegd om schadevergoedingen toe te kennen tot een bedrag dat in bepaalde gevallen kan oplopen tot £350.000.⁵⁴⁶ Eventueel kan de ombudsman de

⁵³⁶ Zie bijvoorbeeld FOS 9 oktober 2019, DRN8890222, FOS 8 oktober 2019, DRN1588157, FOS 1 februari 2018, DRN6802064 en FOS 30 december 2015, DRN4346074.

⁵³⁷ Zie bijvoorbeeld FOS 3 maart 2016, DRN9014558, FOS 3 maart 2016, DRN9249445 en FOS 16 december 2015, DRN1484015.

⁵³⁸ Zie hierover Hudson 2013, p. 272 e.v. en MacNeil 2012, p. 224 e.v. Overigens wordt het bestuur van de FOS gekozen door de FCA. Ook heeft de FCA onder andere invloed op de jurisdictie van de FOS. Zie art. 226 t/m 229 FSMA 2000.

⁵³⁹ Deze vallen onder de zogenoemde verplichte jurisdictie. Zie afd. 2.3 DISP.

⁵⁴⁰ Een ombudsman wordt geselecteerd op basis van geschiktheid en ervaring. Zie Schema 17, deel 4 FSMA 2000.

⁵⁴¹ Art. 3.2.2 R DISP.

⁵⁴² Zie afd. 1.3 DISP e.v. De klacht moet in principe binnen 8 weken zijn afgehandeld. Zie art. 1.6.2. DISP.

⁵⁴³ Zie art. 228 FSMA 2000 en art. 3.6.1 R DISP e.v. Instellingen kunnen zich eventueel vrijwillig onder het bereik van de FOS plaatsen. Dit vrijwillige karakter heeft echter geen invloed op de (bindende) status van de uitspraken.

⁵⁴⁴ Art. 3.6.1 R DISP.

⁵⁴⁵ Art. 3.6.4 R DISP. Dit is bevestigd in *R (Aviva Life & Pensions (UK) Ltd) v Financial Ombudsman Service* [2017] EWHC 352.

⁵⁴⁶ Art. 3.7.4 R DISP. Zie voorts art. 3.7.2 R DISP waaruit volgt dat er in dit verband rekening kan worden gehouden met het psychische leed van de consument.

financiële instelling adviseren over te gaan tot uitbetaling van een groter bedrag aan schadevergoeding.

De FOS heeft door de jaren heen miljoenen klachten van consumenten behandeld.⁵⁴⁷ In de periode tussen 2017 en 2018 zijn bijvoorbeeld 400.000 klachten afgehandeld waarbij een forse toename was te zien in het aantal klachten over consumptieve kredietproducten.⁵⁴⁸ Het aantal klachten over de kleinere *payday and insalment loans* was bijvoorbeeld 80% hoger dan verwacht en 61% meer dan in het jaar daarvoor.⁵⁴⁹ Omdat deze toename kan wijzen op fundamentele(re) problemen in de kredietmarkt, heeft de FOS de FCA hierover ingelicht.⁵⁵⁰ Hiermee handelt de FOS conform een afspraak die mede in het teken staat van een adequate inzet van toezichtsbevoegdheden.⁵⁵¹ De FCA kan op basis van deze informatie bijvoorbeeld besluiten de betreffende sectoren scherper in de gaten te houden of besluiten sneller over te gaan tot het invoeren van nieuwe regels.

Hoewel de FOS door de jaren heen bijzonder veel klachten heeft afgehandeld, zijn er niettemin zorgen over de mate van beoordelingsvrijheid waarover de ombudsman beschikt. De ombudsman beschikt immers over de bevoegdheid om van de gedragsnormen uit het publiekrecht af te wijken als hij dit in het concrete geval *fair and reasonable* acht. Zolang hij een dergelijke afwijking goed motiveert, heeft het doorgaans weinig zin om daarmee naar de rechter te gaan.⁵⁵² Alleen als sprake is van een grove onredelijkheid of een strijd met de wet kan de rechter een uitspraak van de ombudsman vernietigen.⁵⁵³ De rechter zal daarom al snel moeten accepteren dat de betreffende ombudsman is afgeweken van de publiekrechtelijke normen. Het kritiek hierop is door een rechter als volgt verwoord:

‘I do have personal concerns about a jurisdiction such as this which occupies an uncertain space outside the common law and statute. The relationship between what is fair and reasonable, and what the law lays down, is not altogether clear (...) Who, or what, defines the contours and content of fairness and reasonableness? If the law takes one policy direction, what can rationally survive of a policy which has been eschewed?’⁵⁵⁴

Volgens deze rechter is het, gelet op de rechtszekerheid, onwenselijk dat een ombudsman het gedrag van de financiële instelling kan aanmerken als onredelijk, terwijl de betreffende instelling heeft gehandeld conform de gedragsnormen uit het publiekrecht. Niettemin heeft hij, met enige tegenzin, de betreffende beslissing van de ombudsman intact gelaten.

⁵⁴⁷ FOS 2018, p. 7.

⁵⁴⁸ Ibid, p. 7 en 24.

⁵⁴⁹ Ibid. p. 24.

⁵⁵⁰ Ibid. p. 26.

⁵⁵¹ Die afspraak is vastgelegd in de *Memorandum of Understanding FOS and FCA*. Zie ook MacNeil 2012, p. 230.

⁵⁵² De uitspraken van de ombudsman worden beoordeeld in een *judicial review procedure*. Zie hierover Hudson 2013, p. 283 t/m 286.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Zie *R (Aviva Life & Pensions (UK) Ltd) v Financial Ombudsman Service* [2017] EWHC 352.

5.3.3 Een bespreking van uitspraken over consumptief krediet

5.3.3.1 Inleiding

De uitspraken over de kredietwaardigheidstoets gaan in verreweg de meeste gevallen over consumptief krediet.⁵⁵⁵ Daarbij handelt de ombudsman stevast conform de leen-normen uit de CONC.⁵⁵⁶ Opvallend is dat er weinig relevante uitspraken zijn te vinden over hypothecaire kredieten.⁵⁵⁷ Mogelijk heeft dit te maken met de keuze van consu-menten om de adviseur aan te spreken.⁵⁵⁸ Ook kan dit samenhangen met het gegeven dat de hypothecaire leennormen uit het publiekrecht een stuk gedetailleerder aangeven wanneer iemand kredietwaardig is. Er is dan een beperktere ruimte voor discussie. In het vervolg wordt daarom verder ingegaan op de uitspraken over de verstrekking van consumptieve kredieten. Bijkomend voordeel hiervan is dat de CONC de kredietgever een zekere ruimte geeft om te komen tot een eigen invulling van de kredietwaardig-heidstoets. Het is daarom interessant om te zien hoe de ombudsman met deze ruimte omgaat. Voordat hierna wordt ingegaan op de drie stappen van de kredietwaardig-heidstoets, wordt kort stilgestaan bij de betekenis van risicosignalen. Conform de leen-normen uit de CONC, stemt de ombudsman de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoetsing af op de eventuele aanwezigheid van risicosignalen.

5.3.3.2 De betekenis van risicosignalen

De ombudsman verlangt niet altijd een even gedetailleerd onderzoek naar het inkomen en de vaste uitgaven van de consument. In het ene geval kan de kredietgever volstaan met een onderzoek naar het inkomen, terwijl in het andere geval ook de vaste uitgaven in beeld moeten worden gebracht. In het bijzonder kijkt de ombudsman naar risico-*factoren*. Als hieruit een *risicosignaal* voortvloeit, is een verdergaand onderzoek ver-eist naar de betaalcapaciteit van de consument. Van een risicosignaal is sprake als er een concrete aanleiding is om te denken dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de betreffende consument. In het bijzonder ko-men in de relevante uitspraken de volgende risicofactoren aan bod:⁵⁵⁹

- i. De omvang van het kredietbedrag in absolute zin.
- ii. De verhouding tussen de omvang van het inkomen en de omvang van het gevraagde krediet (LTI-ratio).
- iii. De kredietgeschiedenis van de consument: de hoeveelheid en de omvang van de opgenomen kredieten (nu en het recente verleden).

⁵⁵⁵ Een groot deel daarvan gaat over de verstrekking van de kleinere (flits)kredieten van enkele honder-den ponden (ook wel *payday loans*).

⁵⁵⁶ Zie bijvoorbeeld FOS 25 februari 2019, DRN2837287 en FOS 20 februari 2019, DRN1251468 waarin de ombudsman laat zien welke publiekrechtelijke gedragsregels relevant zijn.

⁵⁵⁷ Zie voor een paar oude hypotheekzaken FOS 15 januari 2019, DRN5330378 en FOS 24 januari 2019, DRN4693501.

⁵⁵⁸ In een adviesrelatie is ook aandacht voor de vraag of het krediet in de gegeven omstandigheden *sui-table* was. Zie bijvoorbeeld FOS 18 februari 2019, DRN2388301.

⁵⁵⁹ Zie voor vergelijkbare lijst FOS 17 december 2019, DRN2955354, p. 1 en 2, FOS 30 september 2019, DRN0371981, p. 1 en 2, FOS 25 februari 2019, DRN2837287, p. 3 en FOS 20 februari 2019, DRN1251468, p. 7.

- iv. De betaalgeschiedenis van de consument: de betaalachterstanden (nu of het recente verleden).

In de zaken waarin de kredietgever een verdergaand onderzoek had moeten doen naar het inkomen en de uitgaven, is doorgaans sprake van een of meerdere risicosignalen. Denk bijvoorbeeld aan de consument die vraagt om (i) een groter kredietbedrag voor bijvoorbeeld de aanschaf van een auto.⁵⁶⁰ Als eenmaal sprake is van een dergelijk risicosignaal kan de kredietgever in beginsel niet volstaan met een globaal onderzoek naar bijvoorbeeld (iv) de betaalgeschiedenis van de consument.⁵⁶¹ Een verdergaand onderzoek naar de omvang van de betreffende betaalcapaciteit is dan vereist.⁵⁶² Dat laatste is in beginsel anders als de consument vraagt om een klein kredietbedrag van bijvoorbeeld honderd pond. Omdat uit (i) de absolute omvang van het kredietbedrag geen risicosignaal voortvloeit, kan de kredietgever in beginsel volstaan met een onderzoek naar een andere risicofactor.⁵⁶³ Als ook daaruit geen risicosignaal voortvloeit, kan de consument in principe als kredietwaardig worden gezien. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging waarin de ombudsman kijkt naar (ii) de LTI-ratio en vervolgens tot de conclusie komt dat er geen onderzoek naar de vaste uitgaven nodig was:

‘The loan – and amount repayable – weren’t large relative to Mr M’s income. So I don’t think Quick Quid needed detailed information about Mr M’s outgoings at this stage. And given that this was the first loan (..) it probably wouldn’t have had reason to think Mr M was relying on borrowing to fund his usual monthly expenditure.’⁵⁶⁴

Voorts is duidelijk dat de kredietgever geen risicosignalen mag negeren. Zo kan bijvoorbeeld sprake zijn van een risicosignaal als de consument (iii) in een korte tijd voor de zoveelste keer om een klein krediet vraagt.⁵⁶⁵ De ombudsman lijkt daarmee te verwachten dat de kredietgever ten minste rekening houdt met de eigen (betaal)ervaringen met de consument. Als de consument bijvoorbeeld meerdere betaalachterstanden bij de betreffende kredietgever heeft gehad, zal de kredietgever een gedetailleerder en omvangrijker onderzoek naar de betaalcapaciteit moeten uitvoeren.⁵⁶⁶ De kredietgever kan dan niet volstaan met een verwijzing naar een gunstige LTI-ratio of een ander positief gebleken risicofactor. Kortom, als de kredietgever eenmaal bekend is met een risicosignaal dan moet hij daarnaar handelen. Hij kan dan niet overgaan tot een onderzoek naar een andere risicofactor in de hoop dat daaruit geen risicosignaal voortvloeit en hij dus geen verder onderzoek hoeft te doen naar het vrij besteedbaar inkomen.

⁵⁶⁰ FOS 4 oktober 2019, DRN7820038 en FOS 6 juni 2014, DRN9241976.

⁵⁶¹ FOS 4 oktober 2019, DRN7820038, p. 2.

⁵⁶² Zie bijvoorbeeld FOS 6 juni 2014, DRN9241976, p. 2 en 3.

⁵⁶³ Zie ook FOS 4 oktober 2019, DRN7820038 waarin het gaat om (i) een groter kredietbedrag mede waardoor de kredietgever meer had moeten doen dan kijken naar (iv) de eerdere betaalervaringen met de consument.

⁵⁶⁴ FOS 20 juni 2017, DRN9560015, p. 2. In deze zaak gaat het over de verstrekking van (i) een klein krediet.

⁵⁶⁵ Dit leid ik af uit de uitspraken waarin de consument voor de zoveelste keer vraagt om een nieuw krediet en de kredietgever mede daarom een (steeds) verdergaand onderzoek moet doen naar de betaalcapaciteit. Zie bijvoorbeeld FOS 20 februari 2019, DRN1251468.

⁵⁶⁶ FOS 9 januari 2018, DRN0968352 waarin de ombudsman zelfs opmerkt dat de kredietgever soms gebruik moet maken van de informatie over de *current (bank)account* van de consument.

Overigens is het niet zo dat de enkele aanwezigheid van risicosignalen betekent dat er altijd een *zeer* gedetailleerd kredietwaardigheidsonderzoek moet worden uitgevoerd. Dit volgt bijvoorbeeld uit de uitspraak over de zaak waarin de consument (iii) in een korte tijd opnieuw om een klein krediet vraagt. Hoewel daarom sprake is van een risicosignaal, is dit signaal niet sterk genoeg om een zeer gedetailleerd onderzoek naar het vrij besteedbaar inkomen te rechtvaardigen. Volgens de ombudsman volstaat in dit geval een ruwe schets van de uitgaven:

‘I’m not saying Quick Quid needed comprehensive information about Mr M’s spending at this point – that might’ve been disproportionate. But further checks could’ve included finding out some basic information about Mr M’s typical monthly outgoings.’⁵⁶⁷

De risicosignalen worden vanzelfsprekend sterker naarmate dezelfde consument, bezien over een vrij korte periode, blijft terugkomen met nieuwe kredietaanvragen. Zo had de kredietgever in een zaak waarin de consument voor de zoveelste keer om een klein krediet vroeg ook de essentiële gegevens over de uitgaven moeten verifiëren.⁵⁶⁸

In voorgaand verband is het van belang om op te merken dat de FCA recentelijk duidelijk heeft gemaakt dat een *payday loan* als een *non-mainstream* product moet worden gezien.⁵⁶⁹ Dat betekent dat er bij de zeer kleine en dure kredieten een gedetailleerder onderzoek moet worden gedaan naar de betaalcapaciteit van de consument.⁵⁷⁰ In veel uitspraken lijkt de ombudsman echter van opvatting dat dergelijke kredieten, op zichzelf bezien, geen risicosignaal afgeven en dus niet altijd nopen tot een verdergaand onderzoek. Overigens is dit geen vreemde constatering. De FCA heeft deze duidelijkheid gegeven juist omdat er veel onduidelijkheid was over de juiste toepassing van de leennormen. Omdat de ombudsman stevast handelt in lijn met het publiekrecht, ligt het voor de hand dat deze verduidelijking ook zal doorwerken in de uitspraken van de FOS.

5.3.3.3 Stap 1: onderzoek

In beginsel moet de kredietgever een onderzoek doen naar het bestendige inkomen en de niet-discretionaire uitgaven van de consument. Onder die uitgaven vallen de financiële verplichtingen en de kosten voor levensonderhoud.⁵⁷¹ Hoewel de ombudsman doorgaans niet verwacht dat de kredietgever precies weet hoeveel de consument per maand uitgeeft, kan de kredietgever vanzelfsprekend niet altijd volstaan met een ruwe

⁵⁶⁷ FOS 20 juni 2017, DRN9560015, p. 2. Zie ook FOS 1 maart 2016, DRN0798580 waarin een *credit check* bij de tweede (kleine) kredietaanvraag voldoende was.

⁵⁶⁸ FOS 14 februari 2019, DRN3055520, p. 3.

⁵⁶⁹ Zie paragraaf 5.2.5.3.

⁵⁷⁰ Dit betekent niet dat er een zeer gedetailleerd onderzoek moet worden gedaan naar de betaalcapaciteit. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de kredietgever kan volstaan met de positieve resultaten van een CRA-check en een verwijzing naar het hogere inkomen van de consument. In beginsel kan dus niet (meer) worden volstaan met alleen een CRA-check. Zie verder paragraaf 5.2.5.3.

⁵⁷¹ Zie bijvoorbeeld FOS 19 december 2019, DRN5925911, p. 2, FOS 1 mei 2019, DRN8345501, p. 3 en FOS 3 maart 2016, DRN9014558, p. 3 waarin de kosten voor eten en scholing aan bod komen. Zie FOS 23 februari 2016, DRN3554475, p. 1 waarin de kosten voor bruidskleding niet worden meegenomen.

schatting van de vaste uitgaven. Dit is immers afhankelijk van de eventuele risicosignalen. In die lijn had de kredietgever bijvoorbeeld een gedetailleerd onderzoek moeten doen naar de uitgaven van de consument die, in een korte tijd, voor de vierde keer vroeg om een *payday loan*:

‘From the evidence I’ve seen, I think proportionate checks would’ve shown (..) his outgoings included a monthly mortgage payment of £1,277, £120 for council tax, £400 for food, £230 for utilities and telecoms, regular financial commitments of £165, £220 towards transport and other regular commitments of around £250. So proportionate checks would likely have suggested Mr R’s remaining income after his normal expenditure was about £340.’⁵⁷²

Hoewel de ombudsman geen standaard-verificatieplicht lijkt aan te nemen, kan een dergelijke plicht wel voortvloeien uit de omstandigheden van het geval. Zo had de kredietgever bijvoorbeeld de uitgaven moeten verifiëren toen de consument voor de vijfde keer om een *payday loan* vroeg.⁵⁷³ Voorts lijkt de ombudsman te verwachten dat de kredietgever waakzaam is voor eventuele tegenstrijdigheden tussen de ontvangen gegevens. Zo had een kredietgever bijvoorbeeld moeten opmerken dat er een verschil was tussen de uitlatingen van de consument en de informatie die voortvloeit uit de bankafschriften.⁵⁷⁴ Hetzelfde volgt uit een uitspraak over de situatie waarin de consument, in een korte tijd, voor de vierde keer vroeg om een *payday loan*, terwijl hij tegelijkertijd aangaf te beschikken over (meer dan) voldoende betaalcapaciteit. Volgens de ombudsman had de kredietgever niet kunnen uitgaan van deze onrealistische inschatting van de consument.⁵⁷⁵ Overigens is het denkbaar dat de kredietgever (al) bij de eerste aanvraag van een zeer klein krediet moet verifiëren. Zo had bijvoorbeeld een kredietgever het inkomen moeten verifiëren omdat uit een *CRA-check* bleek dat de consument meerdere betaalachterstanden had en in het betreffende register bekend stond als een ‘very high risk’.⁵⁷⁶

5.3.3.4 Stap 2: beoordeling

De kredietwaardigheid is in beginsel afhankelijk van het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Meer concreet moet de consument kunnen terugbetalen uit het positieve verschil tussen zijn inkomen en vaste uitgaven:

‘Lending Stream says that Mrs L said her normal income was 1,200 and her expenditure 1,075. So Lending Stream recorded that Mrs L had 125 left over each month that she could use to meet her loan repayments. But from the loan agreement that Lending Stream has given us, it seems that the highest monthly repayment Mrs L would need to make was 129.92.’⁵⁷⁷

⁵⁷² FOS 27 juni 2018, DRN1460997, p. 3. Zie ook FOS 17 september 2019, DRN1063659, p. 7 waarin de vaste uitgaven preciezer geduid moesten worden vooral omdat de consument, volgens de schattingen van de kredietgever, nog maar net zou kunnen voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.

⁵⁷³ FOS 18 december 2017, DRN7341291, p. 2.

⁵⁷⁴ FOS 9 oktober 2019, DRN9989323, p. 9.

⁵⁷⁵ FOS 17 augustus 2017, DRN2306570, p. 2.

⁵⁷⁶ FOS 7 oktober 2019, DRN5110679, p. 14.

⁵⁷⁷ FOS 8 augustus 2017, DRN4576414, p. 1. Zie bijvoorbeeld ook FOS 21 januari 2020, DRN1397898.

Overigens lijkt in dit verband ook het vermogen van de consument een rol te mogen spelen. Zo is bijvoorbeeld geoordeeld dat de kredietwaardigheid niet op een ontvangen *lump sum* mocht worden afgestemd omdat deze reeds door de consument was besteed.⁵⁷⁸ In een andere zaak heeft de ombudsman gekeken naar de inkomsten, spaartegoeden en investeringen van de consument om vervolgens te concluderen dat hij voldoende kredietwaardig was.⁵⁷⁹ Tot slot lijkt de kredietgever rekening te moeten houden met concreet voorzienbare negatieve veranderingen van de betreffende betaalcapaciteit. Zo zijn er uitspraken waarin de ombudsman waarde hecht aan de constatering dat een specifieke gebeurtenis destijds *niet* concreet voorzienbaar was. De kredietgever hoefde bijvoorbeeld geen rekening te houden met de mogelijkheid dat de consument haar baan zou gaan verliezen⁵⁸⁰ of dat de kredietaanvragers de relatie verbreken.⁵⁸¹ Hieruit lijkt te volgen dat de kredietgever eventueel wel rekening moet houden met de gevolgen van een nadelig scenario voor zover dat scenario concreet voorzienbaar is.⁵⁸²

5.3.3.5 Stap 3: beslissing

Als de ombudsman tot de conclusie komt dat de betreffende consument niet-kredietwaardig was, wordt veelal overwogen dat de kredietgever het krediet niet had moeten geven.⁵⁸³ De ombudsman lijkt daarmee te hinten op een weigeringsplicht voor de kredietgever.

5.4 Conclusie

In hoofdlijnen zijn de, in dit hoofdstuk besproken, kredietwaardigheidstoetsen hetzelfde. Ten eerste zijn alle kredietwaardigheidstoetsen consumentgericht van aard hetgeen betekent dat de consument kredietwaardig is als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. Ten tweede trachten alle kredietwaardigheidstoetsen te voorkomen dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie terechtkomt. In plaats van te zoeken naar de beste kredietbeslissing voor de consument, moet de kredietgever de consument behoeden voor een beslissing die slecht genoeg is om te veronderstellen dat laatstgenoemde daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Ten derde richten alle kredietwaardigheidstoetsen zich primair op het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Meer specifiek zijn de drie stappen van de toets gericht op het uitgangspunt dat de consument over voldoende inkomsten moet beschikken om te kunnen terugbetalen zonder te bezuinigen op de vaste uitgaven.

⁵⁷⁸ FOS 6 juni 2014, DRN9241976, p. 2.

⁵⁷⁹ FOS 5 november 2015, DRN4206940, p. 2.

⁵⁸⁰ FOS 16 juli 2015, DRN3059266, p. 2.

⁵⁸¹ FOS 9 januari 2014, DRN402415, p. 1 en FOS 20 maart 2015, DRN8587356, p. 2.

⁵⁸² Zie ook FOS 17 september 2019, DRN1063659, p. 7 waarin de ombudsman wijst op het eventuele belang van voorzienbare veranderingen. Zie FOS 21 april 2016, DRN4325559, p. 3 waarin de ombudsman voorzichtiger is.

⁵⁸³ Zie FOS 9 oktober 2019, DRN8890222, p. 3, FOS 8 oktober 2019, DRN1588157, p. 3, FOS 17 september 2019, DRN1063659, p. 9, FOS 1 februari 2018, DRN6802064, p. 3 en FOS 30 december 2015, DRN4346074, p. 1.

Hoewel er nauwelijks verschillen zijn tussen het publiekrecht en de uitspraken van de FOS, zijn er in voorgaand verband belangrijke verschillen tussen de kredietvormen. Kort gezegd, is de kredietwaardigheidstoets bij een hypothecair krediet strikter vormgegeven dan bij een consumptief krediet. Dit verschil vloeit voort uit de proportionele gedachtegoed die ten grondslag ligt aan de relevante leennormen. Zo is de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoets afhankelijk van de eventuele risicosignalen. Dit zijn signalen die erop wijzen dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument. Hoe sterker de risicosignalen, hoe gedetailleerder het onderzoek naar de betaalcapaciteit moet zijn. Deze signalen kunnen voortvloeien uit (i) het gevraagde krediet en (ii) de financiële kenmerken van de aanvrager. Omdat een hypothecair krediet op zichzelf wordt gezien als een betrekkelijk riskant product, moet de kredietgever bij deze kredietaanvragen een tamelijk gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de vaste uitgaven van de kredietvragende consument. Bij een consumptief krediet is echter meer aandacht voor de vraag wie de kredietaanvraag heeft ingediend. Een verdergaand onderzoek is dan vereist als bijvoorbeeld (ii) een consument met een betaalachterstand vraagt om (i) een omvangrijk krediet, terwijl een minder vergaand onderzoek in beginsel volstaat als (ii) een consument zonder een betaalachterstand vraagt om (i) een zeer klein krediet. Voor zover er verder geen risicosignalen zichtbaar zijn, kan de kredietgever er in dat laatste geval zelfs van uitgaan dat de consument kredietwaardig is. Een verdergaand onderzoek naar het inkomen en de vaste uitgaven is dan niet vereist.

Tegen de voorgaande achtergrond zijn de volgende twee verschillen tussen de, in dit hoofdstuk besproken, kredietwaardigheidstoetsen noemenswaardig. Ten eerste lijkt het erop dat de kredietgever bij een consumptief krediet eerder rekening mag houden met het vermogen van de consument dan bij een hypothecair krediet. Zo mag de kredietgever bij een consumptief krediet rekening houden met het vermogen als de kredietgever aannemelijk kan maken dat dit verantwoord is voor de consument. Bij een hypothecair krediet mag de kredietgever in beginsel alleen rekening houden met het vermogen als de betreffende consument behoort tot een afgebakende groep (zeer) vermogende consumenten, oftewel een *high net worth individual*.⁵⁸⁴ Dit verschil lijkt samen te hangen met het gegeven dat de consument bij een hypothecair krediet langer zal moeten interen op zijn vermogen dan bij een consumptief krediet. Er is daarom meer vermogen nodig om een hypothecair krediet volledig te kunnen terugbetalen. Bovendien kan dit verschil niet worden losgezien van het feit dat de consument bij een hypothecair krediet zijn woning expliciet op het spel zet. Ten tweede lijkt er sprake te zijn van een subtiel verschil tussen het publiekrecht en de uitspraken van de FOS. Zo is in het publiekrecht niet in algemene zin bepaald hoe de kredietgever moet omgaan met de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument. Mede daarom lijkt er ruimte te zijn voor een waarschuwing van de kredietgever voor de nadelige gevolgen

⁵⁸⁴ Vergeleken met andere consumenten, kan deze vermogende consument gemakkelijker besluiten om zijn woning te verkopen en te verhuizen naar een goedkopere woning. Overigens kan een dergelijke consument in het kader van consumptief krediet een verklaring ondertekenen waaruit volgt dat de leennormen uit de CONC niet op hem van toepassing zijn.

van het gevraagde krediet. Opvallend is echter dat de ombudsmannen van de FOS in deze gevallen steevast een weigeringsplicht lijken aan te nemen. Dit verschil hangt mogelijk samen met het gegeven dat de regels uit het publiekrecht zich richten op de gemene deler en mede daarom wat abstracter zijn vormgegeven, terwijl de FOS in het concrete geval en achteraf bepaalt wat *fair and reasonable* is. Er kan daarom niet worden gezegd dat de ombudsman in alle gevallen een weigeringsplicht zal aannemen.

6 Lessen uit de rechtsvergelijking

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit de juridische hoofdstukken met elkaar vergeleken. Er wordt een vergelijking gemaakt tussen het Nederlandse en het Engelse recht. Voorts wordt nagegaan in hoeverre het Nederlandse recht zich verhoudt tot de Europese richtlijnen, te weten de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Uit deze vergelijking kunnen mogelijk lessen worden getrokken ter verbetering van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Tegen deze achtergrond wordt hierna ingegaan op de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets, te weten de benadering (paragraaf 6.2), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 6.3) en de drie stappen (paragraaf 6.4). In de conclusie wordt een overzicht gegeven van de belangrijke verschillen tussen het Nederlandse en Engelse recht en van de eventuele aandachtspunten die voortvloeien uit de Europese richtlijnen (paragraaf 6.5).

Ter verduidelijking wordt opgemerkt dat de vergelijking zich hoofdzakelijk richt op het Nederlandse en Engelse publiekrecht.⁵⁸⁵ Als er belangrijke verschillen zijn tussen het Nederlandse publiekrecht en privaatrecht, wordt tevens ingegaan op de bevindingen uit het privaatrecht. In dezelfde zin komen de uitspraken van de FOS aan bod als ze inhoudelijk verschillen van het Engelse publiekrecht.

6.2 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets kan twee benaderingen volgen.⁵⁸⁶ In de kredietgevergerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij naar verwachting kan voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. De nadruk ligt dus op de vraag *of* er kan worden terugbetaald. In de consumentgerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij naar verwachting op een, voor hem, acceptabele manier kan terugbetalen. In deze benadering gaat het dus vooral om de vraag *hoe* de consument kan terugbetalen. Anders dan in de kredietgevergerichte benadering, mag de kredietwaardigheid in de consumentgerichte benadering niet worden afgestemd op de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit als het opofferen daarvan leidt tot onacceptabele gevolgen voor de consument. Met de betaalcapaciteit wordt bedoeld op hetgeen de consument aan liquide middelen verkrijgt of redelijkerwijs kan verkrijgen. In dat laatste verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de consument die zijn spaartegoeden aanspreekt, bezittingen verkoopt of zijn vrije tijd inruilt voor extra inkomsten.

De Europese richtlijnen verschillen wat betreft de vereiste benadering van de kredietwaardigheidstoets. De Richtlijn woningkredietovereenkomsten verplicht tot een consumentgerichte benadering, terwijl de Richtlijn consumentenkrediet ruimte laat voor

⁵⁸⁵ Het Engelse recht is bestudeerd tot 1 februari 2020. Vanaf dat moment is het Verenigd Koninkrijk geen onderdeel meer van de Europese Unie.

⁵⁸⁶ Paragraaf 2.4.

zowel een kredietgevergerichte als een consumentgerichte benadering.⁵⁸⁷ In het Nederlandse en Engelse publiekrecht is, bij beide kredietvormen, gekozen voor een consumentgerichte benadering.⁵⁸⁸ Meer specifiek is de consument in beide landen kredietwaardig als hij, na de beoogde kredietvertrekking, wordt geacht te beschikken over voldoende inkomen voor de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven. De onvermijdbare uitgaven bestaan uit de minimale kosten van levensonderhoud en de bestaande financiële verplichtingen. De moeilijk-vermijdbare uitgaven betreffen de uitgaven aan bijvoorbeeld recreatie en familiebezoeken.⁵⁸⁹ Vooral het feit dat de laatstgenoemde uitgaven worden beschermd laat goed zien dat er in het Nederlandse en Engelse publiekrecht *geen* aansluiting is gezocht bij een kredietgevergerichte benadering van de kredietwaardigheidsstoets. Omdat het in die laatste benadering gaat om de vraag *of* de consument zal kunnen terugbetalen, kunnen de moeilijk-vermijdbare uitgaven – aangenomen dat ze daadwerkelijk vermijdbaar zijn – immers wel een positieve rol spelen bij het vaststellen van de kredietwaardigheid.

Hoewel in het Nederlandse en Engelse publiekrecht wordt getracht te voorkomen dat de consument *te veel* van zijn maandelijkse betaalcapaciteit moet opofferen, is alleen in het Nederlandse publiekrecht een preventieve aandacht voor de mogelijkheid dat de consument die betaalcapaciteit *te vaak* moet aanspreken. Kort gezegd, is de consument in Nederland kredietwaardig als hij het krediet binnen een, door de leennormen, bepaalde periode verantwoord zal kunnen terugbetalen.⁵⁹⁰ Hoewel deze grenzen vooral zijn bedoeld om de omvang van het totale kredietbedrag te beperken, maken ze tegelijkertijd duidelijk dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet. In het Engelse publiekrecht zijn echter geen algemene grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes.⁵⁹¹ De consument is in Engeland daarom kredietwaardig als hij naar verwachting op een verantwoorde manier kan voldoen aan de individuele terugbetaalplichten. Daarbij maakt het in beginsel niet uit hoe vaak hij zijn maandelijkse betaalcapaciteit (maximaal) zal moeten aanspreken. Dit verschil tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht lijkt te wijzen op een verschil van inzicht over de gewenste balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. Kennelijk schat de Engelse regelgever de voordelen van dergelijke grenzen niet hoog genoeg in om de nadelige effecten daarvan op de krediettoegang van consumenten te kunnen rechtvaardigen.⁵⁹²

⁵⁸⁷ Paragraaf 3.2.3 en 3.3.3.

⁵⁸⁸ Paragraaf 4.2.3 en 5.2.3.

⁵⁸⁹ De ruimte die de consument moet hebben om dergelijke uitgaven te kunnen doen, is sterk afhankelijk van het inkomen van de consument. Hoe hoger het inkomen, hoe hoger dergelijke uitgaven zullen zijn.

⁵⁹⁰ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁵⁹¹ Paragraaf 5.2.5.5 en 5.2.6.4.

⁵⁹² Zo heeft het voorstel om een hypothecair krediet te koppelen aan een maximale looptijd van 25 jaar het bijvoorbeeld niet gehaald mede omdat dit bepaalde consumenten, met name starters, te veel zou belemmeren in de toegang tot krediet en (dus) tot de woningmarkt. Zie FSA 2011, p. 22.

De Nederlandse civiele rechter handelt doorgaans overeenkomstig de leennormen uit het Nederlandse publiekrecht.⁵⁹³ In die gevallen is er dus ook in het privaatrecht een preventieve aandacht voor de situatie waarin de consument ‘te veel’ of ‘te vaak’ terugbetaalloffers moet maken. Er zijn echter ook uitspraken waarin de civiele rechter de nadruk legt op slechts een van beide aspecten. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak waarin de rechter zich richt op de omvang van de *periodieke* terugbetaalplichten om vervolgens te concluderen dat de consument destijds ten onrechte is aangemerkt als kredietwaardig.⁵⁹⁴ In het publiekrecht zou deze consument echter kunnen worden aangemerkt als kredietwaardig voor zover het *totale* kredietbedrag binnen de daaraan gestelde grenzen blijft. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de consument een maximale lening neemt die hij (dus) hooguit binnen een zekere periode verantwoord zal kunnen terugbetalen, maar met de kredietgever afsprekt dat dit bedrag binnen een kortere tijd moet zijn terugbetaald.⁵⁹⁵ Omdat het totale kredietbedrag binnen de daaraan gestelde grenzen blijft, is deze consument in het publiekrecht kredietwaardig. Omdat de maandlasten groter zijn dan het maandelijkse vrij besteedbaar inkomen, kan deze consument in het privaatrecht worden aangemerkt als niet-kredietwaardig. Dit verschil laat zien dat de civiele rechter achteraf beoordeelt of de consument mocht worden gezien als kredietwaardig en daarbij anders naar feiten en omstandigheden kan kijken dan de leennormen uit het publiekrecht.

6.3 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets kan zijn gericht op het bereiken of voorkomen van twee soorten terugbetaalsituaties.⁵⁹⁶ Ten eerste kan de kredietwaardigheidstoets streven naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument. Deze toets richt zich op de vraag of de consument, met het indienen van de kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen die hij op dat moment had kunnen nemen. De consument is vervolgens kredietwaardig als kan worden aangenomen dat hij, vanuit zijn perspectief, geen betere beslissing had kunnen nemen dan de beslissing om de betreffende kredietaanvraag in te dienen. Ten tweede kan de kredietwaardigheidstoets zijn gericht op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument. Deze toets staat in het teken van de vraag of de kredietbeslissing slecht genoeg is om te veronderstellen dat de consument daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Anders dan in het eerste geval, kan een individuele consument in dat laatste geval worden aangemerkt als kredietwaardig ook al is duidelijk dat hij een betere kredietbeslissing had kunnen nemen dan de beslissing om de betreffende kredietaanvraag in te dienen.

Anders dan de Richtlijn consumentenkrediet, laat de Richtlijn woningkredietovereenkomsten ruimte voor een kredietwaardigheidstoets die streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument.⁵⁹⁷ In het Nederlandse en Engelse publiekrecht is de

⁵⁹³ Paragraaf 4.3.2.3.

⁵⁹⁴ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995, r.o. 6.5.2.3.

⁵⁹⁵ Let wel: deze situatie is in principe alleen mogelijk bij consumptieve kredieten. Zie paragraaf 4.2.7.

⁵⁹⁶ Paragraaf 2.4.

⁵⁹⁷ Paragraaf 3.2.4 en 3.3.4.

kredietwaardigheidstoets echter, bij beide kredietvormen, gericht op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument.⁵⁹⁸ Van deze situatie is sprake als de consument niet of enkel middels onacceptabele terugbetaaloffers kan voldoen aan de betreffende verplichtingen. Zoals volgt uit het voorgaande, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. In die lijn moet de kredietgever in het Nederlandse en Engelse publiekrecht *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaaloffers liever niet willen maken.

In het kort komt het voorgaande erop neer dat de kredietgever in het Nederlandse en Engelse publiekrecht verplicht is te onderzoeken of de consument *kan* terugbetalen. In lijn met de keus voor een consumentgerichte benadering, moet de kredietgever de consument ook in bescherming nemen als laatstgenoemde bepaalde terugbetaaloffers niet *moet willen* maken. In het Nederlandse en Engelse publiekrecht is de kredietwaardigheidstoets door de jaren heen op een aantal punten aangescherpt.⁵⁹⁹ Na elke aanscherping beschikt de consument over minder ruimte om te bepalen welke terugbetaaloffers hij *zal willen* maken voor het krediet. De kredietgever wordt immers geacht om, sneller dan voorheen, beschermend op te treden met het argument dat de consument de betreffende terugbetaaloffers niet moet willen maken. De meest recente aanscherping betreft de informele oproep aan kredietgevers om actiever rekening te houden met het bestedingsdoel van het beoogde krediet.⁶⁰⁰ In diens verlengde worden kredietgevers zelfs opgeroepen om niet over te gaan tot verstrekking van een krediet dat, qua bijvoorbeeld looptijd, onvoldoende aansluit bij het betreffende bestedingsdoel.⁶⁰¹

In voorgaand verband kan worden gevraagd in hoeverre de eventuele⁶⁰² verplichting uit het Nederlandse publiekrecht om rekening te houden met het bestedingsdoel strookt met de Richtlijn consumentenkrediet waaruit volgt dat de consument *enige* ruimte moet hebben om te kiezen voor een krediet waarbij op voorhand duidelijk is dat hij daarmee niet geheel tevreden zal zijn.⁶⁰³ In mijn ogen past de voormelde aandacht voor het bestedingsdoel nog binnen de kaders van deze richtlijn. Weliswaar wordt de kredietgever geacht te onderzoeken of het krediet past bij het bestedingsdoel, echter de kredietgever hoeft niet te onderzoeken of de consument dat specifieke doel moet willen nastreven. De kredietgever kan in Nederland dus een onderzoek doen naar de

⁵⁹⁸ Paragraaf 4.2.4 en 5.2.4.

⁵⁹⁹ Ibid.

⁶⁰⁰ Paragraaf 4.2.4 en 5.2.4.

⁶⁰¹ Zie met name AFM 2018, p. 4.

⁶⁰² Deze oproep wordt mogelijk omgezet naar een formele verplichting. Zie AFM maart 2019.

⁶⁰³ Ik ga ervan uit dat de (toekomstige) verplichting om rekening te houden met het bestedingsdoel wordt gekoppeld aan een weigeringsplicht. Zie art. 4:34 lid 2 Wft.

vraag of het krediet aansluit bij het bestedingsdoel en kan vervolgens het krediet verstrekken als wordt voldaan aan de (overige) maatstaven voor een verantwoord krediet. Een individuele consument kan daarom nog steeds de beschikking krijgen over een krediet dat niet goed aansluit bij zijn voorkeuren. Denk bijvoorbeeld aan een impulsief handelende consument die een krediet neemt voor de aanschaf van een product dat hij eigenlijk niet nodig heeft.⁶⁰⁴

Tot slot ligt ook in het Nederlandse privaatrecht de nadruk op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument.⁶⁰⁵ Een belangrijk verschil met het Nederlandse publiekrecht is dat er in het privaatrecht (nog) geen aandacht is voor het bestedingsdoel van het krediet. Tegelijkertijd is er in het privaatrecht een element aan de kredietwaardigheidstoets toegevoegd dat verder gaat dan de normen uit het publiekrecht. De Hoge Raad heeft namelijk een verplichting opgeworpen om ook de *kredietwaardige* consument te informeren over de uitkomsten van de kredietwaardigheidstoets.⁶⁰⁶ Hoewel dit niet zeker is, lijkt deze verplichting te zijn bedoeld om de consument te helpen met zijn eventuele zoektocht naar de gewenste terugbetaalsituatie en (dus) de beste kredietbeslissing die hij op dat moment zal kunnen nemen.⁶⁰⁷ Omdat het hier ‘slechts’ gaat om informeren, is overigens geen sprake van een strijd met de Richtlijn consumentenkrediet. De consument kan immers nog steeds de beschikking krijgen over een krediet dat bijvoorbeeld niet goed aansluit bij zijn voorkeuren.

6.4 De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets

6.4.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. Hierna wordt per stap duidelijk op welke punten het Nederlandse en Engelse publiekrecht van elkaar verschillen. Voor zover dat relevant is, wordt voorts ingegaan op het Nederlandse privaatrecht of op de uitspraken van de Engelse FOS. Daarnaast wordt per stap nagegaan in hoeverre het Nederlandse recht in lijn is met de Europese richtlijnen.

6.4.2 Stap 1: onderzoek

6.4.2.1 De gegevens over de consument

De Europese richtlijnen geven weinig duidelijkheid over de gegevens waarover de kredietgever moet beschikken om de kredietwaardigheid te duiden. De Richtlijn consumentenkrediet zwijgt hierover, terwijl de Richtlijn woningkredietovereenkomsten bepaalt dat de kredietgever een onderzoek moet doen naar het inkomen en de uitgaven van de consument.⁶⁰⁸ Ter uitwerking van de laatstgenoemde richtlijn bepalen de EBA-richtsnoeren dat de kredietgever op een redelijke wijze rekening moet houden met het

⁶⁰⁴ Zie hierover paragraaf 7.4.2.2.

⁶⁰⁵ Paragraaf 4.3.4.

⁶⁰⁶ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.9.

⁶⁰⁷ Zie ook paragraaf 4.3.4.

⁶⁰⁸ Paragraaf 3.2.5.2 en 3.3.5.2.

bestendige inkomen en de niet-discretionaire uitgaven van de consument, zoals de kosten voor levensonderhoud en de betalingsverplichtingen.⁶⁰⁹ De kredietgever hoeft echter niet te weten hoeveel de betreffende consument precies uitgeeft. Zo kunnen de kosten voor levensonderhoud volgens de EBA-richtsnoeren steunen op een passende onderbouwing van de kredietgever.⁶¹⁰ In lijn met het voorgaande moet de kredietgever in het Nederlandse en Engelse publiekrecht, bij beide kredietvormen, een inschatting maken van het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁶¹¹ Er is echter een belangrijk verschil wat betreft de vereiste omvang en diepgang van het kredietwaardigheidsonderzoek.

In het Engelse publiekrecht is het vereiste kredietwaardigheidsonderzoek afhankelijk van de eventuele risicosignalen.⁶¹² Dit zijn signalen die erop wijzen dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument. Hoe sterker de risicosignalen, hoe gedetailleerder het onderzoek naar de betaalcapaciteit moet zijn. Deze signalen kunnen voortvloeien uit (i) het gevraagde krediet en (ii) de financiële kenmerken van de aanvrager. Omdat een hypothecair krediet op zichzelf wordt gezien als een betrekkelijk riskant product, moet de kredietgever bij deze kredietaanvragen een tamelijk gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Bij een consumptief krediet is echter meer aandacht voor de vraag wie de betreffende kredietaanvraag heeft ingediend. Een verdergaand onderzoek is dan vereist als bijvoorbeeld (ii) een consument met een forse betaalachterstand vraagt om (i) een zeer omvangrijk krediet, terwijl een minder vergaand onderzoek in beginsel volstaat als (ii) een consument zonder een betaalachterstand vraagt om (i) een zeer klein krediet. Voor zover er verder geen risicosignalen zichtbaar zijn, kan de kredietgever er in het laatste geval zelfs van uitgaan dat de consument voldoende kredietwaardig is. Een onderzoek naar het inkomen en de vaste uitgaven is dan niet nodig.

In het Nederlandse publiekrecht moet de kredietgever op de hoogte zijn van het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument. De kredietgever hoeft echter niet precies te weten hoeveel de consument per maand uitgeeft. Zo zijn bijvoorbeeld de minimale kosten van levensonderhoud en de moeilijk-vermijdbare uitgaven in een gestandaardiseerde vorm verwerkt in de leennormen.⁶¹³ Opvallend is dat er in het publiekrecht vrij weinig aandacht is voor (i) het gevraagde krediet en (ii) de financiële kenmerken van de aanvrager. Als eenmaal een kredietaanvraag is ingediend, moet de kredietgever een tamelijk gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Vanuit een rechtsvergelijkend perspectief valt daarom op dat er in het Nederlandse en Engelse publiekrecht vergelijkbare eisen worden gesteld aan het kredietwaardigheidsonderzoek bij hypothecaire kredieten. In beide

⁶⁰⁹ EBA-richtsnoer 5.1.

⁶¹⁰ Ibid.

⁶¹¹ Zie voor Nederland paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2 en voor Engeland paragraaf 5.2.5.4 en 5.2.6.3.

⁶¹² Paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2.

⁶¹³ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2.

landen moet de kredietgever dan een vrij gedetailleerd onderzoek doen naar het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument. Wat betreft het vereiste onderzoek bij consumptieve kredietaanvragen, zijn de verschillen tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht echter groter. Dit geldt vooral voor bepaalde kleine kredieten.⁶¹⁴ In die gevallen kan de kredietgever in het Engelse publiekrecht in beginsel volstaan met een variant van een BKR-toetsing, terwijl de kredietgever in het Nederlandse publiekrecht daarnaast ook een onderzoek moet uitvoeren naar het inkomen en de uitgaven van de consument. In Engeland is dat laatste onderzoek pas vereist als er in het concrete geval sprake is van een risicosignaal, zoals bijvoorbeeld een negatieve registratie in het geraadpleegde kredietregister.

Overigens is in het Nederlandse privaatrecht soms meer aandacht voor (ii) de persoon van de aanvrager dan in het publiekrecht aan de orde is. Ter illustratie kan worden gewezen op de uitspraak waarin de civiele rechter akkoord is gegaan met een redelijk beperkt onderzoek naar de kredietwaardigheid van de consument die beschikte over voldoende middelen om het geleende bedrag ineens te kunnen terugbetalen.⁶¹⁵ Hoewel de leennormen uit het publiekrecht standaard een vrij gedetailleerd onderzoek verlangen naar het inkomen en de vaste uitgaven, lijkt de civiele rechter het in dit geval geen probleem te vinden dat er geen aandacht is besteed aan de vaste uitgaven van de consument. Niettemin moet worden bedacht dat de civiele rechter in het algemeen – overeenkomstig de leennormen uit het publiekrecht – verwacht dat de kredietgever een onderzoek heeft gedaan naar het inkomen en de uitgaven van de consument.⁶¹⁶

Tot slot doen de beschreven verschillen tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht zich voor op de aspecten die de Richtlijn consumentenkrediet heeft opengelaten. Niettemin heeft het Europese Hof verduidelijkt dat de vereiste omvang en diepgang van het kredietwaardigheidsonderzoek mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder het gevraagde kredietbedrag en de persoonlijke situatie van de consument.⁶¹⁷ Opvallend is dat in het Engelse publiekrecht precies deze omstandigheden bepalen hoe het onderzoek er in het concrete geval moet uitzien, terwijl het vereiste onderzoek in het Nederlandse publiekrecht grotendeels vaststaat ongeacht deze omstandigheden. Overigens betekent dit niet dat het Nederlandse recht op dit punt in strijd is met de Richtlijn consumentenkrediet. In mijn ogen heeft het Europese Hof willen benadrukken dat er omstandigheden kunnen zijn waarin er hogere eisen moeten worden gesteld aan het kredietwaardigheidsonderzoek. Dit betekent niet dat er in de overige omstandigheden (dus) lagere eisen moeten worden gesteld aan dat onderzoek.⁶¹⁸

⁶¹⁴ Denk bijvoorbeeld aan bedragen van (omgerekend) enkele honderden of duizenden euro's. Bij grotere bedragen is het risicosignaal doorgaans sterker waardoor er een gedetailleerder onderzoek moet worden uitgevoerd.

⁶¹⁵ Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308, r.o. 4.6 e.v.

⁶¹⁶ Paragraaf 4.3.5.2 en 4.3.6.2.

⁶¹⁷ Zie HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, r.o. 37. Zie ook paragraaf 3.2.5.2.

⁶¹⁸ Het is daarom beter om te stellen dat er in het Nederlandse recht nog ruimte is voor een minder vergaand kredietwaardigheidsonderzoek bij consumptieve kredieten.

6.4.2.2 Verificatieplichten

De Europese richtlijnen geven weinig duidelijkheid over verificatieplichten. De Richtlijn woningkredietovereenkomsten bepaalt dat de kredietgever ‘naar behoren’ moet verifiëren, terwijl de Richtlijn consumentenkrediet hierover zwijgt. Niettemin heeft het Europese Hof verduidelijkt dat de kredietgever onder de laatstgenoemde richtlijn niet alleen mag uitgaan van ‘gewone, niet-gestaafde’ verklaringen van de consument.⁶¹⁹ In het verlengde hiervan zijn er in het Nederlandse en Engelse publiekrecht twee soorten van verificatieplichten te vinden. Ten eerste worden er in beide landen verificatieplichten opgeworpen als er goede redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van relevante gegevens.⁶²⁰ Deze twijfel kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een tegenstrijdigheid tussen de ontvangen gegevens. Ten tweede gelden er in het Nederlandse en Engelse publiekrecht verschillende standaard-verificatieplichten. Zo moet de kredietgever in het Nederlandse publiekrecht, bij de kredietaanvragen vanaf €250, een BKR-toets uitvoeren om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over de lopende kredieten van de consument. Daarnaast dient de kredietgever het inkomen te verifiëren bij de kredietaanvragen vanaf €1000.⁶²¹ In het Engelse publiekrecht is de kredietgever bij de hypothecaire kredietaanvragen verplicht het inkomen van de consument te verifiëren, terwijl de kredietgever wordt opgeroepen hetzelfde te doen als de consument vraagt om een consumptief krediet.⁶²² Anders dan in Nederland, is er in het Engelse publiekrecht dus geen verplichting tot het standaard uitvoeren van de Engelse variant van een BKR-toets (een *CRA-check*).

Overigens is er tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht nog een subtiel verschil inzake de verificatieplichten bij de zeer kleine kredieten tot €250. Hoewel in beide landen *geen* standaard-verificatieplichten zijn opgeworpen bij deze kredieten, ligt het in Engeland, meer dan in Nederland, voor de hand dat de kredietgever in die gevallen *wel* overgaat tot een *CRA-check* teneinde inzicht te krijgen in de centraal geregistreerde kredieten en betaalachterstanden. Omdat in Engeland in beginsel mag worden aangenomen dat de consument kredietwaardig is als hij geen betaalachterstanden of kredieten op zijn naam heeft staan, is het raadplegen van een centraal kredietregister een aantrekkelijke optie om de kredietwaardigheid te duiden. Immers, bij een positief resultaat hoeft de kredietgever in beginsel geen verder onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van de consument. In het Nederlandse recht heeft het echter weinig zin om een BKR-toets te doen bij kredieten onder de €250.⁶²³ Of de kredietgever dit nu

⁶¹⁹ Paragraaf 3.2.5.2 en 3.3.5.2. Zie voor de uitspraak HvJ 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464, r.o. 37.

⁶²⁰ Zie voor het Nederlandse publiekrecht paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2 en het Engelse publiekrecht paragraaf 5.2.5.4 en 5.2.6.3.

⁶²¹ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2. Over de juridische status van de verplichting om het inkomen te verifiëren is overigens enige duidelijkheid.

⁶²² Paragraaf 5.2.5.4 en 5.2.6.3.

⁶²³ Overigens betekent dit niet dat kredietgevers in Engeland altijd zullen overgaan tot een *CRA-check*. Zo kan de kredietgever er eventueel ook voor kiezen om het inkomen van de consument op te vragen. In dat geval wordt hij via een richtsnoer opgeroepen om het opgegeven inkomen te verifiëren.

wel of niet doet, in beide gevallen zal hij uiteindelijk hetzelfde onderzoek moeten uitvoeren naar het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁶²⁴

Tot slot kan nog worden gevraagd of het Nederlandse recht voldoende verificatie-eisen stelt bij de kredieten tussen de €200 en €250. Omdat er geen standaard-verificatieplichten gelden, hoeft de kredietgever bij deze kredieten pas te verifiëren als er in het concrete geval een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van relevante gegevens. Niettemin moet worden bedacht dat deze kredieten vallen onder het bereik van de Richtlijn consumentenkrediet en de uitspraak waarin het Europese Hof heeft overwogen dat de kredietgever niet alleen mag uitgaan van ‘gewone, niet-gestaafde verklaringen’ van de consument. Het is echter niet duidelijk of het hof hiermee heeft willen zeggen dat de kredietgever *in alle gevallen* moet beschikken over enig bewijs dat afkomstig is uit een onafhankelijke bron, zoals een bankafschrift of loonstrookje. Hoewel het hof dit laatste wel lijkt te suggereren, kan niet worden uitgesloten dat de kredietgever bij de zeer kleine kredieten wel kan uitgaan van verklaringen van de consument.⁶²⁵

6.4.3 Stap 2: beoordeling

6.4.3.1 De onderdelen van de betaalcapaciteit

De Europese richtlijnen geven niet evenveel duidelijkheid over de onderdelen van de betaalcapaciteit waarop de kredietwaardigheid mag worden afgestemd. Terwijl de Richtlijn consumentenkrediet hierover zwijgt, volgt uit de Richtlijn woningkredietovereenkomsten dat de kredietwaardigheid kan worden afgestemd op het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁶²⁶ Voorts lijken de opstellers van de laatstgenoemde richtlijn het acceptabel te vinden dat er rekening wordt gehouden met het vermogen van de consument, zoals het spaargeld en andere bezittingen.⁶²⁷ Het is echter niet toegestaan dat de kredietwaardigheid wordt afgestemd op de waarde van de beoogde woning. Dienovereenkomstig is in het Nederlandse en Engelse publiekrecht de kredietwaardigheid, bij beide kredietvormen, primair afhankelijk van het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁶²⁸ In beide landen mag de kredietgever bovendien rekening houden met het vermogen mits hij kan uitleggen waarom de kredietverstrekking verantwoord is voor de betreffende consument.

Vergeleken met het Nederlandse publiekrecht, geeft het Engelse publiekrecht een duidelijker antwoord op de vraag wanneer er rekening mag worden gehouden met het vermogen van de consument.⁶²⁹ Meer concreet gelden er in Engeland twee voorwaarden. Ten eerste moet er een duidelijke indicatie zijn dat de betreffende consument het

⁶²⁴ Ik neem dus aan dat – ter beantwoording van de vraag of sprake is van een verantwoord krediet in de zin van art. 4:34 Wft – de leennormen uit de VFN gedragscode ook van toepassing zijn op kredieten onder de €250. Het is echter niet duidelijk hoe het beperkte(re) toepassingsbereik van de NVB gedragscode in dit verband moet worden opgevat. Zie ook paragraaf 4.2.5.1.

⁶²⁵ Paragraaf 3.2.5.2.

⁶²⁶ Paragraaf 3.3.5.3.

⁶²⁷ Ov. 55 van de considerans van de richtlijn.

⁶²⁸ Zie voor Nederland paragraaf 4.2.5.3 en 5.2.5.5 en voor Engeland paragraaf 5.2.5.5 en 5.2.6.4.

⁶²⁹ Paragraaf 5.2.5.5.

vermogen zal willen opgeven voor het beoogde krediet.⁶³⁰ Ten tweede moet de kredietgever aannemelijk kunnen maken dat het voor de consument verantwoord is om de kredietwaardigheid af te stemmen op het vermogen. Kortom, de consument moet het betreffende vermogen *willen* opgeven voor het beoogde krediet en er mag verder geen reden zijn om aan te nemen dat de consument dat vermogen daarvoor niet *moet willen* opgeven. Bij de uitleg waarom het verantwoord is om rekening te houden met het vermogen, moet de kredietgever rekening houden met drie factoren, te weten de reden dat het betreffende vermogen door de consument wordt aangehouden, de kans dat dit vermogen daadwerkelijk kan worden aangesproken voor de terugbetaling van het krediet en de ernst van de gevolgen die het opofferen van het vermogen naar verwachting zal hebben voor de consument.⁶³¹ In het Nederlandse publiekrecht zijn zulke handvatten echter niet gegeven.⁶³² Zo maken de hypothecaire leennormen bijvoorbeeld in vrij algemene bewoordingen duidelijk dat de kredietgever van de reguliere leennormen mag afwijken mits hij aannemelijk kan maken dat het krediet in de specifieke situatie verantwoord is voor de consument.⁶³³

Overigens lijkt er in het Nederlandse privaatrecht een iets andere voorwaarde te gelden dan in het publiekrecht. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de kredietgever rekening mag houden met het vermogen mits voldoende zeker is dat de consument dit vermogen zal kunnen en willen opgeven voor het betreffende krediet.⁶³⁴ Hieruit lijkt te volgen dat de kredietgever aannemelijk moet kunnen maken dat de consument het betreffende vermogen *zal willen* opgeven voor het krediet, terwijl in het publiekrecht de nadruk lijkt te liggen op de vraag of de consument dit *moet willen* opgeven.⁶³⁵ Mogelijk mag er in het privaatrecht dus meer waarde worden gehecht aan een positieve wilsverklaring van de consument dan in het publiekrecht.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de hiervoor besproken regels uit het Engelse publiekrecht van toepassing zijn op consumptieve kredieten. Bij hypothecaire kredieten mag de kredietgever in Engeland in beginsel alleen rekening houden met het vermogen van de consument die behoort tot een afgebakende groep (zeer) vermogende consumenten.⁶³⁶ De gedachte hierachter is dat deze consumenten, vergeleken met de minder vermogende consumenten, worden geacht minder risico's te lopen als het financieel tegenzit. Zo hebben deze consumenten over het algemeen een betere toegang tot adviesdiensten en kunnen ze gemakkelijker besluiten om de verhypothekerde woning te

⁶³⁰ Deze voorwaarde lijkt te impliceren dat de kredietgever kan uitgaan van een verklaring waarin de consument aangeeft dat hij bereid is de betreffende terugbetaaloffers te maken voor het beoogde krediet.

⁶³¹ Art. 5.2A.13 R CONC.

⁶³² Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁶³³ Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 2 Tijdelijke regeling hypothecair krediet en de algemene afwijkingsbepaling van art. 4 lid 1 van deze regeling.

⁶³⁴ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.8.

⁶³⁵ Hoewel dit voorbeeld betrekking heeft op het privaatrecht, moet de kredietgever mogelijk ook in het publiekrecht aannemelijk maken dat de consument het vermogen zal willen opgeven. Over de toepassing van de publiekrechtelijke voorwaarde is immers nog onduidelijkheid.

⁶³⁶ Art. 11.6.34 R MCOB. Het gaat hier om consumenten met een netto inkomen van minimaal £300.000 en/of een vermogen van ten minste £3.000.000. Zie ook paragraaf 5.2.6.4.

verkopen en te verhuizen naar een goedkopere woning. Tegen die achtergrond vindt de regelgever het in beginsel niet bezwaarlijk dat de kredietwaardigheid van deze consumenten (mede) wordt afgestemd op het vermogen. Hoewel het voor de hand ligt dat het vermogen ook in het Nederlandse publiekrecht pas een rol mag spelen bij de meer vermogende consumenten, lijkt het Engelse publiekrecht op dit punt dus iets terughoudender te zijn.

6.4.3.2 De terugbetaalperiode

De Europese richtlijnen stellen geen grenzen aan de terugbetaalperiode van het krediet. Zowel de Richtlijn consumentenkrediet als de Richtlijn woningkredietovereenkomsten zwijgen hierover. In Nederland en Engeland zijn er op dit punt verschillende keuzes gemaakt. Om te beginnen zijn er in het Nederlandse publiekrecht indirecte grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes.⁶³⁷ Kort gezegd, wordt het maximale kredietbedrag bepaald door de omvang van de periodieke betaalcapaciteit te vermenigvuldigen met een bepaald getal. Dat getal kan worden vertaald naar de periode waarbinnen het krediet *moet kunnen zijn* terugbetaald. Bij consumptieve kredieten wordt in beginsel uitgegaan van vijftig maanden, terwijl bij hypothecaire kredieten wordt gerekend met dertig jaar.⁶³⁸ Bedacht moet worden dat deze grenzen vooral zijn gesteld om het totale kredietbedrag te begrenzen. De kredietpartijen beschikken daarom over de vrijheid om te komen tot een eigen looptijd mits het totale kredietbedrag, qua omvang, binnen de daaraan gestelde grenzen blijft.⁶³⁹ Het is dus niet zo dat de consument het krediet binnen de voormelde periodes *moet hebben* terugbetaald. Niettemin laten de leennormen met het voorgaande zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet. In het Engelse publiekrecht zijn echter geen algemene grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes van het krediet.⁶⁴⁰ Anders dan in het Nederlandse publiekrecht, wordt de kredietwaardigheid in het Engelse publiekrecht dus gekoppeld aan de omvang van de *periodieke* terugbetaalplichten.⁶⁴¹ Dit betekent dat de consument in Engeland kredietwaardig is als hij naar verwachting verantwoord kan voldoen aan de individuele terugbetaalplichten. Zoals eerder al is opgemerkt, duidt dit verschil tussen Nederland en Engeland op een verschil van inzicht over de gewenste balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. De Engelse regelgever schat de voordelen van dergelijke grenzen kennelijk

⁶³⁷ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁶³⁸ Zie paragraaf 4.2.7 waaruit volgt dat er op dit punt nog andere verschillen zijn tussen consumptief en hypothecair krediet.

⁶³⁹ Bij doorlopende kredietvormen moet overigens worden gewaarborgd dat het krediet een looptijd heeft die niet langer is dan 180 maanden. Zie art. 11 VFN gedragscode. Dit artikel beoogt een bijdrage te leveren aan het streven om te voorkomen dat consumenten *locked-up* raken. Zie ook paragraaf 4.2.2.2.

⁶⁴⁰ Overigens gelden er bij een beperkt aantal kredieten LTI-grenzen. Deze grenzen zijn hoofdzakelijk gericht op de stabiliteit van de financiële markten. Zie FCA februari 2017.

⁶⁴¹ Zie paragraaf 5.2.5.5 en 5.2.6.4.

niet hoog genoeg in om de nadelige effecten daarvan op de krediettoegang te kunnen rechtvaardigen.⁶⁴²

6.4.3.3 De voorzienbare toekomst

De Europese richtlijnen geven niet evenveel duidelijkheid over de omgang met de voorzienbare toekomst. De Richtlijn consumentenkrediet zwijgt hierover, terwijl de kredietgever volgens de Richtlijn woningkredietovereenkomsten in een redelijke mate moet anticiperen op eventuele toekomstige gebeurtenissen, zoals een rentestijging en een inkomstendaling na pensionering.⁶⁴³ De EBA-richtsnoeren laten voorts zien dat de kredietgever rekening kan houden met positieve veranderingen van de betaalcapaciteit, zoals bijvoorbeeld een inkomstenstijging.⁶⁴⁴ In dat laatste geval moet de kredietgever aannemelijk kunnen maken dat deze verandering daadwerkelijk zal plaatsvinden. Dienovereenkomstig volgt uit het Nederlandse en Engelse publiekrecht dat de kredietgever onder omstandigheden rekening *mag* houden met de positieve veranderingen en dat hij in zekere mate rekening *moet* houden met negatieve veranderingen.⁶⁴⁵ Wat dat laatste punt betreft, zijn er belangrijke verschillen tussen de genoemde landen.

Om te beginnen moet de kredietgever in het Engelse publiekrecht waakzaam zijn voor eventuele signalen die wijzen op een negatieve verandering van de betaalcapaciteit.⁶⁴⁶ In voorkomend geval brengt de kredietgever de nadelige gevolgen van dat scenario in kaart. Als vervolgens blijkt dat de consument in dat scenario zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit, wordt diegene aangemerkt als niet-kredietwaardig. Niet duidelijk is echter hoe de kredietgever vervolgens moet handelen. Volstaat bijvoorbeeld een waarschuwing voor de nadelige gevolgen van het betreffende scenario? Of moet de kredietgever de kredietaanvraag afwijzen voor zover er geen verantwoorde maatregelen zijn getroffen die de betaalbaarheid van het krediet in dat scenario kunnen garanderen?⁶⁴⁷ In het Nederlandse publiekrecht wordt echter op uiteenlopende manieren omgegaan met de voorzienbare toekomst. Ten eerste moet de kredietgever bij de consumptieve kredietaanvraag van een oudere consument mede rekening houden met het verwachte inkomen na pensionering.⁶⁴⁸ Net als in het Engelse publiekrecht, is de consument vervolgens niet-kredietwaardig als blijkt dat hij 'pas' na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit.⁶⁴⁹ Anders dan in het Engelse publiekrecht, is echter niet duidelijk in hoeverre de kredietgever rekening moet

⁶⁴² Een voorstel om de terugbetalperiode bij hypothecaire kredieten te fixeren op 25 jaar heeft het dan ook niet gehaald. Zie FSA 2011, p. 22.

⁶⁴³ Zie de ov. 55 van de considerans van de richtlijn en EBA-richtsnoer 4.3 en 6.1. Zie voorts paragraaf 3.3.5.3.

⁶⁴⁴ EBA-richtsnoer 4.4.

⁶⁴⁵ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3. Overigens is in beide landen niet helemaal duidelijk in hoeverre de kredietgever rekening moet houden met de periode *voor* de positieve verandering.

⁶⁴⁶ Paragraaf 5.2.5.5 en 5.2.6.4.

⁶⁴⁷ Denk bijvoorbeeld aan het afsluiten van een passende verzekering of het vastleggen van een afspraak welke neerkomt op een tijdelijke verlaging van de maandlasten.

⁶⁴⁸ Paragraaf 4.2.5.3.

⁶⁴⁹ Wel is in het Nederlandse publiekrecht duidelijk dat de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument moet worden afgewezen. Dat is in Engeland dus minder duidelijk.

houden met eventuele andere voorzienbare tegenslagen. Moet de kredietgever in voorkomende gevallen bijvoorbeeld ook rekening houden met het voorzienbare scenario van een gezinsuitbreiding? Ten tweede moet de kredietgever in het kader van hypothecaire kredietverlening verschillende buffers hanteren.⁶⁵⁰ Deze buffers komen er, kort gezegd, op neer dat de consument minder mag lenen dan gelet op de omvang van zijn huidige betaalcapaciteit verantwoord is. Zodoende beschikt de consument, na de kredietverstrekking, over een zekere ruimte om eventuele tegenslagen te kunnen opvangen.⁶⁵¹ Opmerkelijk is dat er in het publiekrecht geen verplichting lijkt te zijn om, buiten het gebruik van deze buffers, rekening te houden met een concreet voorzienbare verandering van de betaalcapaciteit. Anders dan in het Engelse publiekrecht (en de consumptieve leennormen uit het Nederlandse publiekrecht), kan de consument dus worden aangemerkt als kredietwaardig ook al is op voorhand duidelijk dat hij (pas) na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit.⁶⁵²

Vanuit een Europeesrechtelijk oogpunt kan tot slot worden gevraagd in hoeverre het voldoende is om alleen middels buffers rekening te houden met negatieve veranderingen. Zo is er bijvoorbeeld een EBA-richtsnoer welke voorschrijft dat de kredietgever ‘naar behoren’ rekening moet houden met de toereikendheid van het inkomen na pensionering.⁶⁵³ De buffers in de hypothecaire leennormen zijn echter niet in staat om een grotere en structurele inkomstendaling op te vangen. Het is daarom de vraag of de kredietgever in dergelijke gevallen altijd kan volstaan met het hanteren van de buffers. Mogelijk verlangt het genoemde richtsnoer – en eventueel ook de Richtlijn woningkredietovereenkomsten – dat de kredietgever actief rekening houdt met, en eventueel handelt naar, de mogelijkheid dat de buffers een inkomstenterugval na pensionering niet kunnen opvangen. Overigens moet worden bedacht dat het Nederlandse privaatrecht de mogelijke bezwaren tegen het gebruik van buffers wat kan wegnemen. De civiele rechter heeft in een aantal uitspraken immers een bereidheid getoond om rekening te houden met de gevolgen van een concreet voorzienbaar negatief scenario.⁶⁵⁴ Deze uitspraken maken duidelijk dat de kredietgever volgens de normen van het privaatrecht eventueel gehouden kan zijn om het verwachte inkomen na pensionering (beter) in de beoordeling te betrekken.⁶⁵⁵

6.4.4 Stap 3: beslissing

6.4.4.1 De niet-kredietwaardige consument

De Europese richtlijnen regelen niet even precies wat er moet gebeuren met de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument. De Richtlijn woningkredietover-

⁶⁵⁰ Paragraaf 4.2.6.3.

⁶⁵¹ Overigens kan er onder omstandigheden worden afgeweken van bepaalde buffers. Zie paragraaf 4.2.6.3.

⁶⁵² De buffers kunnen vanzelfsprekend wel enige daling van het inkomen (na pensionering) opvangen.

⁶⁵³ EBA-richtsnoer 4.3.

⁶⁵⁴ Paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

⁶⁵⁵ Ibid.

eenkomsten bepaalt dat een dergelijke kredietaanvraag moet worden afgewezen, terwijl de Richtlijn consumentenkrediet hierover niets regelt.⁶⁵⁶ Het Europese Hof heeft in dat laatste verband geoordeeld dat lidstaten kunnen kiezen voor een weigeringsplicht.⁶⁵⁷ Dienovereenkomstig gelden er in het Nederlandse en Engelse publiekrecht diverse weigeringsplichten. In het Nederlandse publiekrecht geldt een weigeringsplicht voor consumptieve en hypothecaire kredieten, terwijl in het Engelse publiekrecht alleen een weigeringsplicht is gecodificeerd voor hypothecaire kredieten.⁶⁵⁸ In het kader van consumptief krediet heeft de Engelse regelgever geen specifieke handelswijze aan een negatief kredietwaardigheidsoordeel gekoppeld.⁶⁵⁹ Overigens is in beide landen in zekere zin afgeweken van de normen uit het publiekrecht. Zo zijn er in het Nederlandse privaatrecht rechters geweest die in dit verband een waarschuwplicht hebben aangenomen, terwijl in Engeland de ombudsman van de FOS een weigeringsplicht lijkt aan te nemen (ook) bij consumptieve kredieten.⁶⁶⁰ Een verklaring hiervoor kan zijn dat de laatgenoemde actoren zich achteraf uitlaten over de kredietverstrekking in het concrete geval, terwijl de regels uit het publiekrecht zich richten op de gemene deler en op voorhand bepalen hoe de kredietgever zich moet gedragen. Het feit dat de civiele rechter of ombudsman veelal kiest voor een weigeringsplicht of waarschuwplicht, zegt daarom primair iets over het concrete geval en betekent dus niet per definitie dat de rechter of ombudsman daar altijd voor zal kiezen.

6.5 Conclusie

Er zijn meerdere overeenkomsten tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht. Ten eerste zijn alle kredietwaardigheidstoetsen consumentgericht van aard hetgeen betekent dat de consument kredietwaardig is als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. Ten tweede trachten alle kredietwaardigheidstoetsen te voorkomen dat de consument in een onaanvaardbare terugbetaalsituatie terechtkomt. In plaats van te controleren of de consument, met het indienen van de kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen, moet de kredietgever de consument behoeden voor een kredietbeslissing die slecht genoeg is om te veronderstellen dat laatstgenoemde daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Ten derde richten alle kredietwaardigheidstoetsen zich primair op het vrij besteedbaar inkomen van de consument. De drie stappen van de toets zijn allen gericht op het uitgangspunt dat de consument over voldoende inkomen moet beschikken om te kunnen terugbetalen zonder te bezuinigen op de vaste uitgaven. Wat betreft de uitwerking van deze stappen zijn er meerdere verschillen gesignaleerd tussen het Nederlandse en Engelse publiekrecht.

Om te beginnen is er een verschil in methodiek. In het Nederlandse publiekrecht ziet de kredietwaardigheidstoets er in beginsel hetzelfde uit ongeacht het antwoord op de vraag wie de kredietaanvraag heeft ingediend en om welk kredietbedrag of kredietvorm

⁶⁵⁶ Paragraaf 3.2.5.4 en 3.3.5.4.

⁶⁵⁷ HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467, r.o. 49.

⁶⁵⁸ Zie voor Nederland paragraaf 4.2.5.4 en 4.2.6.4 en voor Engeland paragraaf 5.2.6.5.

⁶⁵⁹ Paragraaf 5.2.5.6.

⁶⁶⁰ Zie voor Nederland paragraaf 4.3.5.4 en 4.3.6.4 en voor Engeland paragraaf 5.3.3.5.

het gaat. In het Engelse publiekrecht is de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoets juist afhankelijk van zulke omstandigheden. Meer concreet ziet het kredietwaardigheidsonderzoek bij een *hypothecair* krediet er in het Nederlandse publiekrecht ongeveer hetzelfde uit als in het Engelse publiekrecht. In beide landen maakt het bij deze kredieten weinig uit wie de kredietaanvraag heeft ingediend en moet de kredietgever een tamelijk gedetailleerd onderzoek uitvoeren naar het vrij besteedbaar inkomen. De verschillen tussen beide landen worden echter groter als de consument vraagt om een *consumptief* krediet. Dit geldt vooral voor bepaalde kleine kredieten.⁶⁶¹ In die gevallen kan de kredietgever in het Engelse publiekrecht in beginsel volstaan met de Engelse variant van een BKR-toetsing, terwijl de kredietgever in het Nederlandse publiekrecht een verder onderzoek moet doen naar het inkomen en de uitgaven van de consument. In Engeland is dat laatste onderzoek ‘pas’ vereist als in het concrete geval sprake is van een risicosignaal, zoals een negatieve registratie in het betreffende kredietregister.⁶⁶²

Daarnaast zijn er verschillen wat betreft de invulling van drie onderdelen van de kredietwaardigheidstoets. Ten eerste zijn er in het Nederlandse publiekrecht wel en in het Engelse publiekrecht geen algemene grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes. In het Nederlandse publiekrecht wordt de kredietwaardigheid dan ook gekoppeld aan het totale kredietbedrag, terwijl in het Engelse publiekrecht de nadruk ligt op de betaalbaarheid van de periodieke terugbetaalplichten. Dit verschil duidt op een verschil van inzicht over de gewenste balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. De Engelse regelgever schat de voordelen van dergelijke grenzen kennelijk niet hoog genoeg in om de nadelige effecten daarvan op de krediettoegang te kunnen rechtvaardigen.

Ten tweede zijn er verschillen wat betreft de wijze waarop rekening wordt gehouden met negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit. In het Engelse publiekrecht moet de kredietgever rekening houden met de gevolgen van een nadelig scenario dat, in het specifieke geval, concreet voorzienbaar is. Overigens is niet altijd duidelijk hoe de kredietgever in zulke gevallen moet handelen. In het Nederlandse publiekrecht wordt op uiteenlopende manieren omgegaan met de voorzienbare toekomst. Zo hebben de consumptieve leennormen een zekere aandacht voor de situatie na pensionering. Een consument kan daarom als niet-kredietwaardig worden gezien ook als hij ‘pas’ na pensionering zal beschikken over onvoldoende inkomen. De hypothecaire leennormen bevatten echter buffers die de consument enige ruimte geven om later eventuele tegenslagen te kunnen opvangen. Anders dan in Engeland, is er in Nederland, bij beide kredietvormen, onduidelijkheid over de mate waarin de kredietgever rekening moet houden met de nadelige gevolgen van concreet voorzienbare scenario’s die niet zijn verdisconteerd

⁶⁶¹ Denk bijvoorbeeld aan bedragen van enkele honderden of duizenden euro’s. Bij grotere bedragen is het risicosignaal doorgaans sterker en moet er (dus) een gedetailleerder onderzoek worden gedaan. Zie gedetailleerder paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2.

⁶⁶² Er is dan een concrete aanleiding om te denken dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de betreffende consument.

in de relevante leennormen. Overigens worden de verschillen tussen beide landen kleiner als het Nederlandse privaatrecht in de vergelijking wordt betrokken. De civiele rechter is immers niet gebonden aan de leennormen uit het publiekrecht en kan eventueel wel rekening houden met de gevolgen van de laatstbedoelde scenario's. Net als in Engeland, is in het privaatrecht niet duidelijk hoe de kredietgever in zulke gevallen moet handelen. Moet de kredietaanvraag worden afgewezen? Of volstaat bijvoorbeeld een waarschuwing voor de gevolgen van dat scenario?

Ten derde is in het Engelse publiekrecht meer duidelijkheid over de mate waarin de kredietgever rekening mag houden met het vermogen van de consument. In het Nederlandse publiekrecht is in vrij algemene termen verduidelijkt dat de kredietgever moet kunnen uitleggen dat de kredietverstrekking in het specifieke geval verantwoord is voor de consument. In Engeland moet de kredietgever, bij die uitleg, echter specifiek ingaan op drie punten, te weten de reden dat het betreffende vermogen wordt aangehouden door de consument, de kans dat dit vermogen daadwerkelijk kan worden aangesproken voor de tijdige terugbetaling van het krediet en de ernst van de gevolgen die het opofferen daarvan zal hebben voor de consument. Voorts lijkt de kredietgever in het Engelse publiekrecht, vergeleken met het Nederlandse publiekrecht, iets minder snel rekening te mogen houden met het vermogen als de consument vraagt om een hypotheekkrediet. Anders dan in Nederland, mag dit laatste in Engeland in beginsel alleen bij een afgebakende groep zeer vermogende consumenten. Deze groep wordt namelijk geacht minder snel in de problemen te komen als het financieel tegenzit. Zo kunnen deze consumenten bijvoorbeeld gemakkelijker besluiten om de verhuurde woning te verkopen en te verhuizen naar een goedkopere woning.

Tot slot lijkt in Nederland te worden gehandeld conform de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Omdat de Richtlijn consumentenkrediet ook van toepassing is op de kredieten tussen de €200 en €250, kan niettemin de vraag worden gesteld of er in Nederland, bij deze kredieten, voldoende wordt geverifieerd. In het Nederlandse recht gelden er immers standaard-verificatieplichten als de consument vraagt om een krediet vanaf €250. Hoewel de richtlijn geen expliciete verificatieplicht voorschrijft, heeft het Europese Hof in dit verband een uitspraak gedaan waaruit volgt dat de kredietgever niet alleen mag uitgaan van 'gewone, niet-gestaafde verklaringen' van de consument. Het is echter niet helemaal duidelijk of het hof hiermee heeft willen zeggen dat de kredietgever (ook) bij deze zeer kleine kredieten *altijd* moet beschikken over enig bewijs uit een onafhankelijke bron, zoals bankafschriften of de resultaten die voortkomen uit de raadpleging van een centraal kredietregister.

7 De kredietwaardigheidstoets vanuit een economisch perspectief

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de kredietwaardigheidstoets geplaatst in een economisch perspectief. Meer concreet wordt nagegaan hoe bepaalde kredietpartijen een kredietbeslissing zullen nemen en waar zich, in verschillende relaties, precies de gevaren van overkreditering bevinden. Daarbij wordt uitgegaan van een situatie waarin het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Ten eerste worden verschillende kredietpartijen geïntroduceerd, te weten een rationele consument, een gedragsmatig stuurbare consument en een rationele kredietgever (paragraaf 7.2). Ten tweede wordt ingegaan op de manier waarop de rationele kredietpartijen hun eigen kredietwaardigheidstoets zullen uitvoeren (paragraaf 7.3). Daarbij is voorts aandacht voor de situatie waarin de kredietgever een kredietwaardigheidstoets uitvoert namens de consument.⁶⁶³ Ten derde wordt nagegaan wat er verandert als de rationele consument wordt ingeruild voor een gedragsmatig stuurbare consument (paragraaf 7.4). Laatstgenoemde consument slaagt er, anders dan de rationele consument, niet altijd in om een verantwoorde kredietbeslissing te nemen. In de conclusie worden de bevindingen in een samenvattend overzicht geplaatst (paragraaf 7.5).

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat dit hoofdstuk moet worden gezien als een gedachte-experiment welke is gericht op het in kaart brengen van de gevaren van overkreditering in een rationele en in een niet-rationele wereld. Er wordt daarmee dus niet gezegd dat consumenten in werkelijkheid altijd rationeel of gedragsmatig stuurbaar zijn.⁶⁶⁴

7.2 Het economische kader

7.2.1 Inleiding

De economie gaat in de kern over het begrip schaarste.⁶⁶⁵ Met dit begrip komt het verschil tot uiting tussen de behoeften van mensen en de beperktheid aan middelen om daarin te voorzien. Schaarste dwingt daarom tot het maken van keuzes.⁶⁶⁶ Een individu zal zich immers moeten afvragen in welke behoefte wel en in welke niet wordt voorzien. In deze paragraaf wordt een introductie gegeven van de manier waarop bepaalde partijen keuzes maken en de problemen die daaruit kunnen voortvloeien. Meer concreet worden twee typen partijen geïntroduceerd. Het ene type is afgeleid uit de mainstream

⁶⁶³ Ook in het Nederlandse recht moet de kredietgever immers een kredietwaardigheidstoets uitvoeren in het belang van de consument.

⁶⁶⁴ Braspenning wijst in dit verband op een paradigmaverschuiving binnen de (rechts)wetenschap waarbij het beeld van de rationeel handelende consument terrein verliest aan de inzichten uit de gedragseconomie. Zie Braspenning 2017, p. 124 e.v. Overigens is in de literatuur aangenomen dat een professionele onderneming (redelijk) rationeel handelt. Zo is bijvoorbeeld de neiging tot zelfoverschatting minder aanwezig bij ondernemingen. Zie Posner 2014, p. 21 en Sunstein, Jolls & Thaler 1998, p. 1525.

⁶⁶⁵ Becker 1976, p. 4 en Veljanovski 2007, p. 19 en 20.

⁶⁶⁶ Kanning & Kerkmeester 2008, p. 17.

neoklassieke economie⁶⁶⁷ en het andere type is geïnspireerd op de behavioral economics. Duidelijk zal worden dat beide partijen in dezelfde situatie andere keuzes kunnen maken. Dit komt omdat in de behavioral economics aandacht is voor de manier waarop partijen in werkelijkheid keuzes maken, terwijl in de neoklassieke economie wordt vastgehouden aan theoretische vooronderstellingen die niet altijd stroken met de werkelijkheid. Hierna worden de rationele partijen (paragraaf 7.2.2.) en een gedragsmatig stuurbare consument (paragraaf 7.2.3) geïntroduceerd.

7.2.2 De rationele partijen

7.2.2.1 De keuzes van een rationele partij

In de neoklassieke economie wordt verondersteld dat mensen rationele actoren zijn die met beperkte middelen trachten hun behoeften optimaal te bevredigen.⁶⁶⁸ Dit individu beschikt over de capaciteiten om complexe informatie te vergaren, doorgronden en waarderen.⁶⁶⁹ Om tot een keuze te komen worden verschillende keuzeopties onderworpen aan een kosten-batenanalyse waarna de uitkomsten met elkaar worden vergeleken op basis van het verwachte nut.⁶⁷⁰ Hoe beter in een behoefte wordt voorzien, hoe groter het nut. De optie waarvoor wordt gekozen is in die zin dus meer waard dan de overige opties. Het verlies van (de baten van) het beste alternatief waarvoor niet is gekozen, wordt ook wel uitgedrukt in opportunitetskosten.⁶⁷¹ Het keuzegedrag van een rationele actor is in zekere zin voorspelbaar. Zo wordt aangenomen dat hij op een logische en consistente manier handelt naar stabiele voorkeuren.⁶⁷² Als iemand *A* boven *B* prefereert, en *B* weer boven *C* plaatst, dan zal hij *A* dus ook boven *C* verkiezen.⁶⁷³

Een rationele actor wordt geacht te handelen uit eigenbelang.⁶⁷⁴ De consument streeft naar nutmaximalisatie en een onderneming richt zich op winstmaximalisatie.⁶⁷⁵ Beide actoren zullen daarom stoppen met handelen zodra het optimale punt is bereikt. Daarvan is sprake als de marginale opbrengsten gelijk zijn aan de marginale kosten van een (extra) handeling.⁶⁷⁶ Er is dan een economisch evenwicht hetgeen betekent dat er geen drang tot verandering aanwezig is bij de actor.⁶⁷⁷ Het voorgaande kan bijvoorbeeld verklaren dat keuzes niet altijd steunen op de maximale hoeveelheid informatie.⁶⁷⁸ Het kost immers tijd en moeite om informatie te vergaren en te doorgronden. Voordat een

⁶⁶⁷ Overigens is er geen nauwkeurige definitie van deze stroming. Ik ga uit van de standaard klassieke veronderstellingen die ook terugkomen in de rechtseconomie. Zie bijvoorbeeld Paccès & Visscher 2011 en Mercurio & Medema 2006, p. 102 e.v.

⁶⁶⁸ Zie Paccès & Visscher 2011, Mercurio & Medema 2006, p. 102 e.v. en Veljanovski 2007, p. 19 e.v.

⁶⁶⁹ Mercurio & Medema 2006, p. 103.

⁶⁷⁰ Kanning & Kerkmeester 2008, p. 27 en Mercurio & Medema p. 103.

⁶⁷¹ Zie Posner 2014, p. 7 voor een uitleg van dit begrip.

⁶⁷² Veljanovski 2007, p. 21 en Green 2002, p. 4. Met de vraag waar deze voorkeuren vandaan komen houdt de economie zich in principe niet bezig. Zie Janger & Block-Lieb 2006, p. 1493.

⁶⁷³ Green 2002, p. 4.

⁶⁷⁴ Posner 2014, p. 3. Overigens kunnen de voorkeuren mede zijn gericht op het geluk van derden. Hoewel dan nog steeds wordt gehandeld uit eigenbelang, is een rationele actor dus niet per se egoïstisch.

⁶⁷⁵ Kanning & Kerkmeester 2008, p. 27 en Posner 2014, p. 6.

⁶⁷⁶ Veljanovski 2007, p. 20 en 21.

⁶⁷⁷ Zie in deze zin Posner 2014, p. 11.

⁶⁷⁸ Een rationele actor beschikt dus niet per definitie over volledige informatie. Zie Becker 1976, p. 6, Posner 2014, p. 4 en Mercurio & Medema 2006, p. 103.

actor op zoek gaat naar een extra eenheid informatie, zal hij een inschatting maken van de baten die deze zoektocht naar verwachting zal opleveren. Als de verwachte kosten hoger zijn dan die baten, wordt de zoektocht naar meer informatie door de actor gestaakt. Vanaf dat punt is het rationeel om bewust onwetend te blijven.⁶⁷⁹

Tot slot wordt aangenomen dat een actor rationeel zal reageren op veranderingen in de kosten en baten van de opties waaruit hij zal kunnen kiezen.⁶⁸⁰ Als een actor zijn behoeftes beter kan bevredigen door zijn gedrag aan te passen, dan zal diegene dat dus ook doen. Er wordt immers gestreefd naar maximalisatie van zijn eigen nut of winst. Dit betekent dat het gedrag van rationele actoren door middel van (prijs)prikkels kan worden gestuurd. Het recht kan bijvoorbeeld worden gezien als een prikkelmechanisme.⁶⁸¹ Door sancties te koppelen aan ongewenste handelingen, verhoogt de regelgever de verwachte kosten daarvan voor de potentiële overtreder. Een rationele actor kan daarom besluiten om zijn gedrag aan te passen.⁶⁸²

7.2.2.2 Transacties tussen rationele partijen

Als twee rationele partijen een transactie met elkaar willen aangaan, kan het handelen uit eigenbelang ten koste gaan van de andere partij. In dat geval wordt ook wel gesproken van opportunistisch gedrag.⁶⁸³ Dat laatste kan zich voordoen als de ene partij over meer informatie beschikt dan de ander. Er is dan sprake van een informatieasymmetrie.⁶⁸⁴ Denk bijvoorbeeld aan informatie over de kwaliteit van een product. De niet-wetende partij kan in dat geval de prijs van dat product minder goed op waarde schatten dan de wel-wetende partij. Als tussen deze partijen vervolgens ook sprake is van uiteenlopende belangen is er ruimte voor opportunistisch gedrag. In dat geval kan de ene partij de ander misleiden met de bedoeling daar zelf op vooruit te gaan. In het vervolg worden twee leerstukken beschreven die op het voorgaande voortborduren, te weten (i) averechtse selectie en (ii) het principaal-agentprobleem.⁶⁸⁵

(i) *Averechtse selectie*

Het samenspel van informatieasymmetrie en uiteenlopende belangen kan er uiteindelijk voor zorgen dat er geen transacties (meer) worden aangegaan. Dit laatste is door Akerlof aan de hand van de tweedehandsauto-markt beschreven.⁶⁸⁶ Hij start met de aanname dat de verkoper van een auto meer weet over de kwaliteit daarvan dan de potentiële koper. De verkoper heeft de auto immers al een langere tijd in bezit en is

⁶⁷⁹ Posner 2014, p. 4. Dit wordt ook wel *rational ignorance* genoemd.

⁶⁸⁰ Mercuro & Medema 2006, p. 104.

⁶⁸¹ Ibid.

⁶⁸² Dit is overigens mede afhankelijk van de verwachte baten van de verboden handeling en de pak-kans. Zie Posner 2014, p. 5 voor een algemenere uitleg over de effecten van prijsverhogingen.

⁶⁸³ Van een vaste definitie lijkt overigens geen sprake. Treffend is het volgende citaat uit Mercuro & Medema 2006, p. 269: ‘opportunistic behavior, which Williamson (..) defines as “self-interest seeking with guile” – in essence taking advantage, perhaps due to having a temporary monopoly or superior information.’

⁶⁸⁴ Kanning & Kerkmeester 2008, p. 159.

⁶⁸⁵ Beide leerstukken komen later in dit hoofdstuk terug.

⁶⁸⁶ Akerlof 1970.

gaandeweg meer over de kwaliteit daarvan te weten gekomen. De koper ziet echter alleen de prijs van de auto en weet niet in hoeverre deze overeenstemt met de kwaliteit daarvan. Aangezien de koper de kwaliteit van de betreffende auto niet goed kan inschatten, is hij bereid de gemiddelde prijs voor een auto te betalen. Dit laatste gegeven maakt het voor de verkoper echter minder aantrekkelijk om auto's met een beter dan gemiddelde kwaliteit te verkopen. Het is in deze omstandigheden immers meer winstgevend om tegen een gemiddelde prijs een auto van minder dan de gemiddelde kwaliteit te verkopen. Deze prikkel om kwalitatief slechtere auto's te verkopen heeft tot gevolg dat de gemiddelde kwaliteit van verkochte auto's daalt. Aangezien de koper zijn prijsbereidheid juist daarop afstemt, zorgt een daling van de gemiddelde kwaliteit ervoor dat de koper voortaan een nog lagere prijs voor een auto zal willen betalen. In dit scenario zullen uiteindelijk de goede auto's niet meer worden aangeboden en blijven enkel de slechte auto's over. Na verloop van tijd is het zelfs mogelijk dat er helemaal geen transacties meer plaatsvinden.⁶⁸⁷

De oplossingen van dit probleem zijn terug te voeren op de genoemde bestanddelen van opportunistisch gedrag.⁶⁸⁸ Zo kan door middel van certificering door derden *informatie* omtrent de kwaliteit inzichtelijk worden gemaakt. Daarnaast kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een (garantie)afpraak waaruit volgt dat de auto na contractsluiting, indien nodig, naar de beloofde kwaliteit wordt gebracht. Aangezien de verkoper in dit geval kosten moet maken als de auto van onvoldoende kwaliteit is, lopen de *belangen* van partijen, meer dan voorheen, met elkaar in pas. In dat laatste verband kan voorts worden gewezen op de verkoper die waarde hecht aan een goede reputatie. Omdat een koper doorgaans geen zaken wil doen met iemand die hem eerder een slechte auto heeft verkocht, kan een verkoper er zelf ook belang bij hebben om goede auto's te verkopen.

(ii) *Principaal-agentprobleem*

Het samenspel van informatieasymmetrie en uiteenlopende belangen is voorts gekoppeld aan het principaal-agentprobleem.⁶⁸⁹ Dit probleem ziet specifiek op de relatie tussen de principaal en de agent waarbij eerstgenoemde de agent een bepaalde taak geeft en daarvoor bepaalde bevoegdheden krijgt gedelegeerd. Denk bijvoorbeeld aan de bezorger die waardevolle goederen van de juwelier bij een klant moet bezorgen. Opportunistisch gedrag van de agent ligt voor de hand als de belangen van partijen uit elkaar lopen en de principaal niet goed kan controleren of de agent in diens belang handelt. Er wordt dan aangenomen dat de agent bij het maken van keuzes zijn eigenbelang voorop zal stellen. Zo kan de bezorger, als agent, bijvoorbeeld besluiten de juwelen te verkopen en de opbrengst voor zichzelf te houden. De juwelier is dan, als principaal, het slachtoffer geworden van het opportunistische gedrag van de agent.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Averechtse selectie kan zich, zoals later zal blijken, ook voordoen op de kredietmarkt.

⁶⁸⁸ Akerlof 1970 en Kanning & Kerkmeester 2008, p. 162.

⁶⁸⁹ Jensen & Meckling 1976 en Mercurio & Medema 2006, p. 264.

⁶⁹⁰ In de literatuur is dit probleem onder meer gelinkt aan de relatie werkgever/werknemer, zorgverlener/patiënt, advocaat/cliënt en aandeelhouder/management. Zie Eisenhardt 1989.

Net als bij averechtse selectie, liggen de oplossingen van dit probleem besloten in de bestanddelen van opportunistisch gedrag.⁶⁹¹ Zo kan de principaal kosten maken om de handelingen van de agent inzichtelijk en controleerbaar te maken. Bovendien kunnen er afspraken worden gemaakt om te waarborgen dat de agent in het belang van de principaal handelt. In dat laatste geval zal de agent de principaal bijvoorbeeld moeten compenseren als deze afspraken worden geschonden. Denk bijvoorbeeld aan een borgsom die de bezorger op voorhand moet betalen aan de juwelier. Voorts kunnen in dit verband beloningsafspraken worden gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van resultaatafhankelijke bonussen, om de belangen meer parallel te laten lopen. Overigens moet worden bedacht dat de principaal het belangenconflict niet volledig zal oplossen.⁶⁹² Zo wegen bijvoorbeeld de kosten die de principaal moet maken om de agent te controleren niet altijd op tegen de baten daarvan. Bovendien kan worden gevraagd in hoeverre de belangen van de principaal en de agent überhaupt op een lijn kunnen worden gebracht.

7.2.3 De gedragsmatig stuurbare consument

7.2.3.1 De keuzes van een gedragsmatig stuurbare consument

In de *behavioural economics* is aandacht voor het individu dat tegen de grenzen van zijn cognitieve capaciteiten aanloopt.⁶⁹³ Dit individu is niet altijd in staat om complexe informatie te verzamelen, doorgronden en foutloos te vertalen naar hetgeen zijn rationele tegenhanger zou zien als een verantwoorde beslissing.⁶⁹⁴ Zo blijken mensen in werkelijkheid gebruik te maken van vuistregels.⁶⁹⁵ Deze vuistregels, ook wel *heuristieken*, helpen iemand om in een ingewikkelde setting een snelle beslissing te nemen. Zo heeft bijvoorbeeld de *availability heuristic* betrekking op de consument die snel handelt op basis van een herinnering die op dat moment in hem opkomt.⁶⁹⁶ Een vuistregel kan de consument echter leiden naar een beslissing die afwijkt van een rationele beslissing. In dat geval wordt gesproken van een *bias*. Zo gaat bijvoorbeeld de *availability bias* over de consument die de kans op een bepaalde gebeurtenis overschat omdat hij zich een soortgelijke gebeurtenis nog levendig kan herinneren.⁶⁹⁷

In dit hoofdstuk is met name de *optimism bias* van belang.⁶⁹⁸ Deze bias gaat over de consument die te optimistisch naar zichzelf en naar de toekomst kijkt. Hij kan bijvoor-

⁶⁹¹ Kanning & Kerkmeester 2008, p. 302 en 303.

⁶⁹² Zie in deze zin Jensen & Meckling 1976 en Kanning & Kerkmeester 2008, p. 303.

⁶⁹³ Deze stroming leunt onder meer op de resultaten van experimenten die symbool staan voor de werkelijkheid.

⁶⁹⁴ Bij elke stap kan het fout gaan. Zie bijvoorbeeld Loerwald & Stemmann 2016, p. 31 e.v. en Mathis & Steffen 2015, p. 31 e.v. Deze stroming is dan ook kritisch op het rationele mensbeeld van de neoklassieke stroming. Zie Janger & Block-Lieb 2006, p. 1528 t/m 1531 en Mathis & Steffen 2015, p. 36. Overigens richt de kritiek zich niet op het rationele proces zelf, maar op de veronderstelling dat mensen daarnaar (kunnen) handelen.

⁶⁹⁵ Tversky & Kahneman 1974.

⁶⁹⁶ Een *heuristic* gaat puur over de snelkoppeling die de consument in zijn gedachte maakt om een beslissing te nemen. Zie ook Braspenning 2017, p. 147.

⁶⁹⁷ Zie over deze bias bijvoorbeeld Mathis & Steffen 2015, p. 38.

⁶⁹⁸ Zie voor verschillende biases en heuristieken bijvoorbeeld Fiedler & von Sydow 2015, Prast 2003, Mathis & Steffen 2015. Er is overigens ook kritiek op dergelijke verklaringen. Zo worden de biases en

beeld de kans overschatten dat hij later meer geld gaat verdienen en de kans onderschatten dat hij werkloos raakt. Deze consument kan daarom vragen om een krediet dat, rationeel gezien, te groot is. Voorts komen in dit hoofdstuk verschillende effecten aan bod die mede kunnen verklaren waarom de consument niet altijd een rationele kredietbeslissing neemt. Een voorbeeld daarvan is het *endowment effect*.⁶⁹⁹ Dit effect gaat over de consument die te veel waarde hecht aan hetgeen hij in bezit heeft. Hij zal daarom een krediet kunnen nemen om een bepaald goed te kunnen behouden, terwijl zijn rationele tegenhanger zal besluiten dit goed te verkopen. Een ander voorbeeld betreft het effect van *hyperbolic discounting* dat gaat over de consument die de korte termijn gevolgen van een keuze overwaardeert en de lange termijn gevolgen daarvan onderwaardeert.⁷⁰⁰ Deze consument kan bijvoorbeeld een krediet nemen waarvan hij snel profiteert en waarbij hij pas later wordt geconfronteerd met de (te) hoge terugbetalplichten.

7.2.3.2 Transacties met een gedragsmatig stuurbare consument

Een gedragsmatig stuurbare consument is kwetsbaar in die zin dat hij kan worden ‘gestuurd’ naar een beslissing die niet strookt met zijn belang. Dit komt omdat consumenten op een systematische en voorspelbare manier van het rationele pad kunnen afwijken.⁷⁰¹ Hoewel een rationele actor zijn gedrag pas zal aanpassen als hij op rationele gronden verwacht daarvan *beter* te worden, kan een gedragsmatig stuurbare consument een bepaalde richting worden opgestuurd zonder zich te realiseren dat hij uiteindelijk *slechter* af zal zijn. In dat laatste verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het concept van *framing*.⁷⁰² Dit concept gaat over de manier waarop informatie wordt gepresenteerd. Gebleken is dat consumenten daardoor onbewust meer of minder risico’s kunnen nemen dan rationeel gerechtvaardigd is. Voortbordurend op het effect van *loss aversion* kan het bijvoorbeeld uitmaken of iets wordt aangeduid als een verlies of winst.⁷⁰³ Ook kan worden gewezen op het effect van *anchoring*.⁷⁰⁴ Dit effect ziet op de consument die te veel waarde hecht aan bepaalde informatie en die deze informatie vervolgens gebruikt als een startpunt bij het maken van een keuze. Zo is bijvoorbeeld geschreven over de situatie waarin er meer ‘standaard’ producten werden verkocht vanaf het moment dat er ook een ‘luke’ en dus duurdere variant werd aangeboden. Vanaf dat moment leek het ‘standaard’ product opeens heel goedkoop.⁷⁰⁵

7.3 De kredietwaardigheidstoets en de rationele partijen

7.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt nagegaan hoe de rationele kredietpartijen hun eigen kredietwaardigheidstoets uitvoeren. Eerst staat de rationele consument (paragraaf 7.3.2) en

heuristieken bijvoorbeeld als te vaag gezien om te fungeren als een valide uitleg. Zie Fiedler & von Sydow 2015, p. 150.

⁶⁹⁹ Capuano & Ramsay 2011, p. 148 en Braspenning 2017, p. 151 t/m 153.

⁷⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Kilborn 2005, p. 21.

⁷⁰¹ Kilborn 2005, p. 17 en Janger & Block-Lieb 2006, p. 1531 e.v.

⁷⁰² Beales III 2015, p. 354 en Janger & Block-Lieb 2006, p. 1532 en 1533.

⁷⁰³ Braspenning 2017, p. 149 t/m 151.

⁷⁰⁴ Goodwin e.a. 2014, p. 149.

⁷⁰⁵ Ibid. Daarin wordt een voorbeeld besproken over de verkoop van keukens.

daarna de rationele kredietgever (paragraaf 7.3.3) centraal. Tot slot wordt ingegaan op de situatie waarin de kredietgever wordt ingehuurd om namens de consument een kredietwaardigheidstoets uit te voeren (paragraaf 7.3.4).

7.3.2 De kredietwaardigheidstoets van de consument

7.3.2.1 Inleiding

De rationele consument voert een kredietwaardigheidstoets uit om te voorkomen dat hij later terugbetaalloffers moet maken, of wordt geconfronteerd met andersoortige gevolgen, die hij niet in verhouding vindt staat tot de baten van het krediet. De consument kan uiteindelijk een kredietaanvraag indienen met de verwachting dat hij wel, deels of niet zal terugbetalen. Hierna wordt uitgelegd hoe deze consument een kredietbeslissing neemt.

7.3.2.2 Streven naar de gewenste terugbetaalsituatie

De rationele consument streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie. Dat betekent dat hij zoekt naar de beste kredietbeslissing die hij op dat moment zal kunnen nemen.⁷⁰⁶ Pas als hij verwacht met het gevraagde krediet beter af te zijn dan zonder dat krediet, dient de consument de kredietaanvraag in.⁷⁰⁷ Een consument kan om verschillende redenen een dergelijke aanvraag indienen.⁷⁰⁸ Daarbij spelen zijn voorkeuren een belangrijke rol.⁷⁰⁹ Zo zal bijvoorbeeld een consument met een voorkeur voor een stabiel inkomen- en uitgavenpatroon krediet willen opnemen om nu alvast een deel van zijn latere en hogere inkomen te besteden.⁷¹⁰ Aangenomen dat hij pas hoeft terug te betalen als hij dat hogere inkomen daadwerkelijk ontvangt, blijft zijn besteedbaar inkomen redelijk stabiel. Immers, in de eerste periode wordt zijn lagere inkomen aangevuld met krediet, terwijl hij in de tweede periode zijn hogere inkomen deels zal moeten aanwenden voor de terugbetaling van dat krediet. De consument kan echter ook krediet opnemen met de bedoeling om daarvan pas later te profiteren.⁷¹¹ Denk bijvoorbeeld aan de consument die, als visser, het krediet wil gebruiken om een visnet te kopen. Aangenomen dat hij direct na de aanschaf daarvan begint met terugbetalen, zal hij vooral na afloop van de terugbetaalperiode kunnen profiteren van de extra opbrengsten die daaruit voortvloeien.⁷¹²

7.3.2.3 Een consumentgerichte benadering

De consument voert een kredietwaardigheidstoets uit om te voorkomen dat hij later terugbetaalloffers moet maken, of wordt geconfronteerd met andersoortige gevolgen,

⁷⁰⁶ Dit vloeit voort uit het streven van de rationele consument naar nutmaximalisatie.

⁷⁰⁷ Gonzalez 2008, p. 40.

⁷⁰⁸ Zie Durkin e.a. 2014, p. 91 e.v., Gonzalez 2008, p. 40 en het rapport iff/ZEW 2010, p. 144 t/m 146.

⁷⁰⁹ De economie houdt zich overigens niet echt bezig met de vraag welke voorkeuren een consument precies heeft. Zo heeft Becker opgemerkt dat de voorkeuren van een individu 'are defined over fundamental aspects of life, such as health, prestige, sensual pleasure, benevolence, or envy.' Zie Becker 1976, p. 5.

⁷¹⁰ Dit is overeenkomstig *the permanent income hypothesis* van Friedman. Zie in deze lijn het rapport iff/ZEW 2010, p. 144 t/m 146.

⁷¹¹ Durkin e.a. 2014, p. 91 e.v.

⁷¹² Dit voorbeeld volgt uit Durkin e.a. 2014, p. 92 e.v.

die hij niet in verhouding vindt staan tot de baten van het krediet. De consument kan uiteindelijk drie soorten van kredietaanvragen indienen. Via zijn kredietaanvraag laat de consument zien welke nadelige gevolgen van de kredietverlening hij bereid is te accepteren. De eerste kredietaanvraag gaat uit van het scenario *wel-betalen* en wordt ingediend door iemand die bereid is het verlies van zijn periodieke betaalcapaciteit te accepteren totdat de gehele kredietvordering is voldaan. Deze consument verwacht dus het krediet, inclusief rente, op tijd en volledig terug te betalen. De tweede kredietaanvraag gaat uit van het scenario *niet-betalen* en wordt ingediend door iemand die na de kredietverstrekking niet zal voldoen aan de terugbetaalplichten en die derhalve bereid is de nadelige gevolgen van niet-betalen te dragen.⁷¹³ Deze gevolgen kunnen bestaan uit het verlies van de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit en het verlies van nieuwe kredietmogelijkheden. Deze consument gaat er dus van uit dat hij het opgenomen krediet niet volledig terugbetaald. De derde kredietaanvraag gaat, tot slot, uit van het scenario *deels-betalen* en wordt ingediend door iemand die bereid is te voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten totdat zich een specifiek scenario voordoet. Deze consument weet dus dat er een reële mogelijkheid is dat hij op een zeker moment niet (meer) terugbetaald.

7.3.2.4 De kredietbeslissing

De rationele consument brengt zijn huidige en verwachte betaalcapaciteit in beeld. Hij kijkt naar zijn inkomen en onderzoekt wat daarvan overblijft als hij bijvoorbeeld met pensioen gaat. Voorts heeft deze consument oog voor zijn vaste uitgaven en de eventuele andere onderdelen van zijn betaalcapaciteit. Ook in dat verband brengt hij de eventuele gevolgen van een concreet voorzienbaar scenario in kaart. Vervolgens komt de consument tot een oordeel over de kredietwaardigheid. Normaal gesproken acht de consument zichzelf kredietwaardig als hij verwacht te beschikken over voldoende betaalcapaciteit om tijdig en volledig te kunnen terugbetalen. Hij is dan bijvoorbeeld bereid om bepaalde bezuinigingen door te voeren of andere onderdelen van zijn betaalcapaciteit aan te spreken voor de terugbetaling van het krediet. Het is echter ook denkbaar dat de consument zichzelf als kredietwaardig ziet ook al verwacht hij te beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit. Deze consument zal niet volledig terugbetalen omdat hij niet *kan* terugbetalen of omdat hij niet *wil* terugbetalen en de kredietgever geen mogelijkheden heeft om de terugbetaling af te dwingen. Tegen deze achtergrond wordt hierna verder ingegaan op de kredietaanvraag (i) *wel-betalen*, (ii) *niet-betalen* en (iii) *deels-betalen*.

(i) De kredietaanvraag *wel-betalen*

De kredietaanvraag *wel-betalen* wordt ingediend door de consument die verwacht tijdig te voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. Voordat deze kredietaanvraag

⁷¹³ Het kan dus rationeel zijn om niet volledig terug te betalen. Zie Gonzalez 2008, p. 8 en 27 en Mercurio & Medema 2006, p. 138 e.v.

wordt ingediend, stelt de consument zichzelf drie vragen.⁷¹⁴ De antwoorden laten vervolgens zien hoe belangrijk de consument het vindt om het betreffende krediet te krijgen en welke terugbetaalloffers hij daarvoor hoelang zal kunnen en willen maken. Ten eerste is er aandacht voor de vraag welke terugbetaalloffers hij bereid is te maken voor het krediet. In dat verband wordt rekening gehouden met de opportuniteitskosten.⁷¹⁵ Met de voldoening van een *terugbetaaleuro* verliest de consument immers de mogelijkheid om diezelfde euro voor andere doeleinden te gebruiken. Hij zal daarom om een extra *kredieteuro* blijven vragen totdat de verwachte nadelige gevolgen daarvan het niet meer waard zijn. Als de consument bijvoorbeeld zijn huurwoning niet wil opgeven, zal hij geen extra kredieteuro meer vragen als dit later ten koste zal gaan van de huur. Ten tweede is er aandacht voor de vraag hoelang hij die periodieke terugbetaalloffers zal willen maken. In principe zal de consument de looptijd koppelen aan de periode waarin hij verwacht te profiteren van het krediet.⁷¹⁶ Zo zal hij in het algemeen niet langdurig willen betalen voor een krediet waarvan hij slechts een kortere tijd kan profiteren. Tot slot is er aandacht voor de vraag in hoeverre hij bereid is om tijdelijk een groter deel van zijn periodieke betaalcapaciteit op te geven voor het betreffende krediet. Deze vraag komt bijvoorbeeld naar voren als de consument een tijdelijke daling van zijn inkomen verwacht. In dat geval kan hij verschillende beslissingen nemen. Enerzijds kan hij de kredietaanvraag indienen en accepteren dat hij een zekere periode meer terugbetaalloffers moet maken. Anderzijds kan hij besluiten om een passende verzekering af te sluiten of om over te gaan tot een neerwaartse bijstelling van het gevraagde kredietbedrag.⁷¹⁷

(ii) De kredietaanvraag niet-betalen

De kredietaanvraag niet-betalen wordt ingediend door de consument die na de kredietverlening niet zal voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. Deze kredietaanvraag wordt ingediend als de verwachte baten van het krediet groter zijn dan de verwachte kosten van het scenario niet-betalen. Die laatste kosten bestaan uit het eventuele verlies van de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit en het verlies van toekomstige kredietmogelijkheden.⁷¹⁸ Ook de aanverwante kosten, zoals verhuiskosten, worden in de beoordeling meegenomen. Een kredietaanvraag niet-betalen gaat daarom al snel over grotere kredietbedragen. Dit geldt te meer nu de nadelige gevolgen van elke extra geleende euro vanaf een zeker punt nagenoeg nihil zijn. Vanaf dat punt heeft de consument niets meer te verliezen waardoor hij net zo goed een (nog) groter

⁷¹⁴ Deze vragen zijn afgeleid uit de bouwstenen van het begrip problematische terugbetaalsituatie. Zie paragraaf 2.2.4. Zie ook Janger & Block-Lieb 2006, p. 1535 waarin vier vragen aan bod komen die de consument zichzelf in dit verband zal stellen: Hoeveel schulden heb ik nu? Wat kost een nieuw krediet? Hoe groot is de kans dat mijn betaalcapaciteit gelijk blijft? Is mijn voorkeur voor huidige consumptie sterk genoeg? Zowel deze vragen als de vragen uit de hoofdtekst bouwen voort op dezelfde basis. Uiteindelijk gaat het erom dat de consument zich afvraagt hoe graag hij het krediet wil hebben en welke terugbetaalloffers hij daarvoor zal kunnen en willen maken.

⁷¹⁵ Zie hierover ook Hancock 1993.

⁷¹⁶ Overigens speelt ook de rente een rol. Zie Wonder e.a. 2008. Als er bijvoorbeeld geen rente wordt gevraagd, zal de consument kunnen kiezen voor het contract met de langste looptijd.

⁷¹⁷ Zie Hynes & Posner 2002 waarin wordt opgemerkt dat vooral risico-averse consumenten een verzekering zullen afsluiten.

⁷¹⁸ Zie Jaffee & Russell 1976, Gonzalez 2008, p. 8 en Posner 2014, p. 625.

krediet kan nemen. Zie in deze lijn het volgende voorbeeld over de consument die bijna failliet is en nog snel een krediet opneemt:

‘For example, a consumer who realizes that bankruptcy is inevitable may go on one last spending binge at the expense of lenders who do not learn of the consumer's precarious financial condition in time to adjust her credit limit. Once default becomes inevitable, this additional spending costs the consumer nothing because she will never have to repay the additional debt; once default becomes inevitable, additional loans amount to "free money" from the consumer's perspective.’⁷¹⁹

Overigens zal de consument ook rekening houden met de periode waarin de nadelige gevolgen van niet-betalen door hem zullen worden gevoeld. Hoe langer de kredietgever bijvoorbeeld beslag kan leggen op zijn inkomen, hoe groter het krediet moet zijn om dat verlies te kunnen dekken. Het nadeel van de grotere kredietaanvragen is echter dat ze sneller argwaan zullen opwekken bij de kredietgever die een kredietaanvraag niet-betalen niet zal willen accepteren.⁷²⁰ Het ligt daarom voor de hand dat een dergelijke aanvraag wordt ingediend door een consument met weinig betaalcapaciteit en met weinig zicht op verbetering van zijn financiële positie.

(iii) De kredietaanvraag deels-betalen

De kredietaanvraag deels-betalen wordt ingediend door de consument die verwacht te voldoen aan de terugbetalplichten totdat zich een specifiek scenario voordoet. Deze consument weet dus op voorhand dat hij in een bepaald doorgelicht⁷²¹ scenario niet langer zal terugbetalen. Het volgende voorbeeld laat zien dat de recente kredietcrisis mede kan zijn veroorzaakt door (rationele) consumenten die hebben besloten een kredietaanvraag deels-betalen in te dienen:

‘Suppose you buy house for \$200,000. You put no money down (you have no money), and the deal is that you won't have to pay interest for two years but beginning in the third year the interest rate will be a stiff 8 percent – which you won't be able to afford. If housing prices are expected to continue to rise at a rate of 10% a year (as they were doing until they peaked in May 2006), then in two years your house will be worth \$240,000, and you will be able to refinance it with a standard 30-year mortgage at an affordable interest rate. If housing prices don't rise, then in year three you'll abandon the house and go back to renting, and probably the only cost besides moving costs will be a reduction in your credit rating.’⁷²²

Hoewel dit voorbeeld gaat over de consument die mogelijk niet meer *kan* terugbetalen, is het ook denkbaar de consument een kredietaanvraag indient met de verwachting dat

⁷¹⁹ Hynes 2004, p. 132. Overigens lijkt dit voorbeeld te rusten op de aanname dat de consument op een zeker moment een volledige kwijtschelding gaat krijgen dan wel weet dat hij nooit meer zoveel geld gaat verdienen om het geleende geld terug te betalen.

⁷²⁰ In paragraaf 7.3.3.3 wordt nader ingegaan op de kredietwaardigheidstoets van de kredietgever.

⁷²¹ Pas als een specifiek scenario niet-betalen daadwerkelijk is doorgelicht is sprake van een kredietaanvraag deels-betalen. Zodoende wordt afstand genomen van onvoorziene omstandigheden die het, na de kredietverstrekking, rationeel kunnen maken om niet langer te betalen. Deze omstandigheden kunnen zich voordoen ongeacht het type kredietaanvraag dat aan de orde is. Ter overvloed wordt opgemerkt dat de rationele consument niet alle denkbare (negatieve) scenario's zal doorlichten. Zie paragraaf 7.2.2.1 en Lusardi 2008.

⁷²² Posner 2014, p. 625.

hij op een zeker moment niet meer *wil* terugbetalen. In dit verband kan worden gedacht aan de volgende situatie waarin het voor de consument aantrekkelijker is om een woning te huren:

‘For example, imagine the simplified case of a homeowner with an interest-only loan who owes \$250,000 on a home worth \$100,000. She is paying \$1,500 each month, but she could live in a similar place for about half of that cost. Even after a sharp hit to her credit, she saves money by defaulting on her original mortgage. For many borrowers, even taking into account the stress of defaulting and moving, the strategic, self-interested choice is default.’⁷²³

In dit voorbeeld wordt overigens aangenomen dat de kredietgever geen andere mogelijkheden heeft om, na de verkoop van de woning, de nog openstaande kredietverdring voldaan te krijgen. De consument krijgt daarom ‘slechts’ te maken met verhuiskosten en een negatieve bijstelling van zijn kredietreputatie. Voor zover deze consument echter ook zijn andere (afdwingbare) onderdelen van de betaalcapaciteit zal kunnen verliezen, ligt het meer voor de hand dat hij zal blijven voldoen aan de betreffende terugbetalplichten.

7.3.3 De kredietwaardigheidstoets van de kredietgever

7.3.3.1 Inleiding

De kredietgever wil vanzelfsprekend niet alle kredietaanvragen accepteren en voert daarom zijn eigen kredietwaardigheidstoets uit. De consument wordt vervolgens als kredietwaardig gezien als er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald. Hierna wordt verder uitgelegd hoe de kredietgever een kredietbeslissing neemt.

7.3.3.2 Streven naar de gewenste terugbetaalsituatie

De kredietgever streeft naar de gewenste terugbetaalsituatie.⁷²⁴ Dat betekent dat er wordt gezocht naar de beste kredietbeslissing die hij op dat moment zal kunnen nemen. Vanuit het perspectief van de kredietgever is een krediettransactie te zien als een investering. Hij geeft nu een geldbedrag aan de consument met de verwachting dat hij later een groter geldbedrag terugkrijgt. De consument moet over het geleende bedrag immers rente betalen. Bij het vaststellen van het rentepercentage houdt de kredietgever rekening met verschillende elementen.⁷²⁵ Zo is bijvoorbeeld een deel daarvan bedoeld als een compensatie voor het risico op niet-betalen, terwijl een ander deel fungeert als een vergoeding voor de kosten die gepaard gaan met de krediettransactie zelf. Voorts bevat de rente een element ter compensatie van het gegeven dat de waarde van geld over tijd afneemt. Een euro die nu wordt verkregen is daarom meer waard dan dezelfde euro die wordt verkregen op een later tijdstip. Zo kan de kredietgever bijvoorbeeld een euro nu investeren met de intentie om later een groter bedrag te ontvangen.⁷²⁶ Als de kredietgever diezelfde euro pas later zou hebben gekregen, zou hij die

⁷²³ Wilkinson-Ryan 2011, p. 1560.

⁷²⁴ Dit vloeit voort uit het streven van de kredietgever naar winstmaximalisatie.

⁷²⁵ Ik noem een aantal belangrijke elementen. Zie bijvoorbeeld Berlin 2009 en Durking & Elliehausen 2015, p. 317.

⁷²⁶ Zie ook Berlin 2009.

laatste opbrengsten hebben misgelopen.⁷²⁷ Ook dergelijke gemiste opbrengsten komen terug in het rentepercentage.

7.3.3.3 Een kredietgevergerichte benadering

De kredietgever voert een eigen kredietwaardigheidsstoets uit. Deze toets richt zich primair op de vraag *of* de consument kan terugbetalen.⁷²⁸ Deze vraag wordt ook wel geassocieerd met het kredietrisico. Dit risico ziet op de kans dat de kredietvordering niet (volledig) wordt voldaan en valt uiteen in een terugbetaal- en herstelrisico.⁷²⁹ Het terugbetaalrisico gaat over het scenario dat de consument niet voldoet aan de terugbetaalplichten. Het herstelrisico ziet op het scenario dat het terugbetaalrisico zich heeft verwezenlijkt en richt zich op de eventuele mogelijkheden om de openstaande vordering alsnog voldaan te krijgen. Het bestaan van het herstelrisico laat zien dat het voor de kredietgever verantwoord kan zijn om krediet te verstrekken aan iemand met een hoog terugbetaalrisico. Als diegene eenmaal een betaalachterstand heeft opgebouwd, kan de kredietgever een negatief rendement op zijn investering eventueel voorkomen door bijvoorbeeld het onderpand te verkopen. Overigens kan een hoog terugbetaalrisico mede worden gecompenseerd middels herfinancieringen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de consument, met een zeer beperkte betaalcapaciteit, €100 leent en dit bedrag, inclusief rente, niet volledig uit eigen middelen kan terugbetalen. Deze consument kan zich vervolgens genooddaakt zien om voor de aflossing van dit krediet een nieuw krediet te nemen. Na verloop van tijd heeft de consument die €100 terugbetaald, maar heeft hij (veel) meer rente betaald dan in eerste instantie is afgesproken. Zolang de consument een langere tijd 'iets' blijft terugbetalen, kan de krediettransactie dus alsnog met winst worden afgesloten:

'Even if the bank knows that its borrower is highly likely to bankrupt and that the loan will be written off in whole or in part, he does not care, because he makes back his investment in penalty interest and fees relatively quickly regardless of the remaining principal balance. As long as card issuers can optimize default rates and externalize losses to other parties, increased delinquency rates will be welcomed.'⁷³⁰

Hierna wordt aangenomen dat de kredietgever een kredietwaardigheidsstoets uitvoert om een onderscheid te maken tussen een goede en een slechte consument. Een *goede* consument staat gelijk aan een acceptabel kredietrisico en is daarom kredietwaardig. Een *slechte* consument staat symbool voor een onacceptabel kredietrisico en is daarom niet-kredietwaardig.⁷³¹ Hoewel de kredietgever niet elk kredietrisico zal accepteren, is het vanzelfsprekend ook niet zo dat hij geen enkel kredietrisico zal accepteren. Dat laatste strookt immers niet met het streven naar winstmaximalisatie.⁷³² Tegelijkertijd

⁷²⁷ Ibid. Volgens Berlin geldt daarbij de *risk-free-rate* als uitgangspunt. Dit is de rente die je had ontvangen over een risicoloze investering (Berlin verwijst naar the US Treasury Bond rate).

⁷²⁸ De kredietgever heeft overigens met meer risico's te maken dan het kredietrisico, zie bijvoorbeeld Mukminov 2015 p. 6 en 7.

⁷²⁹ Bandyopadhyay 2015, p. 3 en 4.

⁷³⁰ Atamer 2011, p. 181 en 182.

⁷³¹ De stempels 'goed' en 'slecht' zijn afgeleid uit de literatuur waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen een *bad* and *good debtor*. Zie bijvoorbeeld Hynes & Posner 2002, p. 174.

⁷³² Posner 2014, p. 624.

moet worden bedacht dat de kredietgever niet altijd akkoord gaat met *hetzelfde* kredietrisico. Het is daarom dus denkbaar dat dezelfde consument met hetzelfde kredietrisico op het ene moment meer krediet kan krijgen van dezelfde kredietgever dan op een ander moment. Zo is een hogere risicobereidheid van de kredietgever bijvoorbeeld in verband gebracht met een verhoogde mate van concurrentie, de mogelijkheid van de kredietgever om kredietvorderingen over te dragen aan derden en de verwachting dat de overheid noodlijdende instellingen financieel zal ondersteunen.⁷³³ In dezelfde zin kunnen kredietgevers meer risico's nemen in tijden van recessie en veel concurrentie:

“This behavior may take several forms, including a loosening of creditworthiness requirements and the possibility that loan sizes may increase beyond those suggested by the original lending technology. Lenders attempt to retain good borrowers by granting larger loans and competitors attempt to attract them by offering even larger loans or lending despite the existing debt level of applicants.”⁷³⁴

Ook de keuzes over de inrichting van de kredietportefeuille – waarin individuele kredieten zijn ondergebracht – kunnen verklaren waarom de kredietgever niet altijd hetzelfde kredietrisico accepteert. Ter illustratie kan worden gewezen op de kredietgever die is overgegaan tot diversificatie van zijn kredietportefeuille.⁷³⁵ Met diversificatie wordt getracht het concentratierisico binnen de portefeuille te beperken. Hoe groter het deel van de verstrekte kredieten dat is blootgesteld aan een specifieke factor, hoe groter het concentratierisico. Denk bijvoorbeeld aan de kredieten die zijn verstrekt aan consumenten die werkzaam zijn bij *dezelfde* werkgever. Een faillissement van laatstgenoemde zal een aanzienlijke impact kunnen hebben op de winstgevendheid van de kredietportefeuille. Om dit risico te beperken, kan de kredietgever er bijvoorbeeld voor kiezen om (meer) krediet te verstrekken aan consumenten die werkzaam zijn bij *andere* werkgevers. Een mogelijk gevolg hiervan is echter dat een kredietaanvraag kan worden afgewezen ook al is het kredietrisico van de consument, op zichzelf bezien, acceptabel. In dat geval is het plafond bereikt en heeft de vergelijkbare consument voor hem de laatst beschikbare plek ingenomen.⁷³⁶

Ter verduidelijking wordt erop gewezen dat de medewerkers van de kredietgever niet per definitie handelen in het belang van de kredietgever. De belangen tussen deze partijen lopen namelijk niet altijd parallel. Het is daarom mogelijk dat een medewerker iemand te snel als *goed* bestempelt en aldus te veel risico neemt. Dergelijk gedrag kan

⁷³³ Zie Gonzalez 2008, p. 33 e.v. en Bikker & Vervliet 2017, p. 7. Overigens ben ik me ervan bewust dat er discussies zijn over de precieze impact van dergelijke factoren op de risicobereidheid van kredietgevers. Ik wil enkel duidelijk maken dat dezelfde kredietgever niet altijd hetzelfde hoeft te reageren op hetzelfde kredietrisico.

⁷³⁴ Gonzalez 2008, p. 38.

⁷³⁵ Zie Bandyopadhyay 2016, p. 12. Zie in algemenere zin ook Posner p. 591 e.v.

⁷³⁶ Zie over diversificatie bijvoorbeeld Berger e.a. 2010. Er is overigens een tegenhanger van diversificatie, te weten specialisatie. In dat geval wordt enkel krediet verleend aan een bepaalde groep. Omdat de kredietgever in dit geval beschikt over specifieke kennis en ervaring, is hij beter in staat om het kredietrisico op waarde te schatten. Ook deze strategie heeft impact op individuele kredietbeslissingen. Denk aan de kredietaanvraag die wordt afgewezen omdat de betreffende consument zich buiten het expertisegebied van de kredietgever bevindt.

bijvoorbeeld voortvloeien uit het beloningsbeleid van de kredietgever – welke bijvoorbeeld is gekoppeld aan het aantal verstrekte kredieten – en de verwachting van de medewerker dat hij niet lang voor dezelfde kredietgever zal werken.⁷³⁷ In dit scenario profiteert de medewerker immers van het beloningsbeleid, maar is hij niet meer aanwezig als de risico's zich eventueel verwezenlijken. In het vervolg wordt echter aangenomen dat medewerkers in het belang van de kredietgever handelen.⁷³⁸

7.3.3.4 De kredietbeslissing

Anders dan de kredietgever, weet de kredietvragende consument in hoeverre hij kan en wil voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten.⁷³⁹ Deze informatieasymmetrie opent de deur naar opportunistisch gedrag van de consument. Laatstgenoemde kan immers vragen om een krediet, terwijl hij weet dat hij waarschijnlijk niet volledig zal terugbetalen. De kredietgever zal vanzelfsprekend geen krediet willen verstrekken aan deze consument. In de literatuur zijn twee methodes besproken die kunnen helpen een onderscheid te maken tussen de goede en slechte consumenten, te weten (i) een passieve en (ii) een actieve toetsing van de kredietwaardigheid. Nadat deze methodes hierna zijn besproken, wordt ingegaan op het scenario waarin de kredietgever ervoor kiest om (iii) geen kredietwaardigheidstoets te doen.

Ter overvloede wordt opgemerkt dat hierna wordt aangenomen dat de kredietgever een *goede* consument in beginsel zal accepteren. Mede omdat de kredietgever, over het algemeen, zijn bestaansrecht vindt in het verstrekken van krediet, ligt het minder voor de hand te veronderstellen dat er sprake zal zijn van een terughoudendheid in de kredietverstrekking als de consument een acceptabel kredietrisico met zich brengt.

(i) Een passieve toetsing

Om een inschatting te maken van de kredietwaardigheid, kan de kredietgever de consument laten kiezen tussen twee soorten van kredietovereenkomsten.⁷⁴⁰ Bij de eerste variant wordt het krediet tegen een hoge rente aangeboden en vraagt de kredietgever geen aanvullende zekerheden. Bij de tweede variant wordt het krediet aangeboden met een lage rente en eist de kredietgever wel aanvullende zekerheden. De gedachte hierachter is dat de kredietvragende consumenten zichzelf zullen selecteren. De *goede* consument weet immers dat de kans groot is dat hij tijdig terugbetaald en zal daarom een grotere bereidheid tonen de gevraagde garantie te geven in ruil voor een lagere rente. Een *slechte* consument zal echter geen zekerheden op het spel willen zetten aangezien de kans groot is dat deze daadwerkelijk worden uitgewonnen. Deze consument zal daarom kiezen voor de hoge rente. Overigens is deze methode niet waterdicht. Zo kan

⁷³⁷ Zie Posner 2009, p. 21 en 22, Dowd 2008, p. 4 en Berger & Udell 2002 die dit probleem koppelen aan het principaal-agentschapsprobleem. Zie daarom ook paragraaf 7.2.2.2.

⁷³⁸ Overigens zijn ook de medewerkers mensen die met soortgelijke gedragsmatige problemen worstelen als de consument. Een medewerker die nog nooit een kredietcrisis heeft meegemaakt is mogelijk minder-terughoudend dan een medewerker die een dergelijke crisis wel heeft meegemaakt.

⁷³⁹ Zie paragraaf 7.3.2.4.

⁷⁴⁰ Zie over deze vorm van toetsing Bester 1985, Besanko & Thakor 1987 en Hynes & Posner 2002, p. 174.

bijvoorbeeld de goede consument zichzelf in de verkeerde groep plaatsen omdat hij het kleine risico op uitwinning daarvan niet wil nemen.⁷⁴¹

(ii) *Een actieve toetsing*

De kredietgever kan voorts een actief onderzoek doen naar de kredietwaardigheid van de consument. In dat geval gaat de kredietgever op zoek naar informatie waaruit kan worden afgeleid of de betreffende consument goed of slecht is. Daarbij zal de kredietgever het kredietwaardigheidsoordeel laten steunen op een optimale hoeveelheid informatie. Dit betekent dat de kredietgever zal stoppen met het vergaren van (meer) informatie als hij denkt voldoende te weten. Zo is in de literatuur geschreven over kredietgevers – *lazy banks* – die de kredietwaardigheid hoofdzakelijk afstemden op de waarde van het beoogde onderpand (oftewel: het herstelrisico).⁷⁴² Als die waarde naar verwachting hoog genoeg blijft, beschikt de kredietgever immers over enige zekerheid dat de gehele kredietvordering zal worden voldaan. De kredietgever zal daarom niet altijd kosten willen maken om te onderzoeken in hoeverre de consument kan voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten (oftewel: het terugbetaalrisico). Overigens heeft het streven van de kredietgever om de uitvoeringskosten te beperken zich voorts vertaald in de opkomst van statistische *creditscoring* systemen die snel en goedkoop een betrouwbare inschatting kunnen maken van de terugbetaalkans.⁷⁴³ In dat geval wordt op basis van een aantal kenmerken van de betreffende consument een geautomatiseerde vergelijking gemaakt met het terugbetaalgedrag van vergelijkbare consumenten. Zo lijkt de kredietgever bijvoorbeeld een vrij betrouwbare inschatting te kunnen maken van de kredietwaardigheid op basis van de *digital footprint* van de consument.⁷⁴⁴ Zo kan het uitmaken met welk type apparaat de consument zich aanmeldt op de website van de kredietgever, van welk type besturingssysteem hij daarbij gebruik maakt en op welke manier de consument op die website terecht is gekomen. Omdat de kredietgever veel van deze gegevens al heeft op het moment dat de consument zich aanmeldt op de website, kan de kredietwaardigheid dus gemakkelijk worden ingeschat.

De bereidheid om nieuwe informatie te vergaren hangt mede af van de informatie waarover de kredietgever reeds beschikt. Als de nieuwe informatie naar verwachting te weinig zal toevoegen aan de bestaande informatie, zal de kredietgever in principe geen onderzoekskosten meer maken. Er zijn meerdere voorbeelden te bedenken van situaties waarin het voorgaande kan leiden tot een feitelijk onjuist kredietwaardigheidsoordeel.⁷⁴⁵ Ten eerste kan worden gedacht aan de consument die wordt afgewezen omdat de kredietgever in het verleden slechte ervaringen met hem heeft gehad. De kredietge-

⁷⁴¹ De lage opbrengst van het krediet rechtvaardigt dit extra risico niet. Zie ook Bester 1985. Ook gaat deze methode er (te gemakkelijk) van uit dat er voor de kredietgever geen mogelijkheden zijn om het vermogen van de consument te gelde te maken als de consument eenmaal heeft gekozen voor de optie met een hoge rente.

⁷⁴² Manove, Padilla & Pagano 2001.

⁷⁴³ Zie over *creditscoring* Durkin & Elliehausen 2014, p. 320 e.v. en Abdou & Pointon 2011.

⁷⁴⁴ Berg e.a. 2018.

⁷⁴⁵ Dit betreft overigens wel een rationeel risico.

ver acht de kans op verbetering van zijn kredietwaardigheid dan te klein om een onderzoek te doen naar zijn kredietwaardigheid. Ten tweede kan worden gedacht aan de consument die wordt afgewezen omdat de kredietgever de kredietwaardigheid van andere consumenten slecht inschat.⁷⁴⁶ Zo is in de literatuur bijvoorbeeld voorgebouwd op de veronderstelling dat de verhouding van kredietwaardige consumenten, ten opzicht van de niet-kredietwaardige consumenten, in economisch slechte tijden bijzonder klein is.⁷⁴⁷ Als de kredietgever een onderzoek doet naar de kredietwaardigheid van individuele consumenten, komt hij er in de meeste gevallen achter dat de consument inderdaad niet-kredietwaardig is. Omdat de kredietgever in dit scenario veel uitvoeringskosten maakt die hij waarschijnlijk niet volledig zal kunnen terugverdienen, zal hij alle kredietaanvragen direct kunnen afwijzen.⁷⁴⁸

(iii) *Geen toetsing*

Tot slot kan de kredietgever ervoor kiezen om geen kredietwaardigheidstoets uit te voeren en voor iedereen hetzelfde rentepercentage te hanteren. In dit scenario ligt echter averechtse selectie op de loer.⁷⁴⁹ Dit komt omdat de goede consumenten, vergeleken met de slechte consumenten, in mindere mate bereid zijn om een hogere rente te accepteren. Ten eerste zal de goede consument zich realiseren dat er minder van zijn inkomen overblijft als het krediet gepaard gaat met een hogere rente.⁷⁵⁰ Hij zal zich daarom afvragen of hij het krediet belangrijk genoeg vindt om deze (extra) terugbetaalloffers te maken. Een hoger rentepercentage zal mede daarom kunnen leiden tot een verminderde kredietvraag van goede consumenten. Ten tweede wil een slechte consument een bedrag lenen dat groter is dan hetgeen hij te verliezen heeft. Om die reden maakt het deze consument minder uit dat er een hogere rente wordt gevraagd. Hij betaalt een deel daarvan toch niet. Voor zover de kredietgever dus besluit een hoger rentepercentage te hanteren, zullen de goede consumenten besluiten om geen of minder krediet te vragen, terwijl de vraag van de slechte consumenten gericht blijft op grote(re) hoeveelheden krediet.

Omdat de rente een negatieve(re) invloed heeft op de vraag van goede consumenten, wijkt het kredietrisico van de kredietportefeuille – waarin alle individuele kredieten zitten – al snel af van het risico dat is verweven in de gefixeerde rente. Een groter deel

⁷⁴⁶ Overigens kunnen de economische omstandigheden zo slecht zijn dat de kredietgever zijn eigen kredietwaardigheidsoordeel over een individuele consument niet meer vertrouwt. Hij is dan bang iets over het hoofd te hebben gezien wat andere kredietgevers wel hebben gezien. Hij is bang om slachtoffer te worden van de *winners curse*. Zie hierover Mukminov 2015, p. 10 en Berlin 2009. De kredietgever zal dan kunnen besluiten om *meer* krediet te geven aan de *bekende* consumenten die al hebben bewezen dat ze betrouwbaar zijn. Zie Gonzalez 2008 p. 38.

⁷⁴⁷ Zie Ruckes 2004 en Berlin 2009. Overigens wil ik niet zeggen dat kredietgevers altijd zo zullen handelen. De bedoeling is om te laten zien dat kredietgevers niet altijd even precies handelen en (dus) een consument, al dan niet op rationele gronden, ten onrechte kunnen behandelen als een slechte of goede consument.

⁷⁴⁸ Immers, de kredietgever zal niet genoeg verdienen aan de eventuele krediettransacties met de zeer kleine groep kredietwaardige consumenten. Overigens kan het tegenovergestelde zich voordoen in economisch zeer goede tijden. De kredietaanvragen kunnen dan direct worden geaccepteerd.

⁷⁴⁹ Zie Durkin & Eliehausen 2014, p. 319 en 320, Hynes & Posner 2002, p. 175 en 176 en Steijvers, Voordeckers & Mercken 2004.

⁷⁵⁰ Voor het gemak ga ik ervan uit dat de consument alleen uit het inkomen kan en wil betalen.

van de verstrekte kredieten belandt immers bij slechte consumenten. De kredietgever zal ter afdekking van dit hogere risico de rente weer verhogen. Dit betekent echter dat de kredietvraag van goede consumenten nog verder zal afnemen en de winstgevendheid van de kredietportefeuille nog verder onder druk komt te staan. Om te voorkomen dat te veel goede consumenten afvallen, kan de kredietgever overgaan tot rantsoenering van krediet. De rente wordt in dat geval op een bepaald punt gefixeerd en de hoeveelheden te verstrekken krediet worden beperkt. Hierdoor zullen minder goede consumenten van de vraagzijde verdwijnen, terwijl het voor de slechte consumenten minder aantrekkelijk wordt om krediet te vragen. Laatgenoemden hebben immers grotere hoeveelheden krediet nodig om boven de verwachte kosten van niet-betalen uit te komen. Overigens moet worden bedacht dat kredietrantsoenering kan leiden tot een vraagoverschot op de markt.⁷⁵¹ Zo kunnen bijvoorbeeld kredietaanvragen van goede consumenten worden afgewezen ook al kan en wil de consument voldoen aan de (hogere) terugbetaalplichten.

7.3.4 De kredietwaardigheidstoets namens de consument

7.3.4.1 Inleiding

Hierna wordt ingegaan op de situatie waarin de kredietgever door de consument wordt ingehuurd om een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets uit te voeren. Hoewel de kredietgever een *ingediende* kredietaanvraag zal accepteren als de uitkomst van de kredietgevergerichte kredietwaardigheidstoets positief is, wordt de kredietgever in dit scenario door de consument ingehuurd om te beoordelen of het voor de consument verantwoord is om de betreffende kredietaanvraag *in te dienen*. Het is echter de vraag of de kredietgever deze opdracht op de, door de consument, beoogde wijze zal uitvoeren. Deze verhouding heeft namelijk kenmerken van een agentschapsrelatie.⁷⁵² De daarop gestoelde agentschapstheorie gaat er vervolgens van uit dat de betreffende partijen hun eigen belangen nastreven. Aangezien deze belangen niet altijd samenvallen, is de kans aanwezig dat niet volledig in het belang van de principaal (in dit geval: de consument) wordt gehandeld. Dit belangenconflict kan leiden tot opportunistisch gedrag van de agent (in dit geval: de kredietgever) indien de principaal niet precies kan verifiëren of er werkelijk in diens belang is gehandeld. Tegen deze achtergrond wordt hierna duidelijk dat de kredietgever een advies zal kunnen geven dat niet noodzakelijkerwijs in het beste belang van de consument is. Voorts wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de consument kan voorkomen dat hij een dergelijk advies opvolgt.

7.3.4.2 De kredietgever geeft mogelijk een kredietgevergericht advies

De kredietgever krijgt in dit scenario de opdracht om een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets uit te voeren. Hij moet beoordelen in hoeverre de consument zal worden geconfronteerd met terugbetaaloffers die de consument, op dat moment, niet in verhouding vindt staan tot de baten van het krediet. Het is echter niet eenvoudig om deze afweging te maken. De kredietgever zal bijvoorbeeld kunnen beginnen met een

⁷⁵¹ Zie Steijvers, Voordeckers & Mercken 2004 voor een overzicht van verschillende vormen van kredietrantsoenering.

⁷⁵² Zie hierover paragraaf 7.2.2.2.

onderzoek naar de keuzes die de consument eerder heeft gemaakt. Omdat de rationele consument wordt geacht op een consistente wijze te handelen naar een set stabiele voorkeuren, kan de kredietgever vervolgens bepalen in hoeverre diegene bereid is de nadelige gevolgen van de kredietverlening te dragen. Als de betreffende consument het bijvoorbeeld belangrijk vindt om in duurdere auto's te rijden – en dus ook altijd in duurdere auto's heeft gereden – kan de kredietgever de consument adviseren de aanvraag voor een groter (auto)krediet in te dienen. Hoewel de kredietgever zodoende kan komen tot het beste advies voor de consument, is het maar de vraag of de kredietgever dat advies ook altijd zal geven. Zo kan de kredietgever immers tot de conclusie komen dat de beoogde krediettransactie wel in zijn belang, maar niet in het belang van de consument zal zijn. Aangenomen dat de kredietgever zijn eigenbelang voorop zal stellen, zal hij deze consument kunnen adviseren richting een kredietbeslissing die niet in het beste belang is van de consument. Hij geeft dan geen consumentgericht, maar een kredietgevergericht advies.

Voorbeeld van een kredietgevergericht advies

Stel, de kredietgever komt tot de conclusie dat de consument in de *consumentgerichte benadering* als niet-kredietwaardig moet worden aangemerkt. Zo kan de kredietgever bijvoorbeeld beschikken over betrouwbare informatie waaruit volgt dat de kans op ontslag van de consument vrij groot is.⁷⁵³ Duidelijk is dat de consument met deze informatie de kredietaanvraag niet zou indienen. De verwachte baten van het krediet zullen naar zijn maatstaven dan niet opwegen tegen de verwachte kosten daarvan. De kredietgever kan echter zelf wel heil zien in de betreffende kredietaanvraag omdat er een goede kans is dat de consument volledig zal terugbetalen. Ten eerste is het mogelijk dat deze consument naar verwachting zal beschikken over voldoende afdwingbare betaalcapaciteit om de gehele kredietvordering te kunnen dekken. Ten tweede is het mogelijk dat deze consument naar verwachting (ook) in het voorzienbare scenario van werkloosheid blijft voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten.⁷⁵⁴ In beide gevallen is de consument in de *kredietgevergerichte benadering* kredietwaardig en kan hij door de kredietgever worden geadviseerd om de betreffende kredietaanvraag in te dienen.⁷⁵⁵

7.3.4.3 Kwaliteitscontrole door de consument

Om te voorkomen dat hij een kredietgevergericht advies volgt, zal de consument de handelingen van de kredietgever willen controleren. Zo kan worden afgesproken dat de kredietgever het advies zal motiveren zodat de consument kan nagaan in hoeverre dit advies steunt op de juiste gronden. Opgemerkt wordt echter dat dit probleem niet

⁷⁵³ Hij kan bijvoorbeeld een betere inschatting maken van de levensvatbaarheid van het bedrijf waar de consument werkt.

⁷⁵⁴ De consument hecht dan bijvoorbeeld te veel waarde aan zijn goede kredietreputatie en zal daarom zoeken naar manieren om te kunnen blijven terugbetalen, zoals het doorvoeren van extra bezuinigen of het vragen van geld aan familieleden.

⁷⁵⁵ Overigens is het ook mogelijk dat de kredietgever de consument ten onrechte adviseert de kredietaanvraag niet in te dienen. Vanuit een consumentgerichte benadering kan het immers verantwoord zijn om een kredietaanvraag niet-betalen in te dienen. Vanuit een kredietgevergerichte benadering is het in beginsel echter onverantwoord om deze te accepteren.

volledig is te voorkomen.⁷⁵⁶ Denk bijvoorbeeld aan een advies waarbij bepaalde informatie door de kredietgever is achtergehouden. Voor zover die informatie verder niet of nauwelijks toegankelijk is voor de consument, wordt het voor laatstgenoemde praktisch onmogelijk om het advies volledig op waarde te schatten.

7.4 Wat als de consument gedragsmatig stuurbaar is?

7.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de rationele consument ingeruild voor een gedragsmatig stuurbare consument. Laatstgenoemde consument is niet altijd in staat rationeel te handelen. In de literatuur is de mate waarin iemand rationeel kan handelen gekoppeld aan de term financiële geletterdheid.⁷⁵⁷ Deze term kan worden gezien als een maatstaf. Hoe hoger de financiële geletterdheid, hoe beter diegene in staat is een rationeel besluit te nemen. De mate van geletterdheid zegt niet alleen iets over de financiële kennis van de consument, maar ook over zijn capaciteiten om daarnaar te handelen.⁷⁵⁸ Een laag geletterde consument heeft bijvoorbeeld moeite om informatie over kredietproducten te begrijpen en zal mede daarom kunnen kiezen voor een te duur of anderszins ongunstig kredietproduct.⁷⁵⁹ Tegelijkertijd is het niet zo dat iemand met een hoge geletterdheid per definitie rationele beslissingen neemt. Hij kan bijvoorbeeld op een onbewaakt moment een impulsieve kredietbeslissing nemen die niet goed aansluit bij zijn financiële positie of voorkeuren.⁷⁶⁰ In het vervolg wordt nagegaan wat er precies kan veranderen als, in plaats van een rationele consument, een gedragsmatig stuurbare consument een kredietaanvraag indient. Eerst wordt stilgestaan bij de kredietwaardigheidstoets van de consument (paragraaf 7.4.2) en die van de kredietgever (paragraaf 7.4.3). Daarna wordt ingegaan op de situatie waarin de kredietgever door de consument wordt ingehuurd om namens de consument een kredietwaardigheidstoets te verrichten (paragraaf 7.4.4).

7.4.2 De kredietwaardigheidstoets van de consument

7.4.2.1 Inleiding

De gedragsmatig stuurbare consument kan om verschillende redenen een andere kredietbeslissing nemen dan zijn rationele evenknie. Zo kan hij bijvoorbeeld impulsief handelen en vragen om een krediet dat, rationeel gezien, te groot is. Daarnaast kan deze consument ten onrechte verwachten dat hij het krediet op een acceptabele manier kan terugbetalen mede omdat hij de kans op een inkomstenstijging overschat. In beide gevallen kan de consument zichzelf in een situatie van overkreditering brengen. In dit verband wordt gesproken van overkreditering als de, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag is geaccepteerd door de kredietgever en de consument het betreffende krediet reeds heeft opgenomen. Deze consument belandt naar verwachting

⁷⁵⁶ Zie ook Inderst 2008 waaruit volgt dat (ook rationele) consumenten niet altijd zijn opgewassen tegen de beter-geïnformeerde kredietgevers.

⁷⁵⁷ Zie over *financial literacy* De Jager 2018, p. 230 e.v. en Braspenning 2017, p. 142 e.v.

⁷⁵⁸ Braspenning 2017, p. 143.

⁷⁵⁹ Ibid, p. 144 en 145.

⁷⁶⁰ Kilborn 2005, p. 21 en 22 en Janger & Block-Lieb 2006, p. 1543 en 1544.

in een problematische terugbetaalsituatie waarin hij wordt geconfronteerd met terugbetaalloffers, of andersoortige gevolgen van het krediet, welke hij niet in verhouding vindt staan tot de baten van het krediet.⁷⁶¹ In het vervolg wordt uitgelegd hoe de gedragsmatig stuurbare consument een onverantwoorde kredietaanvraag kan indienen.

7.4.2.2 De consument schat zijn kredietwaardigheid niet altijd goed in

De gedragsmatig stuurbare consument is niet altijd in staat een rationele inschatting te maken van zijn kredietwaardigheid. In de literatuur is overkreditering in verband gebracht met meerdere factoren.⁷⁶² Om te beginnen is gewezen op de *optimism bias* welke gaat over de consument die te optimistisch denkt over zichzelf en de toekomst.⁷⁶³ Deze consument heeft de neiging om zijn financiële kennis en vaardigheden te overschatten. Bovendien is hij geneigd om de kans op negatieve veranderingen in zijn financiële positie te onderschatten en de kans op positieve veranderingen te overschatten.⁷⁶⁴ Een werkloze consument die te optimistisch denkt over zijn baankansen kan zichzelf bijvoorbeeld overkrediteren door een krediet te nemen ter overbrugging van de, door hem, verwachte korte ‘tussenperiode’.⁷⁶⁵ Overkreditering kan voorts in verband worden gebracht met het *endowment effect* dat aandacht heeft voor de consument die te veel waarde hecht aan iets wat hij in bezit heeft en met de *status quo bias* die betrekking heeft op de consument die de huidige situatie prefereert boven verandering.⁷⁶⁶ Beide factoren kunnen mede verklaren waarom een consument moeite kan hebben om zijn huidige leefstijl op te geven en zich niet snel genoeg aan veranderde omstandigheden. Tot slot is overkreditering geassocieerd met de term *hyperbolic discounting* die ziet op de consument die de korte termijn gevolgen van een keuze overwaardeert en de lange termijn gevolgen daarvan onderwaardeert.⁷⁶⁷ Hoewel het op zichzelf rationeel is om de toekomstige kosten vooraf te voorzien van een ‘korting’,⁷⁶⁸ kan de gedragsmatig stuurbare consument een te grote korting toepassen

⁷⁶¹ Het maakt hierbij overigens niet uit of de consument de kosten van het krediet ‘iets’ uit verhouding vindt staan tot de baten daarvan (= ongewenste terugbetaalsituatie) of dat hij de kosten in dit verband als ‘buitensporig’ zal bestempelen (= onaantvaardbare terugbetaalsituatie). Zie hierover paragraaf 2.2.3.

⁷⁶² Ik baseer me met name op: Kilborn 2005, Sunstein 2006, Block-Lieb & Janger 2006, Anderloni & Vandone 2010 en Capuano & Ramsay 2011.

⁷⁶³ In de literatuur wordt ook wel gesproken van *unrealistic optimism* of van *the overconfidence bias*. Zie Sunstein 2006, p. 252 en Kilborn 2005, p. 18. Al deze termen komen op hetzelfde neer.

⁷⁶⁴ Grohmann e.a. 2019, Shepperd e.a. 2015, Weinstein 1980, Anderloni & Vandone 2010, p. 15, Block-Lieb & Janger 2006, p. 1540 t/m 1544 en Kilborn 2005, p. 18 en 19. Overoptimisme is voorts in verband gebracht met de illusie van controle. Zie bijvoorbeeld Capuano & Ramsay 2011, p. 132 en 133.

⁷⁶⁵ Zie Bar-Gill 2004, p. 29 en 30 over de consument die zijn baankansen overschat. Opmerkelijk is dat een overoptimistische consument ook kan vragen om een, rationeel gezien, *te klein* krediet omdat hij de kans op bepaalde negatieve scenario’s onderschat. Hierdoor gaat de consument er te veel van uit dat hij zal blijven terugbetalen. Veronderstellende dat die laatste optie ‘duurder’ is dan de optie niet-betalen, maakt diegene vooraf dus een te hoge inschatting van de totale kosten van het krediet. Zie Hynes 2004, p. 147 t/m 151.

⁷⁶⁶ Capuano & Ramsay 2011, p. 148 en Braspenning 2017, p. 151 t/m 154. Braspenning laat zien dat sommige auteurs twijfelen aan het bestaan dan wel de oorzaak van het *endowment effect*.

⁷⁶⁷ Janger & Block-Lieb 2006, p. 1544 t/m 1546 en Bar-Gill 2004, p. 25 t/m 28, Kilborn 2005, p. 21. Dit wordt overigens ook wel in verband gebracht met de termen *myopia* en *self-control problems*. Zie bijvoorbeeld Sunstein 2006, p. 252.

⁷⁶⁸ Zie bijvoorbeeld Bar-Gill 2004, p. 25 en Wonder e.a. 2008, p. 245 en 246. Een euro die *later* wordt verkregen is immers, door bijvoorbeeld inflatie, niet zoveel waard als diezelfde euro *nu*.

waardoor hij te gemakkelijk denkt over de nadelige impact van de latere terugbetalplichten.⁷⁶⁹

Tegen de voorgaande achtergrond is het niet vreemd dat bepaalde kredietproducten een zekere aantrekkingskracht hebben op gedragsmatig stuurbare consumenten. Denk bijvoorbeeld aan een hypothecair krediet waarbij de consument de eerste periode een forse korting krijgt op de hypotheekrente.⁷⁷⁰ Dit product is aantrekkelijk(er) voor de consument die te veel kijkt naar de korte termijn voordelen van het krediet en daarbij geneigd is de impact van de latere terugbetalplichten te onderschatten. Ook kan in dit verband worden gedacht aan creditcard kredieten.⁷⁷¹ Ten eerste hoeft de consument bij deze kredieten geen rente te betalen als hij het geleende bedrag binnen een bepaalde tijd terugbetaald. Dit kenmerk spreekt met name de overoptimistische consument aan die ten onrechte verwacht het krediet binnen de rentevrije periode te kunnen terugbetalen.⁷⁷² Ten tweede stelt een creditcard krediet de consument in staat om snel en gemakkelijk aankopen te doen zonder direct te worden geconfronteerd met de kosten van het opgenomen krediet. Dit kenmerk kan worden gekoppeld aan de term *hyperbolic discounting* die betrekking heeft op de consument die te veel waarde hecht aan de korte termijn gevolgen van een keuze.⁷⁷³

‘a hyperbolic discounter will acquire a card in the present, because she believes that both future borrowing and repayment will be manageable. Similarly, on the date of purchase, she will discount the pain of paying off the debt. The immediate emotional gratification of acquiring goods consistently dominates the hyperbolic discounter's mind. Compounding this shortsightedness is the use of a plastic card, which eliminates the pain of spending often associated with cash payments.’⁷⁷⁴

Hoewel in het laatste voorbeeld nog wordt aangenomen dat de consument *enige* aandacht heeft voor de kosten van het beoogde krediet, is het ook denkbaar dat de consument in een tunnelvisie zit en alleen kijkt naar de korte termijn baten van het krediet. Zie hierover het volgende voorbeeld over een consument die haar maandelijkse rekeningen niet meer kan betalen en (te snel) besluit een *payday loan* te nemen:

‘Neem het voorbeeld van Sandra. Die eerste rekening die ze niet kon betalen confronteerde haar met schaarste. Ze richtte zich toen uitsluitend op de vraag hoe ze die maand de eindjes aan elkaar moest knopen. Binnen die tunnel zag de flitslening er uitgesproken aantrekkelijk uit. De voordelen waren zichtbaar in de tunnel: de lening hielp haar de maand door te komen. De kosten van de lening – het terugbetalen en het leentarief – vielen allemaal buiten de tunnel. De lening leek een oplossing te bieden voor het probleem waarop ze gefixeerd was.’⁷⁷⁵

⁷⁶⁹ Zie Bar-Gill 2004, p. 25 e.v. voor een uitgebreide uitleg. Overigens is *hyperbolic discounting* ook geassocieerd met de consument die beschikt over een gebrekkige wilskracht. Zie Kilborn 2005, p. 21 en 22.

⁷⁷⁰ McCoy 2005, p. 731.

⁷⁷¹ Barboza 2018, Bar-Gill 2004, Freeman 2013 en Yang, Markoczy & Qi 2007.

⁷⁷² Omdat deze consument de kosten van het krediet onderschat, zal hij kunnen vragen om een groter krediet dan rationeel gerechtvaardigd is. Zie ook Yang, Markoczy & Qi 2007.

⁷⁷³ Bar-Gill 2004, p. 25 e.v., Kilborn 2005, p. 22 en Braspenning 2017, p. 149.

⁷⁷⁴ Freeman 2013, p. 176.

⁷⁷⁵ Mullainathan & Shafir 2013, p. 145.

Terzijde wordt opgemerkt dat het, vanaf een afstand, niet altijd is te zien in welke mate iemand rationeel handelt. Zo zou bijvoorbeeld de rationele tegenhanger van de consument uit het laatste voorbeeld dezelfde *payday loan* nemen als er geen betere opties zijn om zichzelf in leven te houden. Dit geldt ook voor de hiervoor genoemde hypotheek die door kredietgevers worden aangeboden met een tijdelijke korting op de rente. Enerzijds kan de gedragsmatig stuurbare consument dit krediet *onverantwoord* nemen omdat hij zich te veel heeft laten leiden door de lage beginrente en zich niet realiseert dat hij in de problemen komt als de rente op het afgesproken moment fors gaat stijgen. Anderzijds kan de rationele consument dit krediet *verantwoord* nemen omdat hij beter af is in de situatie met dat krediet dan zonder dat krediet. Denk bijvoorbeeld aan de consument met een beperkte draagkracht die langs deze weg de kans krijgt om een bepaalde periode te wonen in een huis dat eigenlijk te duur voor hem is. Anders dan de eerste consument, weet de laatste consument dat hij de woning waarschijnlijk zal moeten verlaten en dat hij vervolgens een langere tijd geen nieuw krediet zal kunnen krijgen.⁷⁷⁶

Tot slot zijn er in de literatuur nog andere factoren besproken die eventueel kunnen verklaren waarom een gedragsmatig stuurbare consument een kredietbeslissing neemt welke afwijkt van een rationele kredietbeslissing. Ik noem er vier. Ten eerste is er de *interest/repayment bias* welke betrekking heeft op de neiging van de consument om zijn keuze hoofdzakelijk te baseren op de omvang van de periodieke terugbetaalplichten.⁷⁷⁷ Omdat hij dus weinig zicht heeft op de totale kosten van het krediet, kan de consument kiezen voor een kredietproduct dat duurder is dan een ander product waarvoor hij had kunnen kiezen.⁷⁷⁸ Ten tweede is er de term *satisficing* die gaat over de neiging van de consument om te kiezen voor de eerste optie die volgens hem ‘goed genoeg’ is.⁷⁷⁹ Deze consument kan daarom kiezen voor een krediet dat duurder of anderszins ongunstiger is dan het krediet waarvoor hij – als hij was doorgegaan met het in kaart brengen van zijn kredietopties – anders zou hebben gekozen. Ten derde kan worden gewezen op het begrip *mental accounting* dat kan worden gebruikt voor de consument die in ‘hokjes’ denkt en een lening kan aangaan ook al heeft hij bijvoorbeeld voldoende geld op zijn spaarrekening staan.⁷⁸⁰ Tot slot is er de term *miswanting* die betrekking heeft op de consument die met het krediet een product wil aanschaffen dat

⁷⁷⁶ Zie hierover paragraaf 7.3.2.4 en het daarin opgenomen citaat van Posner dat is te vinden onder het kopje (iii) de kredietaanvraag deels-betalen.

⁷⁷⁷ Stango & Zinman 2011 en Janger & Block-Lieb 2006, p. 1539.

⁷⁷⁸ Zie Gathergood 2012. Zie ook Braspenning 2017, p. 144 e.v. waarin uitgebreid wordt ingegaan op de link tussen het leengedrag van consumenten en *financial literacy*.

⁷⁷⁹ Zie Janger & Block-Lieb 2006, p. 1529, Goodwin e.a. 2014, p. 152 en Van Dijk & Zeelenberg 2009, p. 29. Een mogelijke verklaring voor deze ‘vroegtijdige’ acceptatie is dat een verdergaande zoektocht te veel denkvermogen vergt.

⁷⁸⁰ Braspenning 2017, p. 149. Dat de consument moeite heeft met het houden van overzicht volgt ook uit *the cumulative cost neglect* welke ziet op de consument die geen groot bedrag ineens wil lenen, maar vervolgens wel overgaat tot het lenen van meerdere kleine bedragen achter elkaar. Zie Sunstein 2006, p. 251.

hem, rationeel gezien, niet in een betere situatie zal brengen.⁷⁸¹ Deze consument zal achteraf dus spijt krijgen van zijn aankoop.

Korte voorbeelden van onverantwoorde kredietaanvragen

In het vervolg worden verschillende voorbeelden gegeven van kredietaanvragen die onverantwoord zijn voor de consument. Hierbij wordt voorgebouwd op het beeld van de consument die te optimistisch over zichzelf en de toekomst denkt of die anderszins moeite heeft om een reële inschatting te maken van de kosten en baten van het krediet. Het eerste voorbeeld betreft de kredietaanvraag van de consument die een te hoog inkomen heeft opgegeven omdat hij niet bij machte is een reël onderscheid te maken tussen het bestendige en niet-bestendige deel daarvan. Deze consument zal uiteindelijk een groter deel van zijn inkomen moeten opofferen voor het krediet dan hij op voorhand heeft ingeschat. Het tweede voorbeeld gaat over de kredietaanvraag van de consument die ten onrechte verwacht zijn vermogen tijdig te kunnen omzetten in liquide middelen om te voldoen aan de betreffende terugbetalplichten. Na de kredietverstrekking zal deze consument daarom andere, mogelijk onacceptabele, onderdelen van zijn betaalcapaciteit moeten opofferen om uit een situatie van betaalachterstand te blijven. Het derde voorbeeld houdt verband met de kredietaanvraag van de consument die ten onrechte verwacht dat hij de beoogde terugbetaalloffers daadwerkelijk zal willen maken. Deze consument zal zich na de kredietverstrekking realiseren dat hij de baten van het krediet heeft overschat dan wel dat hij de nadelige gevolgen van de terugbetaalloffers heeft onderschat. Het laatste voorbeeld betreft de kredietaanvraag van de consument die een te optimistische inschatting heeft gemaakt van de omvang van zijn toekomstige betaalcapaciteit. Deze consument zal daarom geconfronteerd worden met een niet-voorzien daling van zijn betaalcapaciteit dan wel tot de conclusie komen dat een verwacht positief scenario zich niet heeft voorgedaan.

7.4.3 De kredietwaardigheidstoets van de kredietgever

7.4.3.1 Inleiding

Zoals beschreven in paragraaf 7.3.3, voert de kredietgever een kredietwaardigheidstoets uit die zich primair richt op de vraag of de consument kan terugbetalen. In een wereld waarin (ook) gedragsmatig stuurbare consumenten een kredietaanvraag indienen, zal de kredietgever echter een andere kredietwaardigheidstoets kunnen uitvoeren dan in een wereld waarin alleen rationele consumenten een kredietaanvraag indienen. Hierna wordt nader ingegaan op de veranderingen die de kredietgever in dit verband kan doorvoeren.

7.4.3.2 Aanpassen van de kredietwaardigheidstoets

Hiervoor is duidelijk geworden dat de gedragsmatig stuurbare consument een kredietaanvraag kan indienen welke onbedoeld zal leiden tot *zijn* variant van overkreditering. Deze consument zal waarschijnlijk in een problematische terugbetaalsituatie belanden waarin hij wordt geconfronteerd met terugbetaalloffers, of andersoortige gevolgen van

⁷⁸¹ Sunstein 2006, p. 253.

het krediet, die hij niet in verhouding vindt staan tot de baten van het krediet. Het is echter mogelijk dat dezelfde kredietaanvraag *ook* zal kunnen leiden tot problemen voor de kredietgever. Denk aan de overoptimistische consument die een kredietaanvraag indient zonder zich te realiseren dat er een grote kans is dat hij over onvoldoende betaalcapaciteit beschikt om volledig te kunnen terugbetalen. Er zal dan (ook) sprake zijn van een problematische terugbetaalsituatie voor de kredietgever. Net als in een wereld met alleen rationele consumenten, zal de kredietgever dus onderzoeken of de kredietvragende consument een goede of slechte is.⁷⁸² In paragraaf 7.3.3.4 is duidelijk geworden dat de kredietgever kan kiezen tussen twee kredietwaardigheidstoetsen. Ten eerste is er een passieve methode waarbij de kredietgever de consument laat kiezen tussen twee verschillende kredietovereenkomsten. De goede consument wordt geacht te kiezen voor een andere overeenkomst dan de slechte consument. Ten tweede is er een actieve methode waarbij de kredietgever een actief onderzoek doet naar de kredietwaardigheid van de consument. In een wereld met gedragsmatig stuurbare consumenten ligt de keus voor de passieve methode echter minder voor de hand dan in een wereld met alleen rationele consumenten. De reden hiervoor is dat, in een wereld met gedragsmatig stuurbare consumenten, meer *slechte* consumenten kunnen kiezen voor de kredietovereenkomst die is bedoeld voor de *goede* consumenten dan in een wereld met alleen rationele consumenten. Een gedragsmatig stuurbare consument kan immers, overigens zonder slechte intenties, ten onrechte denken dat hij het krediet tijdig en volledig zal terugbetalen. Omdat deze consument zich dus niet realiseert dat hij een *slechte* consument is, kan hij zichzelf plaatsen in de verkeerde groep met consumenten. Het ligt daarom voor de hand dat de kredietgever, in een wereld met gedragsmatig stuurbare consumenten, kiest voor een actiever onderzoek naar de kredietwaardigheid.

7.4.4 De kredietwaardigheidstoets namens de consument

7.4.4.1 Inleiding

Hierna wordt ingegaan op de situatie waarin de kredietgever door de consument wordt ingehuurd om een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets uit te voeren. Hoewel de kredietgever uit zichzelf een kredietgevergerichte kredietwaardigheidstoets uitvoert om te bepalen of een *ingediende* kredietaanvraag wordt geaccepteerd, wordt de kredietgever in dit scenario ingeschakeld om te beoordelen of het, voor de consument, verantwoord is om de kredietaanvraag *in te dienen*. Zoals beschreven in paragraaf 7.3.5, is het echter de vraag of de kredietgever deze opdracht altijd op de beoogde wijze zal uitvoeren. De kredietgever kan immers belang hebben bij een bepaalde uitkomst en kan daarom een advies geven dat niet in het beste belang is van de consument. Er zijn echter twee redenen waarom een gedragsmatig stuurbare consument in deze situatie meer kan worden benadeeld dan een rationele consument. Beide redenen worden hierna besproken.

⁷⁸² Daarbij zal de kredietgever rekening houden met de mogelijkheid dat er, vergeleken met een wereld met alleen rationele consumenten, meer slechte consumenten een kredietaanvraag indienen. Een gedragsmatig stuurbare consument kan namelijk, anders dan een rationele consument, een kredietaanvraag indienen die steunt op de gedachte dat hij *wil* terugbetalen, zonder zich te realiseren dat hij zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit om te *kunnen* terugbetalen. De rationele consument zal deze aanvraag niet indienen omdat hij de kosten van het scenario niet-betalen niet wil dragen.

7.4.4.2 De kredietgever kan de kredietwaardigheid minder goed inschatten

De kredietgever krijgt in dit scenario de opdracht om een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets uit te voeren. Hij moet beoordelen in hoeverre de consument zal worden geconfronteerd met terugbetaalloffers die de consument, op dat moment, niet in verhouding vindt staan tot de baten van het krediet. Het is echter niet eenvoudig om deze afweging te maken. Als het zou gaan om een rationele consument, zou de kredietgever kunnen kijken naar de eerdere keuzes van de consument. Deze zijn immers consistent en bouwen voort op stabiele voorkeuren. Als een rationele consument bijvoorbeeld altijd in duurdere auto's heeft gereden, kan de kredietgever de consument een positief advies geven over de aanvraag voor een groter (auto)krediet. Bij een gedragsmatig stuurbare consument kan echter niet altijd worden aangenomen dat hij consistent handelt en stabiele voorkeuren heeft.⁷⁸³ Hierdoor is het voor de kredietgever lastiger om een advies te geven dat in het beste belang is van de consument. De kredietgever zal immers minder waarde kunnen hechten aan de keuzes die de consument eerder heeft gemaakt. Bovendien kan de kredietgever niet te veel waarde hechten aan een eventuele verklaring van de consument waaruit volgt dat hij bereid is om bepaalde terugbetaalloffers te maken voor het beoogde krediet. Zoals beschreven in paragraaf 7.4.2.3, kan de consument bijvoorbeeld te optimistisch denken over de baten van het krediet en die verklaring te gemakkelijk geven.

Uit het voorgaande volgt dat het voor de kredietgever – ook al handelt hij in het belang van de consument – lastig is om te komen tot het beste advies voor de consument. Zoals beschreven in paragraaf 7.3.5, kan echter niet altijd worden aangenomen dat de kredietgever daadwerkelijk in het beste belang van de consument zal handelen. Zo kan de kredietgever bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat de beoogde kredietverstrekking wel in zijn belang, maar niet in het belang van de consument zal zijn. Aangenomen dat de kredietgever zijn eigenbelang vooropstelt, zal hij de consument vervolgens kunnen adviseren de, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag in te dienen. Hij geeft dan een kredietgevergericht advies.

7.4.4.3 De consument kan het advies minder goed op waarde schatten

Om te voorkomen dat hij een kredietgevergericht advies opvolgt, zal de consument de handelingen van de kredietgever willen controleren. Zo kan worden afgesproken dat de kredietgever het advies zal motiveren zodat de consument kan nagaan in hoeverre dit advies steunt op de juiste gronden. Vergeleken met zijn rationele tegenhanger, heeft de gedragsmatig stuurbare consument echter meer moeite om het advies van de kredietgever op waarde te schatten. Dit is niet alleen omdat de consument een tegenval-lend *consumentgericht* advies zal kunnen passeren omdat dit advies bijvoorbeeld niet past bij zijn eigen positievere kijk op het betreffende krediet.⁷⁸⁴ Ook kan de kredietgever een *kredietgevergericht* advies op een bepaalde manier presenteren zodat de consument de, voor hem, onverantwoorde kredietaanvraag toch zal kunnen indienen.

⁷⁸³ Van Dijk & Zeelenberg 2009, p. 36 t/m 38.

⁷⁸⁴ Domurath 2017, p. 115 en Anderloni & Vandone 2010, p. 15.

Daarbij kan worden gewezen op het concept van *framing* dat gaat over de neiging van consumenten om meer (of minder) risico's te nemen als informatie op een bepaalde manier wordt gepresenteerd.⁷⁸⁵ Zo kan de kredietgever bijvoorbeeld inspelen op het effect van *hyperbolic discounting* door meerdere malen de korte termijn baten van het krediet te benadrukken.

7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn globaal twee verhoudingen besproken. Enerzijds is ingegaan op de verhouding tussen de rationele consument en de rationele kredietgever. Anderzijds is de verhouding tussen de gedragsmatig stuurbare consument en de rationele kredietgever besproken. Duidelijk is geworden dat in een wereld met alleen gedragsmatig stuurbare consumenten de kans op en de omvang van overkreditering groter is dan in een wereld met alleen rationele consumenten. In een rationele wereld is de consument in staat een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag in te dienen en loopt de kredietgever vervolgens het risico op zijn variant van overkreditering. In een niet-rationele wereld is de gedragsmatig stuurbare consument niet altijd in staat een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag in te dienen en loopt vooral de consument, en dus niet de kredietgever, het risico op zijn variant van overkreditering. Van alle besproken partijen is de laatstgenoemde consument bovendien het minst bij machte om de overkreditering te voorkomen.

De rationele consument is in staat een, voor hem, verantwoorde kredietbeslissing te nemen. Zijn kredietaanvraag kan daarbij steunen op de verwachting dat hij wel-, deels- of niet-terugbetaald. Het kan dus rationeel zijn om een kredietaanvraag in te dienen, terwijl de betreffende consument weet dat hij waarschijnlijk niet volledig zal terugbetalen. Hoewel de kredietgever zulke aanvragen doorgaans niet zal willen accepteren, is deze aanvraag, vanuit een kosten-batenanalyse, verantwoord voor de consument. Anders dan de rationele consument, heeft de gedragsmatig stuurbare consument meer moeite om te komen tot een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag. Deze consument kan bijvoorbeeld te optimistisch denken over zijn verdien capaciteit of ten onrechte verwachten dat de kosten van het krediet zullen meevallen. Om die reden kan hij zichzelf overkrediteren.⁷⁸⁶ Er is dan een goede kans dat hij in een problematische terugbetaalsituatie belandt waarin hij te maken krijgt met terugbetaalloffers, of anderzortige gevolgen van het krediet, die hij niet in verhouding vindt staat tot de baten van het krediet.

De kredietgever zal op zijn beurt een kredietaanvraag van een *slechte* consument niet willen accepteren. Dit is de consument bij wie de kans, volgens de kredietgever, te groot is dat hij niet volledig zal terugbetalen. De kredietverlening zal dan resulteren in een verlies voor de kredietgever. Kortom, de kredietgever zal zichzelf willen beschermen

⁷⁸⁵ Beales III 2015, p. 354 e.v. en Braspenning 2017, p. 149 e.v.

⁷⁸⁶ Er is hier sprake van overkreditering als de kredietgever een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag heeft geaccepteerd en de consument het betreffende krediet heeft opgenomen. Er is dan een goede kans dat er een problematische terugbetaalsituatie ontstaat voor de consument.

tegen de overkreditering die ontstaat uit de kredietverlening aan slechte consumenten.⁷⁸⁷ In dit verband zijn er twee manieren om een onderscheid te maken tussen de goede en slechte consumenten. Enerzijds kan de kredietgever een actief onderzoek doen naar het kredietrisico van de consument. In dat geval wordt de kredietwaardigheid gekoppeld aan bijvoorbeeld de statistische terugbetaalkans of de waarde van een onderpand. Anderzijds kan de kredietgever gebruik maken van een passieve selectiemethode waarbij een kredietvragende consument moeten kiezen tussen verschillende contracten. De gedachte hierachter is dat de goede en slechte consumenten zullen kiezen voor andere contracten. In een niet-rationele wereld ligt het echter minder voor de hand dat de kredietgever kiest voor die passieve selectiemethode. Een gedragsmatig stuurbare consument kan immers ten onrechte denken dat hij volledig zal terugbetalen en kan dus kiezen voor het contract dat is bedoeld voor de goede consumenten.⁷⁸⁸

De kredietgever zal een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag accepteren. Er is dan een goede kans dat er volledig wordt terugbetaald. Omdat dezelfde kredietaanvraag verantwoord kan zijn voor de kredietgever en onverantwoord kan zijn voor de consument, loopt de gedragsmatig stuurbare consument het risico op zijn variant van overkreditering.⁷⁸⁹ De kredietgever zal een kredietaanvraag immers niet weigeren alleen omdat deze onverantwoord is voor de consument. Opmerkelijk is dat de consument mogelijk nog slechter af is als hij de kredietgever (ook) om advies vraagt over de voorgenomen transactie. In dit scenario wordt de kredietgever door de consument ingehuurd om, in het belang van de consument, een consumentgerichte kredietwaardigheidstoets uit te voeren. Hoewel de kredietgever dus wordt ingeschakeld om de consument te helpen naar de beste kredietbeslissing die laatstgenoemde kan nemen, is het mogelijk dat de kredietgever zijn eigen belang te sterk laat doorklinken in het advies. Er is immers geen sprake van een onafhankelijk advies. De kredietgever kan dus adviseren de kredietaanvraag in te dienen zelfs als dit niet in het beste belang is van de consument.⁷⁹⁰ Overigens loopt ook in deze situatie de gedragsmatig stuurbare consument het grootste risico op (zijn variant van) overkreditering. Deze consument heeft, vergeleken met zijn rationele evenknie, meer moeite om de kwaliteit van het advies op waarde te schatten en kan zelfs door de kredietgever worden geprikkeld om een, voor de consument, onverantwoord advies te volgen.

⁷⁸⁷ Er is hier sprake van overkreditering als de kredietgever een, *voor de kredietgever*, onverantwoorde kredietaanvraag heeft geaccepteerd en de consument het betreffende krediet heeft opgenomen. Er is dan een goede kans dat er een problematische terugbetaalsituatie ontstaat voor *de kredietgever*. Vergelijk de vorige voetnoot.

⁷⁸⁸ Voor zover de kredietgever besluit helemaal geen onderscheid te maken, loopt hij het risico steeds meer krediet te verlenen aan slechte consumenten. Dit zal de kredietgever uiteindelijk dwingen tot rantsoenering van krediet.

⁷⁸⁹ De rationele consument zal immers geen, voor hem, onverantwoorde kredietaanvraag indienen.

⁷⁹⁰ Immers, dezelfde kredietaanvraag kan verantwoord zijn voor de kredietgever en onverantwoord voor de consument.

8 Lessen uit de rechtseconomische analyse

8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden lessen getrokken uit een rechtseconomische analyse van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Ten eerste wordt nagegaan in hoeverre de gedragsmatig stuurbare consument in het recht wordt beschermd tegen overkreditering. Hierna wordt gesproken van overkreditering als een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag is geaccepteerd door de kredietgever en de consument het betreffende krediet heeft opgenomen. Deze consument zal naar verwachting in een problematische terugbetaalsituatie belanden waarin hij terugbetaalloffers moet maken die *hij* onacceptabel vindt.⁷⁹¹ Ten tweede wordt bezien in hoeverre de rationele consument in het recht wordt belemmerd in zijn toegang tot krediet. Deze consument is immers in staat een verantwoorde kredietbeslissing te nemen en wil daarom zo snel mogelijk en tegen zo weinig mogelijk kosten het gevraagde krediet krijgen. Hierna wordt stilgestaan bij de drie aspecten van de kredietwaardigheidstoets, te weten de benadering (paragraaf 8.2), de beoogde terugbetaalsituatie (paragraaf 8.3) en de drie stappen (paragraaf 8.4). Elke paragraaf begint met een overzicht van de wijze waarop het betreffende aspect is ingevuld in het Nederlandse recht. In de conclusie wordt een overzicht gegeven van de belangrijke bevindingen (paragraaf 8.5).

8.2 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht volgt een consumentgerichte benadering.⁷⁹² Zoals beschreven in paragraaf 2.4, is de consument in deze benadering kredietwaardig als hij wordt geacht op een, voor hem, acceptabele manier te kunnen terugbetalen. Meer concreet wordt gestreefd naar een situatie waarin de consument zich, na de beoogde kredietverstrekking, ten minste een leefstijl kan veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Feitelijk komt dit erop neer dat de consument voldoende inkomen moet overhouden voor de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven. De onvermijdbare uitgaven vallen uiteen in de minimale kosten van levensonderhoud en de eventuele financiële verplichtingen. De moeilijk-vermijdbare uitgaven betreffen de wat minder noodzakelijke uitgaven aan bijvoorbeeld recreatie en familiebezoeken.⁷⁹³ Vooral het feit dat de laatstgenoemde uitgaven worden beschermd laat zien dat er in het Nederlandse recht geen aansluiting is gezocht bij een kredietgevergerichte benadering van de kredietwaardigheidstoets. Omdat het in die laatste benadering primair gaat om de vraag *of* de consument kan terugbetalen, kunnen de moeilijk-vermijdbare uitgaven – aangenomen dat ze daadwerkelijk vermijdbaar zijn – wel een positieve rol spelen bij het vaststellen van de kredietwaardigheid.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

⁷⁹¹ De terugbetaalloffers die de consument *zelf* aanmerkt als onacceptabel kunnen afwijken van de terugbetaalloffers die *in het recht* worden bestempeld als onacceptabel.

⁷⁹² Paragraaf 4.2.3 en 4.3.3.

⁷⁹³ De ruimte die de consument moet hebben om dergelijke uitgaven te kunnen doen, is in het recht afhankelijk gesteld van het inkomen. Hoe hoger het inkomen, hoe hoger deze uitgaven zullen zijn.

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. In het bijzonder heeft deze bescherming betrekking op de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een kredietaanvraag die onverantwoord is voor de consument en verantwoord is voor de kredietgever. Enerzijds kan deze consument een, voor hem, onverantwoorde kredietaanvraag indienen waarmee hij zichzelf, onbedoeld, in een problematische terugbetaalsituatie zal brengen waarin hij onacceptabele terugbetaalloffers moet maken.⁷⁹⁴ Anderzijds kan de kredietgever deze kredietaanvraag accepteren als er een goede kans is dat de gehele kredietvordering wordt voldaan.⁷⁹⁵ Ter illustratie kan worden gewezen op de kredietgever die een hypothecair krediet verstrekt op basis van de woningwaarde. Deze kredietverstrekking is verantwoord voor de kredietgever als de waarde van de woning naar verwachting hoog genoeg blijft om de gehele kredietvordering te kunnen dekken, maar is onverantwoord voor de consument als hij zich bijvoorbeeld genoodzaakt zal zien langdurig te bezuinigen op de kosten van levensonderhoud teneinde te voorkomen dat de woning door de kredietgever wordt verkocht.⁷⁹⁶ In de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, ligt het voor de hand dat de kredietgever een dergelijke, voor alleen de consument, onverantwoorde kredietaanvraag zal accepteren.⁷⁹⁷

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. De kredietgever is immers verplicht om inspanningen te verrichten die hij anders, dus zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, niet zou hebben verricht. Van nature voert de kredietgever immers een kredietgevergerichte kredietwaardigheidstoets uit die zich richt op de vraag of de consument kan terugbetalen.⁷⁹⁸ In de situatie met de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, zal de kredietgever (ook) moeten onderzoeken of de consument op een, voor hem, acceptabele manier zal kunnen terugbetalen. Omdat de kredietgever, vergeleken met de situatie zonder het recht, dus een andere en uitgebreidere kredietwaardigheidstoets moet uitvoeren, zullen ook de uitvoeringskosten daarvan toenemen. Deze uitvoeringskosten zorgen er vervolgens voor dat de rationele consument wordt geconfronteerd met duurdere kredieten en langere wachttijden.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ Paragraaf 7.4.2.2.

⁷⁹⁵ Paragraaf 7.3.3.3.

⁷⁹⁶ Ter verduidelijking wordt opgemerkt dat in dit voorbeeld wordt aangenomen dat de consument de vereiste bezuinigingen op de kosten van levensonderhoud *zelf* zal aanmerken als onacceptabel.

⁷⁹⁷ Zie ook paragraaf 7.5.

⁷⁹⁸ Zie paragraaf 7.3.3.3 en 7.3.3.4 voor de kredietwaardigheidstoets(en) van de kredietgever zelf.

⁷⁹⁹ Overigens geldt dit ook voor de gedragsmatig stuurbare consument.

8.3 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht beoogt een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen.⁸⁰⁰ Zoals volgt uit paragraaf 2.4, is de kredietgever daarom niet verplicht om te controleren of de consument, met het indienen van de kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen die hij op dat moment had kunnen nemen. In plaats daarvan wordt onderzocht of het beoogde krediet zal vragen om terugbetaalloffers die worden geacht de consument te laten zakken door de nog aanvaardbare ondergrens. In het Nederlandse recht zakt de consument door deze ondergrens als hij onvoldoende ruimte heeft voor zijn onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven. In dit verband zijn er leennormen opgesteld die precies bepalen hoeveel inkomen de consument moet overhouden voor deze uitgaven. Dit bedrag is deels afgestemd op gemiddelde uitgavenpatronen en algemene ervaringen over het bestedingsgedrag van consumenten. Tegen de voorgaande achtergrond moet de kredietgever in het Nederlandse recht dus *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft hij vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opgeven voor het betreffende krediet. De kredietgever mag de consument dus als kredietwaardig zien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaalloffers liever niet willen maken.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming betreft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een kredietaanvraag die onverantwoord is voor de consument en verantwoord is voor de kredietgever.⁸⁰¹ Toch voorkomt de aanwezigheid van de kredietwaardigheidstoets in het recht niet alle gevallen van overkreditering. Bedacht moet worden dat er in het recht een *juridische* grens is getrokken. De consument moet zich, na de kredietverstrekking, immers een leefstijl kunnen veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. De consument kan echter een *eigen* grens hebben die afwijkt van die juridische grens. Denk bijvoorbeeld aan de consument die met het krediet een product wil aanschaffen, maar dat product niet belangrijk genoeg vindt om, na de aanschaf daarvan, zijn huidige leefstijl op te geven en terug te schakelen naar een leefstijl die in het recht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Een gedragsmatig stuurbare consument kan echter een verkeerde perceptie hebben van bijvoorbeeld de beoogde terugbetaalplichten en de kredietovereenkomst toch aangaan.⁸⁰² Met het opnemen van het krediet belandt deze consument dus in een situatie waarin *hij* zal kunnen spreken van overkreditering en waarin hij uiteindelijk terugbetaalloffers moet maken die *hij* onacceptabel vindt. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de kredietwaardigheidstoets in het

⁸⁰⁰ Paragraaf 4.2.4 en 4.3.4.

⁸⁰¹ Zie paragraaf 8.2 en de bijbehorende verwijzingen in de voetnoten.

⁸⁰² Paragraaf 7.4.2.2.

recht niet is opgeworpen om te garanderen dat de consument de, voor hem, beste kredietbeslissing neemt. In zekere zin wordt dus geaccepteerd dat de consument in een situatie kan belanden waarin alleen *hij* zal kunnen spreken van overkreditering.

Zelfs wanneer het recht een kredietwaardigheidstoets kent, kan er niet altijd van uit worden gegaan dat de kredietgever de gedragsmatig stuurbare consument voldoende zal beschermen tegen overkreditering. Het belang van de kredietgever loopt immers niet altijd parallel met dat van de consument.⁸⁰³ Zo kan een problematische terugbetaalsituatie voor de consument leiden tot een winstgevend resultaat voor de kredietgever. Ter illustratie kan worden gewezen op de kredietgever die een *payday loan* verstrekt aan een consument die dit krediet, inclusief rente, niet op tijd kan terugbetalen. Deze consument kan vervolgens in een negatieve spiraal belanden waarin hij steeds een nieuwe *payday loan* moet nemen om zijn oude te kunnen aflossen. Zodoende belandt de consument dus in een problematische terugbetaalsituatie waarin hij langdurig moet betalen voor een krediet waarvan hij nauwelijks heeft geprofiteerd. Omdat deze kredietpraktijken voor de kredietgever, door de oplopende rentekosten, zeer winstgevend kunnen zijn, kan de kredietgever op zoek gaan naar eventuele hiaten in het regelkader met de bedoeling om deze vervolgens in zijn voordeel te gebruiken.⁸⁰⁴ Denk bijvoorbeeld aan een regelkader waarin geen verificatieplichten zijn opgenomen. De kredietgever kan de consument vervolgens stimuleren een te hoog inkomen op te geven om zodoende de kans te vergroten dat de consument in de hiervoor beschreven spiraal van schulden belandt.⁸⁰⁵

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Ten eerste kan worden aangenomen dat deze consument een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag indient waardoor het niet nodig is dat de kredietgever onderzoekt of de consument een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag heeft ingediend.⁸⁰⁶ Omdat de kredietgever dat consumentgerichte onderzoek van nature niet zal uitvoeren – hij zal immers alleen willen onderzoeken of de consument kan terugbetalen – krijgt de consument te maken met langere wachttijden en duurdere kredieten dan in de situatie waarin het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft.⁸⁰⁷ Ten tweede loopt de rationele consument het risico dat hij in het recht wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig, terwijl hij zichzelf wel als kredietwaardig ziet. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is in het recht een *juridische* grens getrokken. De consument moet als niet-kredietwaardig worden gezien als hij

⁸⁰³ Paragraaf 7.3.5.2 en 7.4.4.3.

⁸⁰⁴ Dit volgt uit de aanname dat de kredietgever handelt uit eigenbelang. Zie paragraaf 7.2.2.2 en 7.3.5.2. Met een 'hiaat' wordt overigens bedoeld op de juridische onduidelijkheden en onvolledigheden die ervoor kunnen zorgen dat de consument (alsnog) in een (juridische) situatie van overkreditering belandt.

⁸⁰⁵ Zie AFM maart 2018 voor een voorbeeld van dergelijke kredietpraktijken.

⁸⁰⁶ Paragraaf 7.3.2.

⁸⁰⁷ In die situatie controleert de kredietgever immers niet automatisch of de aanvraag (ook) voor de betreffende consument verantwoord is. Zie paragraaf 8.2.

zich, na de beoogde kredietverstrekking, geen leefstijl zal kunnen veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. De consument kan echter een *eigen* grens hebben die afwijkt van deze juridische grens. Het is daarom mogelijk dat de consument, op rationele gronden, een groter deel van zijn inkomen wil opgeven voor het betreffende krediet dan in juridisch opzicht als nog acceptabel wordt gezien. Omdat die juridische grens vrij laag ligt, zal dit laatste scenario zich echter niet snel voordoen. Immers, als de consument onder de juridische grens belandt, houdt hij nog maar net genoeg inkomen over voor de minimale kosten van levensonderhoud. Het ligt daarom niet voor de hand dat veel consumenten zullen vragen om een kredietbedrag dat groter is dan het bedrag dat in het recht nog wordt gezien als verantwoord.

8.4 De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets

8.4.1 Inleiding

Zoals volgt uit paragraaf 2.4, bestaat de kredietwaardigheidstoets uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag. In het vervolg wordt per stap eerst een overzicht gegeven van de manier waarop deze is ingevuld in het Nederlandse publiekrecht. Daarbij wordt alleen ingegaan op het privaatrecht als er een relevant verschil is met het publiekrecht. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre het recht de gedragsmatig stuurbare consument beschermt tegen overkreditering en de rationele consument belemmert in zijn toegang tot krediet.⁸⁰⁸ Net als in de vorige paragrafen, wordt daarbij een vergelijking gemaakt met de hypothetische situatie waarin het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft.

8.4.2 Stap 1: onderzoek

8.4.2.1 De gegevens over de consument

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse publiekrecht vereist dat de kredietgever op de hoogte is van het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument.⁸⁰⁹ De kredietgever hoeft echter niet precies te weten hoeveel de consument uitgeeft. Zo worden de minimale kosten van levensonderhoud afgestemd op de uitgaven van een standaardhuishouden, terwijl de moeilijk-vermijdbare uitgaven en de bestaande financieringslasten worden vastgesteld door een bepaald percentage te nemen van het inkomen dan wel het totaal uitstaande kredietbedrag.⁸¹⁰ Om een goed beeld te krijgen van het vrij besteedbaar inkomen, moet de kredietgever onder meer overgaan tot het stellen van voldoende specifieke vragen aan de consument of tot het opvragen van bepaalde rekeningafschriften.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

⁸⁰⁸ Voor de duidelijkheid: Er is sprake van overkreditering als een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag is geaccepteerd door de kredietgever. Er is dan een goede kans dat de consument in een problematische terugbetaalsituatie zal belanden waarin hij terugbetaalloffers moet maken die *hij* onacceptabel vindt.

⁸⁰⁹ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2.

⁸¹⁰ Dit voorbeeld gaat overigens over consumptief krediet. Ook de hypothecaire leennormen kennen soortgelijke schattingen. Zie paragraaf 4.2.6.2.

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming betreft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de situatie waarin de kredietgever een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag accepteert omdat er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald.⁸¹¹ Een voorbeeld daarvan betreft de aanvraag van een krediet dat zal vragen om terugbetaaloffers die de consument onacceptabel acht, maar waarbij de kans desondanks groot is dat hij volledig zal terugbetalen. In de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft, zal de kredietgever deze kredietaanvraag accepteren. In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, moet de kredietgever deze aanvraag echter afwijzen voor zover de betreffende terugbetaaloffers in het recht worden aangemerkt als onacceptabel.

Het voorgaande laat zien dat de aanwezigheid van de kredietwaardigheidstoets in het recht niet alle gevallen van overkreditering voorkomt. De kredietgever is immers verplicht een onderzoek te doen naar de omvang van de vaste uitgaven die door het recht worden beschermd. De consument wordt vervolgens aangemerkt als niet-kredietwaardig als hij zal moeten bezuinigen op de uitgaven die in *juridisch* opzicht niet acceptabel zijn. Het is echter mogelijk dat de consument ook niet wil bezuinigen op de uitgaven die niet door het recht worden beschermd. De consument kan daarom in een problematische terugbetaalsituatie terechtkomen waarin hij bezuinigingen moet doorvoeren die alleen *hij* niet acceptabel acht. Overigens moet worden opgemerkt dat de juridische grens in het publiekrecht niet altijd even goed wordt bewaakt. Zo gaan de leennormen deels uit van schattingen over de vaste uitgaven van de consument. Deze schattingen kloppen vanzelfsprekend niet altijd. Zo is bij de invoering van de hypothecaire leennormen bijvoorbeeld gewezen op een kleine groep consumenten die een, volgens de leennormen, verantwoord krediet alleen zal kunnen terugbetalen door te bezuinigen op de kosten van levensonderhoud.⁸¹² Omdat het recht dergelijke uitgaven juist wil beschermen, zakken deze consumenten feitelijk gezien dus (ook) door de *juridische* grens. In mijn ogen kunnen deze consumenten eventueel nog worden beschermd door het privaatrecht. De civiele rechter houdt immers dezelfde minimumgrens⁸¹³ aan als in het publiekrecht, maar is niet gebonden aan de leennormen uit het publiekrecht.⁸¹⁴ Dit betekent dat de rechter zal kunnen afwijken van de daarin vervatte aannames over de vaste uitgaven van de consument.

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht

⁸¹¹ Zie paragraaf 8.2.

⁸¹² Paragraaf 4.2.4.

⁸¹³ Zo worden de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven immers ook in het privaatrecht beschermd.

⁸¹⁴ Paragraaf 4.3.2.3.

geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Ten eerste wordt deze consument gehinderd als hij, op rationele gronden, wil bezuinigen op de uitgaven die het recht tracht te beschermen.⁸¹⁵ Omdat deze consument in het recht wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig, zal de kredietgever zijn kredietaanvraag moeten afwijzen, terwijl de kredietgever deze aanvraag in principe wel zal willen accepteren.⁸¹⁶ Ten tweede wordt de rationele consument gehinderd omdat hij te maken krijgt met langere wachttijden en duurdere kredieten. In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, zal de kredietgever immers meer inspanningen moeten verrichten dan hij zal verrichten in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft.⁸¹⁷

In voorgaand verband kan in positieve zin worden gewezen op het Engelse recht waarin de kredietgever in bepaalde gevallen kan volstaan met minder vergaand onderzoek.⁸¹⁸ Dit geldt met name voor bepaalde zeer kleine consumptieve kredieten. De kredietgever kan in Engeland dan beginnen met het uitvoeren van een *CRA-check* om inzicht te krijgen in de centraal geregistreerde kredieten en betaalachterstanden van de consument.⁸¹⁹ Pas als hieruit een risicosignaal⁸²⁰ voortvloeit, zoals een geregistreerde betaalachterstand, moet de kredietgever een verder onderzoek doen naar het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Als uit de *CRA-check* echter geen risicosignaal voortvloeit, kan de kredietgever in beginsel aannemen dat de consument kredietwaardig is.⁸²¹ In het Nederlandse recht moet de kredietgever echter (ook) in dat laatste geval, naast het uitvoeren van een soortgelijke *CRA-check*, een verder onderzoek doen naar het inkomen en de uitgaven van de consument.

8.4.2.2 Verificatieplichten

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse publiekrecht bevat twee soorten van verificatieplichten.⁸²² Ten eerste geldt er een aantal standaard-verificatieplichten. Zo moet de kredietgever bij de kredietaanvragen vanaf €250 een BKR-toets uitvoeren om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over de lopende kredieten van de consument. Daarnaast moet de kredietgever het inkomen verifiëren bij de kredietaanvragen vanaf €1000.⁸²³ Ten tweede geldt er een aanvullende verificatieplicht als er in het concrete geval een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van de relevante

⁸¹⁵ Deze situatie zal zich overigens niet vaak voordoen. Zie paragraaf 8.3.

⁸¹⁶ Mits de consument wordt aangemerkt als een goede consument. Zie paragraaf 7.3.3.3. Overigens kan de kredietgever eventueel afwijken van de gedetailleerde leennormen uit het publiekrecht. Een dergelijke afwijking gaat echter gepaard met extra uitvoeringskosten voor de kredietgever. De kredietgever moet immers kunnen uitleggen waarom die afwijking verantwoord is.

⁸¹⁷ Zie ook paragraaf 8.2. In dit opzicht is het positief dat de vaste uitgaven van de consument in het Nederlandse recht deels worden geschat.

⁸¹⁸ Dit is voordeliger in termen van uitvoeringskosten. Zie paragraaf 6.4.2.1 voor een uitgebreidere vergelijking op dit punt.

⁸¹⁹ Paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2.

⁸²⁰ Er is sprake van een risicosignaal als er een concrete aanleiding is om te denken dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument.

⁸²¹ Tenzij hij bekend was of had moeten zijn met een ander risicosignaal.

⁸²² Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2.

⁸²³ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2. Over de juridische status van de verplichting om het inkomen te verifiëren is overigens enige duidelijkheid.

gegevens. Deze twijfel kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een tegenstrijdigheid tussen bepaalde gegevens.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Ten eerste kunnen de verificatieplichten voorkomen dat de consument in een situatie van overkreditering belandt omdat hij zijn kredietaanvraag heeft laten steunen op een te rooskleurig onderscheid tussen de bestendige en niet-bestendige onderdelen van zijn inkomen.⁸²⁴ In de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, zal de kredietgever deze kredietaanvraag desondanks accepteren als er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald.⁸²⁵ Het feit dat de consument te positief denkt over zijn inkomen, betekent immers niet automatisch dat hij het krediet niet kan terugbetalen. Ten tweede kunnen verificatieplichten het minder aantrekkelijk maken voor de kredietgever om de consument proberen te sturen richting een kredietaanvraag die steunt op onjuiste gegevens.⁸²⁶ Zo kan het voor kredietgevers winstgevend zijn om een krediet te verstrekken aan iemand met een (te) laag inkomen. Denk bijvoorbeeld aan de consument die een *payday loan* alleen kan terugbetalen door opnieuw een dergelijk krediet te nemen. Ook kan worden gedacht aan de consument die op een zeker moment zijn woning moet verkopen omdat hij – door bijvoorbeeld het aflopen van een tijdelijke rentekorting – niet meer kan voldoen aan de maandlasten van de hypotheek. Omdat een krediettransactie winstgevend kan zijn voor de kredietgever ondanks (of zelfs: omdat) de consument onvoldoende inkomen heeft om tijdig te kunnen terugbetalen, kan de kredietgever de consument dus stimuleren een te hoog inkomen op te geven.⁸²⁷ Dat zulke praktijken zich ook in Nederland kunnen voordoen, volgt uit het optreden van de AFM tegen de kredietgevers die hun online-aanvraagformulieren ‘alvast’ hadden voorzien van een specifiek inkomstenbedrag.⁸²⁸ Omdat een gedragsmatig stuurbare consument de neiging kan hebben om zulke standaarden te volgen, kan hij een te hoog inkomen laten staan en aldus een kredietaanvraag indienen die (alleen) voor hem onverantwoord is.

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Er kan immers worden aangenomen dat deze consument een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag indient waardoor het niet nodig is dat de kredietgever, in het belang van de consument, controleert of de

⁸²⁴ Paragraaf 7.4.2.2.

⁸²⁵ Zie ook paragraaf 8.2 en 7.3.3.3.

⁸²⁶ Paragraaf 7.2.3.2.

⁸²⁷ Zie ook paragraaf 8.3.

⁸²⁸ Zie AFM maart 2018.

kredietaanvraag steunt op de juiste gegevens over de consument.⁸²⁹ Omdat de kredietgever deze inspanningen anders, dus in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft, niet zou hebben verricht, krijgt de rationele consument te maken met langere wachttijden en duurdere kredieten.⁸³⁰

8.4.3 Stap 2: beoordeling

8.4.3.1 De onderdelen van de betaalcapaciteit

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse publiekrecht koppelt de kredietwaardigheid primair aan het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁸³¹ Eventueel mag de kredietgever ook rekening houden met het vermogen van de consument.⁸³² In dat laatste verband lijkt echter sprake van een verschil tussen het publiekrecht en privaatrecht. In het privaatrecht mag rekening worden gehouden met het vermogen mits de consument dit met voldoende zekerheid zal kunnen en willen opofferen voor het beoogde krediet.⁸³³ In het publiekrecht moet de kredietgever aannemelijk kunnen maken dat de kredietverstrekking in het specifieke geval verantwoord is voor de consument.⁸³⁴ Hoewel er nog onduidelijkheden zijn over de toepassing van deze voorwaarden, lijkt het erop dat er in het privaatrecht meer waarde mag worden gehecht aan een verklaring van de consument waaruit volgt dat hij bereid is het betreffende vermogen op te geven voor het beoogde krediet.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming betreft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een kredietaanvraag die onverantwoord is voor de consument en verantwoord is voor de kredietgever.⁸³⁵ In dit verband kan de consument twee, voor hem, onverantwoorde kredietaanvragen indienen.⁸³⁶ Ten eerste kan hij een kredietaanvraag indienen waarbij hij ten onrechte verwacht het betreffende vermogen *te willen* opgeven voor het krediet. In dit scenario zal de consument, na de kredietverstrekking, worden geconfronteerd met terugbetaalloffers die hij onacceptabel vindt. Ten tweede kan de consument een kredietaanvraag indienen waarbij hij ten onrechte verwacht het vermogen tijdig te kunnen omzetten in liquide middelen om *te kunnen* voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. In dit scenario zal de consument, na de kredietverstrekking, mogelijk alsnog onacceptabele terugbetaalloffers moeten maken om een betaalachterstand te voorkomen.

⁸²⁹ Paragraaf 7.3.2.

⁸³⁰ Ik ga er dus van uit dat de kredietgever in de situatie zonder het recht minder zou verifiëren. Het is vanzelfsprekend niet zo dat de kredietgever van nature nooit zou verifiëren.

⁸³¹ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁸³² Ibid.

⁸³³ Paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

⁸³⁴ Volgens de hypothecaire leennormen moet de kredietgever ook aannemelijk kunnen maken dat de aanleiding voor de afwijking van de reguliere leennormen een bestendige situatie is.

⁸³⁵ Zie paragraaf 8.2.

⁸³⁶ Paragraaf 7.4.2.2.

In de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft, zal de kredietgever beide kredietaanvragen echter accepteren voor zover er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald.⁸³⁷ Als bijvoorbeeld de gehele kredietvordering naar verwachting kan worden voldaan uit het afdwingbare vermogen van de consument, kan de kredietgever minder waarde hechten aan de verwachting dat de consument het betreffende vermogen niet zal willen opgeven dan wel moeite zal hebben om tijdig te voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten.

Hoewel de consument dus baat kan hebben bij de genoemde voorwaarde uit het publiekrecht, zorgt de onduidelijkheid over de invulling daarvan ervoor dat de consument alsnog in een situatie van overkreditering kan belanden.⁸³⁸ Het is immers denkbaar dat de kredietgever bijvoorbeeld *wel* uitlegt waarom het opofferen van het vermogen leidt tot acceptabele gevolgen voor de consument, maar vervolgens *niet* ingaat op de vraag of de consument dat vermogen ook tijdig zal kunnen aanspreken om een betaalachterstand te voorkomen. In het Engelse publiekrecht is dat gevaar minder groot. In Engeland moet de kredietgever namelijk, bij zijn uitleg waarom het verantwoord is om rekening te houden met het vermogen, specifiek ingaan op de reden dat het betreffende vermogen door de consument wordt aangehouden, de kans dat dit vermogen tijdig kan worden aangesproken voor de terugbetaling van het krediet en de ernst van de gevolgen die het opofferen daarvan naar verwachting zal hebben voor de consument.⁸³⁹

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Er kan immers worden aangenomen dat deze consument een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag indient waardoor het niet nodig is dat de kredietgever, in het belang van de consument, controleert of de consument het vermogen zal kunnen en willen opgeven voor het krediet. Omdat de kredietgever deze inspanningen anders, dus in de situatie waarin het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft, niet zou hebben verricht, krijgt de rationele consument te maken met langere wachttijden en duurdere kredieten. Deze consument is daarom meer gebaat bij de privaatrechtelijke voorwaarde die aansluiting lijkt te zoeken bij de wil van de consument.⁸⁴⁰ In dat kader kan de kredietgever mogelijk sneller handelen op basis van een positieve wilsverklaring van de consument.

8.4.3.2 De terugbetaalperiode

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse publiekrecht stelt indirecte grenzen aan de terugbetaalperiode.⁸⁴¹ Meer concreet wordt het maximale kredietbedrag bepaald door de omvang van de periodieke betaalcapaciteit te vermenigvuldigen met een bepaald getal. Dat getal kan worden vertaald naar de periode waarbinnen het krediet

⁸³⁷ Paragraaf 7.3.3.3.

⁸³⁸ Zie hierover ook paragraaf 8.3.

⁸³⁹ Paragraaf 5.2.5.5.

⁸⁴⁰ Paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

⁸⁴¹ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

moet kunnen zijn terugbetaald. Bij consumptieve kredieten wordt in beginsel uitgegaan van vijftig maanden, terwijl bij hypothecaire kredieten wordt gerekend met dertig jaar. Bedacht moet worden dat deze grenzen primair zijn gesteld om het totale kredietbedrag te begrenzen. De kredietpartijen beschikken daarom over de vrijheid om te komen tot een eigen looptijd mits het totale kredietbedrag binnen de daaraan gestelde grenzen blijft.⁸⁴² Het is dus niet zo dat de consument het krediet binnen de voormelde periodes *moet hebben* terugbetaald. Niettemin laten de leennormen op deze manier zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming betreft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag die ertoe leidt dat de consument een zeer lange tijd moet betalen voor een krediet waarvan hij een kortere tijd kan profiteren. De kredietgever zal deze kredietaanvraag immers willen accepteren voor zover er een goede kans is dat de consument volledig terugbetaald.⁸⁴³ Toch voorkomt de aanwezigheid van de kredietwaardigheidstoets in het recht niet alle gevallen van overkreditering voor de consument. Meer concreet kan de consument, als gevolg van die overkreditering, in twee problematische terugbetaalsituaties belanden.

Ten eerste kan de consument in een problematische terugbetaalsituatie belanden waarin hij *te lang* terugbetaalloffers moet maken. Hoewel de kredietwaardigheidstoets in het recht enige grenzen stelt aan de terugbetaalperiodes, kan de consument nog steeds de beschikking krijgen over een krediet waarbij de terugbetaalperiode wezenlijk afwijkt van de periode waarvan hij zal profiteren van het krediet. Denk bijvoorbeeld aan de consument die het krediet wil gebruiken om een product aan te schaffen met een levensduur van twintig maanden. In juridisch opzicht kan deze consument echter de beschikking krijgen over een krediet dat hij hooguit binnen vijftig maanden verantwoord kan terugbetalen. Dit betekent dat de consument in een problematische terugbetaalsituatie kan belanden waarin hij betaalt voor een krediet waarvan hij al een langere tijd niet meer profiteert.⁸⁴⁴ Overigens moet worden opgemerkt dat de AFM deze terugbetaalsituatie tracht te voorkomen via een informele oproep aan kredietgevers om actiever rekening te houden met het bestedingsdoel van het beoogde krediet.⁸⁴⁵ In

⁸⁴² Bij doorlopende kredietvormen moet overigens worden gewaarborgd dat het krediet een looptijd heeft die niet langer is dan 180 maanden. Zie art. 11 VFN gedragscode. Dit artikel beoogt een bijdrage te leveren aan het streven om te voorkomen dat consumenten *locked-up* raken. Zie ook paragraaf 4.2.2.2.

⁸⁴³ Paragraaf 7.3.3.3.

⁸⁴⁴ Ik ga er dus van uit dat de consument niet langdurig wil betalen voor een krediet waarvan hij een kortere tijd profiteert. Het is echter denkbaar dat de consument, gelet op de baten van het krediet, die langere terugbetaalperiode voor lief neemt.

⁸⁴⁵ Zie ook paragraaf 4.2.4.

diens verlengde worden kredietgevers zelfs opgeroepen om niet over te gaan tot verstrekking van een krediet dat, qua bijvoorbeeld looptijd, onvoldoende aansluit bij het betreffende bestedingsdoel.⁸⁴⁶

Ten tweede kan de consument in een problematische terugbetaalsituatie terecht komen waarin hij *te veel* van zijn periodieke betaalcapaciteit moet opgeven. Zo kan de consument de beschikking krijgen over een krediet dat steunt op een kredietaanvraag waarbij de werkelijk beoogde looptijd afwijkt van de looptijd waarop zijn kredietwaardigheid wordt gebaseerd. In juridisch opzicht is de consument namelijk kredietwaardig als een consumptief krediet binnen vijftig maanden *zou kunnen* terugbetalen.⁸⁴⁷ De kredietgever kan echter met de consument afspreken dat dit bedrag binnen een kortere tijd *moet zijn* terugbetaald. In dit scenario krijgt de consument te maken met te hoge maandlasten. Dit is niet alleen omdat de consument deze maandlasten zelf te hoog kan vinden, maar ook omdat deze lasten door de juridische grens zakken. Na de voldoening van een individuele terugbetaalplicht, houdt de consument in dit voorbeeld immers onvoldoende inkomen over voor de uitgaven die het recht juist wil beschermen. Overigens moet worden opgemerkt dat deze consument eventueel nog kan worden beschermd door het privaatrecht. De civiele rechter houdt in principe dezelfde minimumgrens⁸⁴⁸ aan als in het publiekrecht, maar is niet gebonden aan de leennormen uit het publiekrecht. De rechter kan daarom een consument als niet-kredietwaardig bestempelen alleen omdat de maandlasten van het betreffende krediet te hoog zijn.⁸⁴⁹

De twee besproken terugbetaalsituaties komen voort uit een kredietaanvraag waarin de consument een, vanuit zijn perspectief gezien, ‘te lange’ of ‘te korte’ looptijd voorstelt. Zonder een door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, zal de kredietgever een dergelijke kredietaanvraag accepteren mits er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald.⁸⁵⁰ Zolang het recht de acceptatie van deze kredietaanvragen niet verbiedt, kunnen de besproken problematische terugbetaalsituaties zich dus daadwerkelijk voordoen. Sterker, de kredietgever kan de consument zelfs proberen te sturen richting het indienen van een dergelijke kredietaanvraag. Een ‘te lange’ of ‘te korte’ looptijd is weliswaar ongunstig voor de consument, maar kan juist winstgevend(er) zijn voor de kredietgever. Denk bijvoorbeeld aan de consument die door de ‘te korte’ looptijd in een negatieve spiraal van schulden terechtkomt waarin hij een nieuw krediet moet (blijven) nemen om zijn oude krediet te kunnen aflossen. Een dergelijke spiraal kan, door de oplopende rentekosten, zeer winstgevend zijn voor de kredietgever.

(ii) De rationele consument

⁸⁴⁶ AFM 2018, p. 4.

⁸⁴⁷ Paragraaf 4.2.5.3.

⁸⁴⁸ Zo worden de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven immers ook in het privaatrecht beschermd.

⁸⁴⁹ Paragraaf 4.3.3 en 4.4.

⁸⁵⁰ Paragraaf 7.3.3.3.

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. De rationele consument zal, normaal gesproken, zijn terugbetaalperiode willen afstemmen op de periode waarbinnen hij verwacht te profiteren van het krediet.⁸⁵¹ Hij kan daarom vragen om een groot krediet omdat hij verwacht daarvan een lange tijd te profiteren. In de situatie met de kredietwaardigheidstoets in het recht, wordt deze kredietaanvraag echter afgewezen voor zover de kredietgever moet rekenen met een kortere looptijd en aldus uitkomt op een kleiner krediet.⁸⁵² In de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, zou de kredietgever deze kredietaanvraag echter hebben geaccepteerd mits er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald. Overigens wordt de rationele consument in het Engelse recht niet op de voormelde manier gehinderd. In Engeland zijn immers geen algemene grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes.⁸⁵³

8.4.3.3 De voorzienbare toekomst

In het Nederlandse publiekrecht wordt op verschillende manieren omgegaan met de voorzienbare toekomst. Ten eerste moet de kredietgever bij de consumptieve kredietaanvraag van een oudere consument mede rekening houden met het verwachte inkomen na pensionering.⁸⁵⁴ De consument is vervolgens niet-kredietwaardig als blijkt dat hij 'pas' na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit. Het is echter niet duidelijk in hoeverre de kredietgever rekening moet houden met eventuele andere voorzienbare tegenslagen. Ten tweede moet de kredietgever in het kader van hypothecaire kredietverlening verschillende buffers hanteren.⁸⁵⁵ Deze buffers komen erop neer dat de consument minder mag lenen dan gelet op zijn huidige betaalcapaciteit verantwoord is. Zodoende beschikt de consument, na de kredietverstrekking, over een zekere ruimte om eventuele tegenslagen te kunnen opvangen.⁸⁵⁶ Opmerkelijk is dat er verder geen verplichting lijkt te zijn om, buiten het gebruik van deze buffers, rekening te houden met een concreet voorzienbare verandering van de betaalcapaciteit. Anders dan bij consumptieve kredieten, mag de consument dus worden aangemerkt als kredietwaardig ook al is duidelijk dat hij (pas) na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit.⁸⁵⁷

⁸⁵¹ Paragraaf 7.3.2.4.

⁸⁵² Als wordt aangenomen dat de kredietgever kan afwijken van de leennormen en dus een groter krediet kan verstrekken, geldt dat hij zal moeten uitleggen waarom dat verantwoord is voor de consument. Dit laatste gaat echter gepaard met meer uitvoeringskosten voor de kredietgever. Zie ook paragraaf 8.2.

⁸⁵³ Paragraaf 5.2.5.5 en 5.2.6.4.

⁸⁵⁴ Paragraaf 4.2.5.3.

⁸⁵⁵ Paragraaf 4.2.6.3.

⁸⁵⁶ Overigens kan onder omstandigheden worden afgeweken van bepaalde buffers. Zie paragraaf 4.2.6.3.

⁸⁵⁷ De buffers kunnen vanzelfsprekend wel enige daling van het inkomen (na pensionering) opvangen.

In het Nederlandse publiekrecht kan de kredietgever eventueel ook rekening houden met positieve veranderingen van de betaalcapaciteit.⁸⁵⁸ De kredietgever moet dan aanmerkelijk kunnen maken dat die verandering daadwerkelijk gaat plaatsvinden. Het is echter niet duidelijk in hoeverre het toelaatbaar is dat de consument, in de periode *voordat* die verandering plaatsvindt, terugbetaalloffers mag maken die, strikt genomen, onacceptabel zijn. Immers, als de terugbetaalplichten zijn afgestemd op de latere en grotere betaalcapaciteit, kunnen ze mogelijk niet volledig worden voldaan uit de eerdere en kleinere betaalcapaciteit.

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming betreft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag waarbij de consument de nadelige gevolgen van een specifiek scenario heeft onderschat of zelfs helemaal over het hoofd heeft gezien.⁸⁵⁹ Vanuit het oogpunt van de kredietgever is het echter verantwoord om deze kredietaanvraag te accepteren zolang er een goede kans is dat er volledig wordt terugbetaald.⁸⁶⁰ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de consument beschikt over voldoende afdwingbaar vermogen om de gehele kredietvordering te kunnen voldoen. Omdat er een goede kans is dat de vordering volledig wordt voldaan, is het voor de kredietgever mogelijk minder belangrijk om te weten dat de consument tussentijds te maken kan krijgen met een daling van het inkomen.

Niettemin zorgen de juridische onduidelijkheden over de omgang met de voorzienbare toekomst voor een gevaar dat de consument alsnog in een situatie van overkreditering belandt. De leennormen uit het publiekrecht lijken een vrij beperkte aandacht te hebben voor concreet voorzienbare negatieve veranderingen. Bij consumptief krediet is immers alleen aandacht voor het inkomen na pensionering, terwijl de buffers in de hypothecaire leennormen niet in staat zijn om een grotere en structurele daling van het vrij besteedbaar inkomen op te vangen. Aangenomen dat de kredietgever verder geen rekening hoeft te houden met de voorzienbare toekomst, kan de consument in de problemen komen omdat hij op voorhand onvoldoende rekening heeft gehouden met een nadelig scenario dat niet of onvoldoende in de relevante leennormen is verdisconteerd. Tegen die achtergrond kan de consument eventueel beter worden beschermd door het privaatrecht. De civiele rechter is immers niet gebonden aan de leennormen uit het publiekrecht en kan rekening houden met een nadelig scenario als daarvoor in het concrete geval voldoende aanleiding is.⁸⁶¹

(ii) De rationele consument

⁸⁵⁸ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁸⁵⁹ Paragraaf 7.4.2.2.

⁸⁶⁰ Paragraaf 7.3.3.3.

⁸⁶¹ Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. De kredietgever doet mogelijk een uitgebreider onderzoek naar de voorzienbare toekomst dan hij zou doen in de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets.⁸⁶² De rationele consument kan zodoende, vergeleken met de situatie zonder de kredietwaardigheidstoets in het recht, te maken krijgen met langere wachttijden en duurdere kredieten.

Als wordt aangenomen dat de kredietgever in het recht rekening moet houden met de nadelige gevolgen van *alle* scenario's die, in het specifieke geval, concreet voorzienbaar zijn, wordt de rationele consument in een (nog) verdergaande mate belemmerd in zijn krediettoegang. Deze consument kan immers op verschillende manieren rekening houden met een concreet voorzienbare daling van de betaalcapaciteit.⁸⁶³ Zo kan hij bijvoorbeeld (i) besluiten om een passende verzekering af te sluiten, (ii) accepteren dat hij tijdelijk meer terugbetaalloffers moet maken, (iii) accepteren dat hij na die tegenslag gaat stoppen met terugbetalen, en (iv) besluiten over te gaan tot een neerwaartse bijstelling van het gevraagde kredietbedrag. Deze consument kan vervolgens worden belemmerd in zijn krediettoegang als de kredietgever een kredietaanvraag, juridisch gezien, alleen mag accepteren als de terugbetaalplichten ook in dat negatieve scenario betaalbaar blijven. De consument die heeft gekozen voor optie (i) of (iv) mag daarom worden bestempeld als kredietwaardig, terwijl de consument die heeft gekozen voor optie (ii) of (iii) in beginsel wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig. Omdat de laatste consument niet kan kiezen voor de meest gunstige optie, kan hij zelfs besluiten zijn kredietaanvraag in te trekken.

8.4.4 Stap 3: beslissing

8.4.4.1 De niet-kredietwaardige consument

In het Nederlandse publiekrecht is de kredietgever gehouden de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument af te wijzen.⁸⁶⁴ In het privaatrecht zijn er echter ook uitspraken te vinden waarin de rechter een waarschuwingsplicht heeft aangenomen.⁸⁶⁵

(i) De gedragsmatig stuurbare consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de gedragsmatig stuurbare consument beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze bescherming be-

⁸⁶² Omdat de kredietgever de kredietwaardigheid kan laten afhangen van de statistische terugbetaalkans en/of de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit, zal hij dus niet altijd kijken naar de mate waarin de individuele consument na pensionering kan voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. Zie paragraaf 7.3.3.3 en 7.3.3.4.

⁸⁶³ Paragraaf 7.3.2.4.

⁸⁶⁴ Paragraaf 4.2.5.4 en 4.2.6.4.

⁸⁶⁵ Paragraaf 4.3.5.4 en 4.3.6.4.

treft in het bijzonder de overkreditering die ontstaat uit de acceptatie van een kredietaanvraag die alleen onverantwoord is voor de consument.⁸⁶⁶ De kredietgever mag deze kredietaanvraag immers niet accepteren, terwijl hij dat anders, dus zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, wel zou hebben gedaan.⁸⁶⁷ Overigens moet worden bedacht dat de gedragsmatig stuurbare consument in mindere mate is gebaat bij een eventuele waarschuwingsplicht. Zo kan een waarschuwing bijvoorbeeld onvoldoende ‘binnenkomen’ bij de consument mede omdat die boodschap niet past bij zijn eigen positievere kijk op het krediet.⁸⁶⁸ Hij zal vervolgens kunnen besluiten om geen of onvoldoende voorzorgsmaatregelen te treffen.

(ii) De rationele consument

In de situatie dat het recht een kredietwaardigheidstoets voorschrijft, wordt de rationele consument meer belemmerd in zijn krediettoegang dan in de situatie dat het recht geen kredietwaardigheidstoets voorschrijft. Deze consument is immers in staat om een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag in te dienen, en wordt dus belemmerd in zijn krediettoegang als hij in juridisch opzicht als niet-kredietwaardig wordt gezien en de kredietgever zijn kredietaanvraag daarom moet afwijzen.⁸⁶⁹ Overigens moet worden bedacht dat deze situatie zich niet snel zal voordoen. De consument is immers niet-kredietwaardig als hij onder de juridische grens dreigt te zakken. Omdat deze grens vrij laag ligt, ligt het minder voor de hand dat (veel) consumenten vragen om een groter krediet dan de leennormen toelaten.⁸⁷⁰ In dat geval zal de consument immers nog maar net voldoende inkomen overhouden om te kunnen voorzien in de minimale kosten van levensonderhoud.

8.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de gedragsmatig stuurbare consument wordt beschermd tegen overkreditering en de rationele consument wordt belemmerd in zijn toegang tot krediet.⁸⁷¹ Er is een vergelijking gemaakt met de denkbeeldige situatie zonder de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Duidelijk is geworden dat de gedragsmatig stuurbare consument, in de situatie met de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, nog steeds in een situatie van overkreditering kan belanden. Tegelijkertijd is gebleken dat de rationele consument vooral op een indirecte manier wordt belemmerd in zijn krediettoegang. Omdat de kredietgever, vergeleken met de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, een andere en uitgebreidere kredietwaardigheidstoets moet uitvoeren, worden (ook) de rationele consumenten geconfronteerd met langere wachttijden en duurdere kredieten. In een enkel geval wordt de rationele consument ook in een directe zin belemmerd in zijn krediettoegang. De consument wordt dan in juridisch opzicht gezien

⁸⁶⁶ Zie paragraaf 8.2.

⁸⁶⁷ Paragraaf 7.3.3.3.

⁸⁶⁸ Paragraaf 7.4.4.3.

⁸⁶⁹ Onder de aanname dat de kredietgever geen juridische mogelijkheden ziet om dat oordeel te veranderen.

⁸⁷⁰ Zie ook paragraaf 8.3.

⁸⁷¹ Zie hoofdstuk 7 voor het verschil tussen een rationele en gedragsmatig stuurbare consument.

als niet-kredietwaardig, terwijl hij zichzelf, op rationele gronden, als kredietwaardig heeft bestempeld.

De gedragsmatig stuurbare consument kan, in de situatie met de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, nog steeds in een situatie van overkreditering belanden.⁸⁷² De eerste reden hangt samen met het gebruik van aannames over de vaste uitgaven van de consument. Enerzijds is het denkbaar dat de consument ook niet wil bezuinigen op de uitgaven die *niet* door het recht worden beschermd. Anderzijds is het mogelijk dat de consument een groter bedrag nodig heeft voor de set uitgaven die het recht *wel* wil beschermen. De eerste vorm van overkreditering is een logisch gevolg van het streven van de kredietwaardigheidstoets om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen. Omdat deze toets niet is opgeworpen om te garanderen dat de consument de, voor hem, beste kredietbeslissing neemt, wordt tot op zekere hoogte geaccepteerd dat de consument in een situatie terechtkomt waarin alleen *hij* zal kunnen spreken van overkreditering. De consument die te maken krijgt met de tweede vorm van overkreditering kan eventueel nog worden beschermd door het privaatrecht. De civiele rechter wil, kort gezegd, dezelfde uitgaven beschermen, maar is niet gebonden aan de normen en aannames uit het publiekrecht. De tweede reden hangt samen met de onduidelijkheden over de rol van het vermogen van de consument. De kredietgever zal, vanuit zijn perspectief, eerder rekening willen houden met het vermogen dan verantwoord is voor de consument. Zolang er op dit punt onvoldoende duidelijkheid is, is het dus mogelijk dat de kredietgever te snel rekening houdt met het vermogen. Hij kan bijvoorbeeld onvoldoende rekening houden met de gevolgen van de betreffende terugbetaaloffers voor de consument, of geen aandacht hebben voor de mogelijkheid dat de consument het vermogen niet snel genoeg kan aanspreken om te voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. In beide gevallen kan de consument in een problematische terugbetaalsituatie belanden waarin hij onacceptabele terugbetaaloffers moet maken. De derde reden houdt verband met de onduidelijkheden over de manier waarop de kredietgever met negatieve veranderingen moet omgaan. De kredietgever zal, vanuit zijn perspectief, niet altijd rekening houden met dergelijke veranderingen. Zolang er op dit punt onvoldoende duidelijkheid is, is het dus mogelijk dat de kredietgever de kredietaanvraag accepteert ook al is er een grote kans dat de consument in een situatie belandt waarin hij enkel middels onacceptabele terugbetaaloffers kan terugbetalen.

De rationele consument wordt vooral op een indirecte manier gehinderd in zijn krediettoegang. Dit komt omdat de kredietgever verplicht is inspanningen te verrichten die hij anders, in de situatie zonder de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets, niet zou hebben verricht. De kredietgever kan immers niet volstaan met een positief antwoord op de vraag of de consument kan terugbetalen, maar moet ook aannemelijk maken de consument dat op een, voor hem, verantwoorde manier zal kunnen

⁸⁷² Let wel: ik sluit aan bij het perspectief van de *betreffende* consument. Er wordt in dit verband gesproken van overkreditering als een, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag is geaccepteerd door de kredietgever en de consument het betreffende krediet heeft opgenomen. Deze consument zal naar verwachting in een problematische terugbetaalsituatie belanden waarin hij terugbetaaloffers moet maken die *hij* onacceptabel vindt.

doen. Omdat de kredietgever, vergeleken met de situatie zonder het recht, een andere en uitgebreidere kredietwaardigheidstoets moet uitvoeren, zullen ook de uitvoeringskosten daarvan toenemen. Deze uitvoeringskosten zorgen er vervolgens voor dat (ook) de rationele consument wordt geconfronteerd met duurdere kredieten en langere wachttijden. In dit verband is in positieve zin verwezen naar het Engelse recht in welk kader de kredietgever in sommige gevallen kan volstaan met een minder uitvoerig onderzoek naar de kredietwaardigheid van de consument. Tot slot kan de rationele consument ook in een directe zin worden gehinderd in zijn krediettoegang. Dit komt omdat de kredietgever moet uitgaan van een terugbetaalperiode die eventueel kan afwijken van de periode waarvan de consument verwacht te profiteren van het krediet. Enerzijds kan de consument op rationele gronden vragen om een groter bedrag omdat hij verwacht een langere tijd te kunnen profiteren van het krediet. Anderzijds moet de kredietgever deze kredietaanvraag afwijzen voor zover hij moet rekenen met een kortere looptijd en aldus uitkomt op een kleiner krediet.

9 Conclusie

9.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bestaat uit vier onderdelen. Ten eerste wordt een overzicht gegeven van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht (paragraaf 9.2). Dit overzicht bouwt voort op de bevindingen uit hoofdstuk 4 en wordt gepresenteerd aan de hand van het theoretische raamwerk van de kredietwaardigheidstoets dat is te vinden in hoofdstuk 2. Ten tweede wordt overgegaan tot een evaluatie van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht (paragraaf 9.3). In dat kader wordt voortgebouwd op de bevindingen uit de rechtsvergelijkende analyse uit hoofdstuk 6 en de rechtseconomische analyse uit hoofdstuk 8. Ten derde worden aanbevelingen gedaan die zien op het publiekrecht en het privaatrecht (paragraaf 9.4). Deze aanbevelingen zijn gericht op het weghalen van inconsistenties en onvolledigheden binnen het juridische kader waarbij voorts aandacht is voor de mogelijkheid dat dit kader een consument te veel of te weinig beschermt. Er wordt afgesloten met een korte vooruitblik (paragraaf 9.5).

9.2 De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht

9.2.1 Inleiding

In het Nederlandse recht is er een verplichting tot het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets te vinden in het publiekrecht en het privaatrecht. Beide kredietwaardigheidstoetsen worden hierna besproken aan de hand van het theoretische raamwerk van de kredietwaardigheidstoets uit hoofdstuk 2. Daarbij wordt alleen een onderscheid gemaakt tussen het publiekrecht en het privaatrecht als er inhoudelijk relevante verschillen zijn. In het vervolg wordt stilgestaan bij de benadering van de kredietwaardigheidstoets (paragraaf 9.2.2), het type terugbetaalsituatie dat deze beoogt te voorkomen (paragraaf 9.2.3) en de wijze waarop de drie stappen van de kredietwaardigheidstoets zijn ingevuld (paragraaf 9.2.4).

9.2.2 Een consumentgerichte benadering

De kredietwaardigheidstoets kan twee benaderingen volgen.⁸⁷³ In de kredietgevergerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij naar verwachting kan voldoen aan de beoogde terugbetaalplichten. De nadruk ligt dus op de vraag *of* er kan worden terugbetaald. In de consumentgerichte benadering is de consument kredietwaardig als hij naar verwachting op een, voor hem, acceptabele manier kan terugbetalen. In deze benadering gaat het dus vooral om de vraag *hoe* de consument kan terugbetalen. Anders dan in de kredietgevergerichte benadering, mag de kredietwaardigheid in de consumentgerichte benadering niet worden afgestemd op de afdwingbare onderdelen van de betaalcapaciteit als het opofferen daarvan leidt tot onacceptabele gevolgen voor de consument. Met de betaalcapaciteit wordt bedoeld op hetgeen de consu-

⁸⁷³ Paragraaf 2.2.2 en 2.4.

ment aan liquide middelen verkrijgt of redelijkerwijs kan verkrijgen. In dat laatste verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de consument die zijn spaartegoeden aanspreekt, bezittingen verkoopt of zijn vrije tijd inruilt voor extra inkomsten.

In het Nederlandse recht wordt aangesloten bij een consumentgerichte benadering.⁸⁷⁴ In die lijn is er een preventieve aandacht voor twee specifieke terugbetaalsituaties. Ten eerste wordt getracht te voorkomen dat de consument *te veel* van zijn maandelijkse betaalcapaciteit moet opgeven voor de terugbetaling van het beoogde krediet. Zo mag hij niet bezuinigen op zijn vaste uitgaven en mag hij in beginsel alleen zijn vrij besteedbaar inkomen aanspreken voor de voldoening van de terugbetaalplichten. In de kern wordt toegewerkt naar een situatie waarin de consument zich, na de beoogde kredietverstrekking, ten minste een leefstijl kan veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Het is niet alleen de bedoeling dat de consument kan blijven voorzien in de minimale kosten van levensonderhoud. Ook moet hij een deel van zijn inkomen overhouden voor de moeilijk-vermijdbare uitgaven.⁸⁷⁵ Onder die laatste uitgaven vallen de uitgaven aan bijvoorbeeld recreatie en familiebezoeken. Ten tweede wordt getracht te voorkomen dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit *te vaak* moet aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet. De consument is in beginsel kredietwaardig als hij het krediet binnen een zekere periode verantwoord zal kunnen terugbetalen.⁸⁷⁶ Zo moet de consument een consumptief krediet in principe binnen vijftig maanden kunnen terugbetalen, terwijl bij een hypothecair krediet veelal wordt uitgegaan van een terugbetaalperiode van dertig jaar. Het is echter van belang om te realiseren dat deze grenzen vooral zijn ingevoerd om het totale kredietbedrag te beperken. Dit betekent dat de kredietpartijen in principe vrij zijn om een eigen looptijd af te spreken mits de omvang van het krediet binnen de daaraan gestelde grenzen blijft.⁸⁷⁷ Niettemin laten deze grenzen zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet.

9.2.3 Voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie

De kredietwaardigheidsstoets kan zijn gericht op het bereiken of voorkomen van twee soorten terugbetaalsituaties.⁸⁷⁸ Ten eerste kan de kredietwaardigheidsstoets streven naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument. Deze toets richt zich op de vraag of de consument, met het indienen van de kredietaanvraag, de beste kredietbeslissing heeft genomen die hij op dat moment had kunnen nemen. De consument is vervolgens kredietwaardig als kan worden aangenomen dat hij, vanuit zijn perspectief bezien, geen betere beslissing had kunnen nemen dan de beslissing om de betreffende

⁸⁷⁴ Paragraaf 4.2.3 en 4.3.3.

⁸⁷⁵ De moeilijk-vermijdbare uitgaven worden in het recht gekoppeld aan het inkomen van de consument.

⁸⁷⁶ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3. Overigens zijn er in het privaatrecht ook uitspraken te vinden waarin de rechter alleen heeft gekeken naar de omvang van de periodieke terugbetaalplichten. Zie paragraaf 4.3.3.

⁸⁷⁷ Bij doorlopende kredieten geldt dat de kredietgever moet waarborgen dat het krediet een looptijd heeft die niet langer is dan 180 maanden. Zie art. 11 VFN gedragscode.

⁸⁷⁸ Paragraaf 2.4.

kredietaanvraag in te dienen. Ten tweede kan de kredietwaardigheidstoets zijn gericht op het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument. Deze toets staat in het teken van de vraag of de kredietbeslissing slecht genoeg is om te veronderstellen dat de consument daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. Anders dan in het eerste geval, kan een individuele consument in dat laatste geval worden aangemerkt als kredietwaardig ook al is duidelijk dat hij een betere kredietbeslissing had kunnen nemen dan de beslissing om de betreffende kredietaanvraag in te dienen.

In het Nederlandse recht beoogt de kredietwaardigheidstoets een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument te voorkomen.⁸⁷⁹ Van deze situatie is sprake als de consument niet of enkel middels onacceptabele terugbetaaloffers kan voldoen aan de betreffende verplichtingen. Zoals volgt uit het voorgaande, is inherent aan het streven om een onaanvaardbare terugbetaalsituatie te voorkomen dat er niet (te) snel wordt gesproken van een onacceptabel terugbetaaloffer. In die lijn moet de kredietgever in het Nederlandse recht *wel* onderzoeken of de consument zal beschikken over voldoende vrij besteedbaar inkomen, maar hoeft de kredietgever vervolgens *niet* te controleren of de consument dat inkomen daadwerkelijk zal willen opofferen voor het beoogde krediet. De consument kan daarom als kredietwaardig worden gezien, ook al zou een individuele consument bepaalde terugbetaaloffers liever niet willen maken.

In het kort komt het voorgaande erop neer dat de kredietgever verplicht is te onderzoeken of de consument *kan* terugbetalen. In lijn met de keuze voor een consumentgerichte benadering, moet de kredietgever de consument ook in bescherming nemen als laatstgenoemde bepaalde terugbetaaloffers niet *moet willen* maken. In het Nederlandse recht is de kredietwaardigheidstoets door de jaren heen op een aantal punten aangescherpt.⁸⁸⁰ Na elke aanscherping beschikt de consument over minder ruimte om te bepalen welke terugbetaaloffers hij *zal willen* maken voor het krediet. De kredietgever wordt immers geacht om, sneller dan voorheen, beschermend op te treden met het argument dat de consument de betreffende terugbetaaloffers niet moet willen maken. De meest recente aanscherping betreft de, van de AFM afkomstige, oproep aan kredietgevers om voortaan actiever rekening te houden met het bestedingsdoel van het beoogde krediet.⁸⁸¹ In diens verlengde worden kredietgevers zelfs opgeroepen om niet over te gaan tot verstrekking van een krediet dat, qua bijvoorbeeld looptijd, onvoldoende aansluit bij het betreffende bestedingsdoel.⁸⁸²

⁸⁷⁹ Paragraaf 4.2.4 en 4.3.4.

⁸⁸⁰ Ibid.

⁸⁸¹ Paragraaf 4.2.4.

⁸⁸² Zie AFM 2018, p. 4. Overigens betekent deze aanscherping niet dat er inmiddels wordt gestreefd naar de gewenste terugbetaalsituatie voor de consument. Zo hoeft de kredietgever immers niet te onderzoeken of de consument het betreffende bestedingsdoel moet willen nastreven.

9.2.4 De drie stappen van de kredietwaardigheidstoets

9.2.4.1 Inleiding

De kredietwaardigheidstoets bestaat globaal uit drie stappen, te weten het onderzoek naar de betaalcapaciteit van de consument, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de beslissing op de kredietaanvraag.⁸⁸³ Pas als de kredietgever deze stappen heeft doorlopen, is duidelijk in hoeverre het gevraagde krediet kan worden verstrekt aan de consument. Hierna wordt per stap ingegaan op de manier waarop deze is uitgewerkt in het Nederlandse publiekrecht. Alleen als er inhoudelijk relevante verschillen zijn, wordt ook het Nederlandse privaatrecht besproken.

9.2.4.2 Stap 1: onderzoek

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse publiekrecht vereist dat de kredietgever op de hoogte is van het bestendige inkomen en de vaste uitgaven van de consument.⁸⁸⁴ De vaste uitgaven bestaan uit de onvermijdbare en de moeilijk-vermijdbare uitgaven. Onder de onvermijdbare uitgaven vallen de minimale kosten van levensonderhoud en de bestaande financiële verplichtingen van de consument. Onder de moeilijk-vermijdbare uitgaven vallen de wat minder noodzakelijke uitgaven aan bijvoorbeeld recreatie en familiebezoeken. De kredietgever hoeft echter niet precies te weten hoeveel de consument maandelijks uitgeeft. Zo worden de minimale kosten van levensonderhoud afgestemd op de uitgaven van een standaardhuishouden, terwijl de moeilijk-vermijdbare uitgaven en de bestaande financieringslasten worden vastgesteld door een bepaald percentage te nemen van het inkomen dan wel het totaal uitstaande kredietbedrag.⁸⁸⁵ Om een goed beeld te krijgen van het vrij besteedbaar inkomen, moet de kredietgever onder andere overgaan tot het stellen van specifieke vragen aan de consument of tot het opvragen van bepaalde rekeningafschriften.

In het Nederlandse publiekrecht zijn voorts twee soorten van verificatieplichten te vinden.⁸⁸⁶ Ten eerste geldt er een aantal standaard-verificatieplichten. Zo moet de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €250, een BKR-toets uitvoeren om inzicht te krijgen in de geregistreerde gegevens over de lopende kredieten van de consument. Daarnaast moet de kredietgever, bij de kredietaanvragen vanaf €1000, het inkomen van de consument verifiëren.⁸⁸⁷ Ten tweede geldt er een aanvullende verificatieplicht als er in het concrete geval een goede reden is om te twijfelen aan de juistheid van de relevante gegevens. Deze twijfel kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een tegenstrijdigheid tussen bepaalde gegevens. Anders dan in het publiekrecht, heeft de rechter in het Nederlandse privaatrecht in voorgaand verband meerdere keren rekening gehouden met de deskundigheid of ervaring van de betreffende consument.⁸⁸⁸ In die gevallen

⁸⁸³ Paragraaf 2.4 en 2.3.2.

⁸⁸⁴ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2.

⁸⁸⁵ Dit voorbeeld gaat overigens over consumptieve kredietverlening. Ook de hypothecaire leennormen steunen op dergelijke schattingen. Zie paragraaf 4.2.6.2.

⁸⁸⁶ Paragraaf 4.2.5.2 en 4.2.6.2.

⁸⁸⁷ Over de juridische status van de verplichting om het inkomen te verifiëren is overigens enige duidelijkheid.

⁸⁸⁸ Paragraaf 4.3.6.2.

mocht de kredietgever aannemen dat de betreffende consument voldoende in staat was de juiste informatie door te geven.

9.2.4.3 Stap 2: beoordeling

In het Nederlandse publiekrecht wordt de kredietwaardigheid primair gekoppeld aan het vrij besteedbaar inkomen van de consument.⁸⁸⁹ Dit betekent dat de consument naar verwachting moet kunnen terugbetalen uit het positieve verschil tussen het bestendige inkomen en de vaste uitgaven. Eventueel mag de kredietgever (ook) rekening houden met het vermogen van de consument. In dat laatste verband lijkt echter sprake van een verschil tussen het publiekrecht en privaatrecht. Zo mag in het privaatrecht rekening worden gehouden met het vermogen als de consument dit met voldoende zekerheid zal kunnen en willen aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet.⁸⁹⁰ In het publiekrecht moet de kredietgever echter aannemelijk kunnen maken dat de kredietverstrekking in het specifieke geval verantwoord is voor de consument.⁸⁹¹ Hoewel er nog onduidelijkheden zijn over de toepassing van deze voorwaarden, lijkt het erop dat er in het privaatrecht meer waarde mag worden gehecht aan een eventuele verklaring van de consument waaruit volgt dat hij bereid is het betreffende vermogen op te offeren voor de terugbetaling van het beoogde krediet.

In het Nederlandse publiekrecht zijn voorts indirecte grenzen gesteld aan de terugbetaalperiodes.⁸⁹² De consument moet in beginsel een consumptief krediet binnen vijftig maanden, en een hypothecair krediet binnen dertig jaar verantwoord kunnen terugbetalen.⁸⁹³ Hoewel deze grenzen primair zijn gesteld om de omvang van het totale kredietbedrag te beperken, laten ze tegelijkertijd zien dat de consument zijn maandelijkse betaalcapaciteit niet onbeperkt (maximaal) mag aanspreken voor de terugbetaling van het beoogde krediet. Op dit punt is echter sprake van een belangrijk verschil tussen de hypothecaire en consumptieve leennormen in het publiekrecht. Alleen bij een consumptief krediet kunnen kredietpartijen kiezen voor een looptijd die afwijkt van de looptijd waarmee de kredietgever moet rekenen om de kredietwaardigheid te bepalen. De kredietgever kan daarom een krediet verstrekken dat de consument hooguit binnen een bepaalde tijd verantwoord *zal kunnen* terugbetalen, terwijl hij tegelijkertijd met de consument kan afspreken dat dit bedrag binnen een kortere tijd *moet zijn* terugbetaald. Hoewel de consument in dat geval te maken zal krijgen met, strikt genomen, te hoge maandlasten, is hij desondanks kredietwaardig omdat het gehele kredietbedrag, qua omvang, binnen de gestelde kaders van de leennormen blijft.⁸⁹⁴ Overigens moet worden bedacht dat er in het privaatrechtelijke kader uitspraken zijn te vinden waarin de rechter bij een consumptief krediet alleen heeft gekeken naar de betaalbaarheid van de

⁸⁸⁹ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁸⁹⁰ Paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.6.3.

⁸⁹¹ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁸⁹² Ibid.

⁸⁹³ Ibid.

⁸⁹⁴ Bij een hypothecair krediet is de betaalbaarheid van de maandlasten beter gewaarborgd. Bij deze kredieten moet de kredietgever in beginsel rekenen met de beoogde looptijd als de kredietpartijen van plan zijn een looptijd af te spreken die korter is dan de standaard dertig jaar. Zie paragraaf 4.2.6.3.

maandlasten.⁸⁹⁵ Hieruit volgt dat de civiele rechter (alsnog) zal kunnen opkomen voor de laatstgenoemde consument.

Tot slot wordt in het Nederlandse publiekrecht verschillend omgegaan met voorzienbare veranderingen van de betreffende betaalcapaciteit.⁸⁹⁶ Ten eerste moet de kredietgever bij de consumptieve kredietaanvraag van een oudere consument mede rekening houden met het verwachte inkomen na pensionering.⁸⁹⁷ De consument is vervolgens niet-kredietwaardig als blijkt dat hij ‘pas’ na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit. Het is echter niet duidelijk in hoeverre de kredietgever rekening moet houden met eventuele andere voorzienbare tegenslagen. Ten tweede moet de kredietgever bij een hypothecair krediet verschillende buffers hanteren.⁸⁹⁸ Deze buffers komen er, kort gezegd, op neer dat de consument minder mag lenen dan gelet op de omvang van zijn huidige betaalcapaciteit verantwoord is. Zodoende beschikt de consument, na de beoogde kredietverstrekking, over een zekere ruimte om eventuele tegenslagen te kunnen opvangen.⁸⁹⁹ Opmerkelijk is dat er in het publiekrecht geen verplichting lijkt te zijn om, buiten het gebruik van deze buffers, rekening te houden met een concreet voorzienbare verandering van de betaalcapaciteit. Anders dan bij een consumptief krediet, kan de consument die vraagt om een hypothecair krediet dus worden aangemerkt als kredietwaardig ook al is duidelijk dat hij naar verwachting (pas) na pensionering zal beschikken over onvoldoende betaalcapaciteit.⁹⁰⁰ Overigens moet worden bedacht dat de rechter in het Nederlandse privaatrecht eventueel verder kan gaan dan de leennormen uit het publiekrecht en aldus (meer) rekening kan houden met concreet voorzienbare scenario’s.⁹⁰¹ De civiele rechter zal dus (alsnog) kunnen opkomen voor de laatstgenoemde consument.

9.2.4.4 Stap 3: beslissing

In het Nederlandse publiekrecht is de kredietgever verplicht om de kredietaanvraag van een niet-kredietwaardige consument af te wijzen.⁹⁰² Hoewel die weigeringsplicht ook in het privaatrecht is aangenomen, zijn er ook civiele rechters die in dit verband een waarschuwingsplicht hebben opgeworpen.⁹⁰³ In die laatste gevallen laat de rechter zien meer waarde te hechten aan het uitgangspunt dat de consument verantwoordelijk is voor zijn eigen handelen.

⁸⁹⁵ Zie ook paragraaf 4.4.

⁸⁹⁶ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁸⁹⁷ Paragraaf 4.2.5.3.

⁸⁹⁸ Paragraaf 4.2.6.3.

⁸⁹⁹ Overigens mag onder omstandigheden afstand worden genomen van bepaalde buffers. Zie paragraaf 4.2.6.3.

⁹⁰⁰ De buffers kunnen vanzelfsprekend wel enige daling van het inkomen (na pensionering) opvangen.

⁹⁰¹ Zie ook paragraaf 4.4.

⁹⁰² Paragraaf 4.2.5.4 en 4.2.6.4.

⁹⁰³ Paragraaf 4.3.5.4 en 4.3.6.4.

9.3 Evaluatie

9.3.1 Algemeen

De kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht houdt in het algemeen op een evenwichtige wijze rekening met het belang van de bescherming tegen overkreditering en het belang van de goede krediettoegang. Het publiekrecht en het privaatrecht vullen elkaar in dat verband goed aan. Om te beginnen worden in het publiekrecht leennormen gehanteerd die gedeeltelijk uitgaan van gemiddelde uitgavenpatronen. Daarmee wordt recht gedaan aan het belang van de goede krediettoegang. Immers, hoe lager de uitvoeringskosten van de kredietwaardigheidstoets, hoe beter dit is voor de wachttijden en de kredietprijzen waarmee consumenten te maken krijgen. Tegelijkertijd hebben de leennormen in het publiekrecht een *ex-ante* karakter hetgeen betekent dat ze op voorhand laten zien hoe de kredietgever moet reageren op een kredietaanvraag. Hoewel deze leennormen ook in het privaatrecht worden gebruikt, is de civiele rechter niet aan deze normen gebonden. Dit is ook logisch omdat de leennormen, vanwege het *ex-ante* karakter en de nadruk op de gemene deler, niet altijd recht doen aan de omstandigheden van het geval. In het privaatrecht richt de rechter zich immers op het concrete geval en beoordeelt hij *ex-post*, dus na de kredietverstrekking, of de kredietgever zich juist heeft gedragen. Kortom, het publiekrecht bevat concrete regels die mede zijn gericht op een algemeen belang, te weten het belang van de goede krediettoegang, waarbij geldt dat de civiele rechter minder geschikt is om dit te behartigen, terwijl de rechter in het privaatrecht nuances kan maken die in het publiekrecht niet worden gemaakt.

In het Engelse recht is een soortgelijk verband te zien tussen het publiekrecht en de FOS. Enerzijds geeft het publiekrecht algemene regels die mede zijn gericht op het beperken van de uitvoeringskosten. Anderzijds maakt de ombudsman gebruik van deze normen, maar is hij daaraan niet gebonden. Het verschil is echter dat de ombudsman, vergeleken met de civiele rechter in Nederland, strakker aansluit bij de regels uit het publiekrecht.⁹⁰⁴ Een belangrijke reden hiervoor is dat deze regels niet tot in detail bepalen hoeveel een individuele consument mag lenen. In het Engelse publiekrecht wordt, met het oog op het belang van de goede krediettoegang, terughoudend omgegaan met het stellen van gedetailleerde leennormen.⁹⁰⁵ De leennormen geven daarom (ook) de ombudsman redelijk veel ruimte om rekening te houden met de omstandigheden van het geval.⁹⁰⁶ Er is echter wel een nadeel verbonden aan dergelijke open normen. Zo moet worden bedacht dat dezelfde kredietaanvraag onverantwoord kan zijn voor de consument en verantwoord kan zijn voor de kredietgever. Aangenomen dat de kredietgever zijn eigenbelang vooropstelt, kan de kredietgever een open leennorm dus interpreteren op een manier die niet in het belang is van de consument.⁹⁰⁷ Dit laatste kan mogelijk verklaren waarom de FOS het de laatste jaren erg druk heeft gehad met

⁹⁰⁴ Paragraaf 5.3.3.

⁹⁰⁵ Paragraaf 5.2.2.3.

⁹⁰⁶ Daarbij geldt wel, hoe sterker het vermoeden dat het krediet een (te) grote impact heeft op de betaalcapaciteit van de consument, hoe gedetailleerder het onderzoek naar de kredietwaardigheid moet zijn.

⁹⁰⁷ Paragraaf 8.3.

klachten van consumenten over de onverantwoorde verstrekking van *payday loans*.⁹⁰⁸ De leennormen gaven blijkbaar niet duidelijk aan dat de kredietgever bij deze riskantere kredieten standaard moet overgaan tot een gedetailleerder kredietwaardigheidsonderzoek.⁹⁰⁹ Omdat de verstrekking van een dergelijk krediet voor de kredietgever kan leiden tot een winstgevend resultaat juist omdat de consument (net) niet op tijd kan terugbetalen – en dus opnieuw moet lenen om de oude lening te kunnen aflossen – is het niet vreemd dat kredietgevers te gemakkelijk overgingen tot kredietverstrekking.

De (rechts)economische inzichten bevestigen dat de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht in het algemeen niet doorschiet in zijn ambitie om de consument te beschermen tegen overkreditering. Enerzijds wordt de gedragsmatig stuurbare consument – die niet altijd in staat is te komen tot een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag – in de situatie *met* de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets beter beschermd tegen overkreditering dan in de situatie *zonder* de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets.⁹¹⁰ Anderzijds ondervindt de rationele consument – die wel in staat is te komen tot een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag – vrij weinig hinder van deze kredietwaardigheidstoets.⁹¹¹ Er zijn maar weinig scenario's te bedenken waarin de consument door het recht wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig, terwijl hij zichzelf op rationele gronden als kredietwaardig ziet. Bovendien is in het recht getracht de uitvoeringskosten van de kredietwaardigheidstoets te beperken door aansluiting te zoeken bij gemiddelde uitgavenpatronen. Dit is positief voor de wachttijden en de kredietprijzen waarmee (ook) de rationele consumenten te maken krijgen. Niettemin moet worden bedacht dat de kredietgever in de situatie *met* de door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets meer inspanningen moet verrichten dan hij zal verrichten in de situatie *zonder* deze kredietwaardigheidstoets.⁹¹² Het is daarom onvermijdelijk dat niet elke consument in dezelfde mate is gebaat bij de juridische kredietwaardigheidstoets. Ook als deze toets erin zou slagen om overkreditering in alle gevallen te voorkomen, brengen de samenhangende uitvoeringskosten met zich dat het krediet minder goed te verkrijgen is dan in de situatie zonder deze door het recht voorgeschreven kredietwaardigheidstoets.

Het is van belang om te realiseren dat er in het Nederlandse recht een *juridische* grens is getrokken. De consument moet zich, na de beoogde kredietverlening, een leefstijl kunnen veroorloven die in juridisch opzicht als nog aanvaardbaar wordt gezien. De economische inzichten bevestigen dat de consument een *eigen* grens kan hebben die afwijkt van die juridische grens.⁹¹³ Denk bijvoorbeeld aan de consument die met het krediet een bepaald product wil aanschaffen, maar dat product niet belangrijk genoeg

⁹⁰⁸ Paragraaf 5.3.3.

⁹⁰⁹ De regelgever heeft daarom meer duidelijkheid gegeven over de juiste toepassing van de leennormen. Zie paragraaf 5.2.5.3.

⁹¹⁰ Paragraaf 8.5.

⁹¹¹ Ibid.

⁹¹² Zie bijvoorbeeld paragraaf 8.2 en 7.3.3.

⁹¹³ Paragraaf 8.3.

vindt om, na de aanschaf daarvan, zijn huidige leefstijl op te geven en terug te schakelen naar een leefstijl die in het recht als nog aanvaardbaar wordt gezien. Omdat een gedragsmatig stuurbare consument een verkeerde inschatting kan maken van zijn kredietwaardigheid, is het mogelijk dat hij een dergelijk krediet toch opneemt en dus in een situatie belandt waarin hij terugbetaaloffers moet maken die alleen *hij* onacceptabel vindt. Overigens moet in dit verband worden bedacht dat de kredietwaardigheidstoets in het recht ook niet is bedoeld om te garanderen dat de consument de, voor hem, beste kredietbeslissing neemt.⁹¹⁴ In plaats daarvan moet de consument, in voorkomend geval, worden behoed voor een kredietbeslissing die slecht genoeg is om te veronderstellen dat hij daarmee door de nog aanvaardbare ondergrens zal zakken. In zekere zin wordt dus geaccepteerd dat de consument in een situatie kan belanden waarin alleen *hij* zal kunnen spreken van overkreditering.

Overigens zal de situatie waarin het voor de consument rationeel is om te vragen om een krediet dat volgens de juridische maatstaven *wel*, maar door de betreffende consument *niet* wordt aangemerkt als overkreditering zich niet snel voordoen.⁹¹⁵ Overeenkomstig het streven naar het voorkomen van een onaanvaardbare terugbetaalsituatie voor de consument, ligt de juridische grens vrij laag. Als de consument onder die juridische grens duikt, houdt hij hooguit nog voldoende inkomen over om te kunnen voorzien in de minimale kosten van levensonderhoud. Het ligt daarom minder voor de hand dat een consument het krediet, op rationele gronden, belangrijk genoeg vindt om op dat niveau te leven. Kortom, een (rationele) consument zal doorgaans minder willen lenen dan hij in juridisch opzicht zal kunnen lenen. Vanzelfsprekend kan dat laatste veranderen als de juridische grens omhoog wordt getrokken.⁹¹⁶ Hoewel consumenten dan beter worden beschermd tegen overkreditering, kan een dergelijke verhoging voorts betekenen dat meer consumenten worden aangemerkt als niet-kredietwaardig, terwijl ze zichzelf op rationele gronden kredietwaardig achten.⁹¹⁷ Een verhoging van de juridische grens zal er immers veelal op neerkomen dat een individuele consument minder krediet kan krijgen dan in de situatie daarvoor.

Hoewel er geen fundamentele problemen zijn gesignaleerd met betrekking tot de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht, is niettemin een aantal aandachtspunten in het publiekrecht en het privaatrecht gesignaleerd. Ten eerste zijn er redenen om te denken dat de consument in het publiekrecht in sommige gevallen wordt gezien als kredietwaardig, terwijl hij naar verwachting door de *juridische* grens zal zakken en aldus zal moeten bezuinigen op de uitgaven die het publiekrecht wil beschermen. Bovendien zijn er signalen die erop wijzen dat consumenten in het publiekrecht onnodig worden belemmerd in hun toegang tot krediet. Ten tweede is er een aandachtspunt in het

⁹¹⁴ Paragraaf 4.2.4 en 4.3.4.

⁹¹⁵ Paragraaf 8.3.

⁹¹⁶ Dit is in Nederland een aantal keren gebeurd. Zie paragraaf 4.2.4.

⁹¹⁷ Dit staat nog los van de uitvoeringskosten die eventueel kunnen toenemen.

privaatrecht over de manier waarop de rechter moet omgaan met de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Tegen deze achtergrond wordt hierna verder ingegaan op de kredietwaardigheidsstoets in het publiekrecht en het privaatrecht.

9.3.2 Het publiekrecht

In het publiekrecht wordt gezocht naar een balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede toegang tot krediet. Er wordt in zekere zin geaccepteerd dat een individuele consument niet altijd wordt beschermd tegen overkreditering. Hoewel een aanpassing van de leennormen dit eventueel zal kunnen verhelpen, wordt daartoe niet overgegaan vanwege de nadelige effecten daarvan op de krediettoegang van (andere) consumenten.⁹¹⁸ Niettemin zijn er in het publiekrecht twee knelpunten te vinden die er eventueel op wijzen dat de balans tussen het bieden van bescherming tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang niet optimaal is.

Enerzijds kan niet worden uitgesloten dat consumenten onnodig worden belemmerd in hun krediettoegang. Daarvan is sprake als een aanpassing van de leennormen *wel* betekent dat de uitvoeringskosten afnemen, maar er *niet* voor zorgt dat consumenten minder goed worden beschermd tegen overkreditering. Een aanpassing van de leennormen heeft dan enkel voordelen. Uit de vergelijking met het Engelse recht volgt dat de uitvoeringskosten in het Nederlandse recht in bepaalde omstandigheden hoger zijn. Dit geldt met name voor bepaalde (zeer) kleine kredieten.⁹¹⁹ De kredietgever kan in Engeland dan beginnen met het uitvoeren van een *CRA-check* om inzicht te krijgen in de centraal geregistreerde kredieten en betaalachterstanden van de consument.⁹²⁰ Pas als hieruit een risicosignaal⁹²¹ voortvloeit, zoals een geregistreerde betaalachterstand, moet de kredietgever een verder onderzoek doen naar het vrij besteedbaar inkomen van de consument. Als uit de *CRA-check* echter geen risicosignaal voortvloeit, kan de kredietgever in beginsel aannemen dat de consument kredietwaardig is. In het Nederlandse recht moet de kredietgever echter (ook) in dat laatste geval, naast het uitvoeren van een soortgelijke *CRA-check*, een verder onderzoek doen naar het inkomen en de uitgaven van de consument. Dit verschil wijst er mogelijk op dat de uitvoeringskosten in Nederland bij deze kredieten te hoog zijn.

Anderzijds wordt de consument niet altijd even goed beschermd tegen overkreditering.⁹²² Er zijn namelijk onduidelijkheden, inconsistenties en onvolledigheden in het

⁹¹⁸ Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.2.4.

⁹¹⁹ Paragraaf 6.4.2.1. Er is geen specifiek bedrag hieraan te koppelen. De verschillen zullen in mijn ogen vooral zichtbaar zijn bij bepaalde kredieten van enkele honderden of duizenden euro's.

⁹²⁰ Paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2.

⁹²¹ Er is sprake van een risicosignaal als er een concrete aanleiding is om te denken dat het gevraagde krediet een (te) grote impact zal hebben op de betaalcapaciteit van de consument.

⁹²² Overigens wordt aangesloten bij een juridisch perspectief. Er moet (dus) voorkomen worden dat de consument moet bezuinigen op de uitgaven die het recht tracht te beschermen. De consument is niet-kredietwaardig als hij naar verwachting in een dergelijke terugbetaalsituatie zal belanden.

regelkader te vinden.⁹²³ Deze onregelmatigheden kunnen ervoor zorgen dat de consument in een situatie van overkreditering belandt. Zo volgt uit de (rechts)economische inzichten dat de consument niet altijd in staat is een, voor hem, verantwoorde kredietaanvraag in te dienen, terwijl de kredietgever een dergelijke kredietaanvraag zal willen accepteren als deze verantwoord is voor de kredietgever.⁹²⁴ Omdat dezelfde kredietaanvraag dus verantwoord kan zijn voor de kredietgever en onverantwoord voor de consument, kan niet altijd worden aangenomen dat de kredietgever, uit eigen beweging, een onregelmatigheid in het regelkader wegwerkt in het belang van de consument. Tegen die achtergrond zijn er vier redenen waarom de consument, ondanks de poging van de leennormen om dit te voorkomen, in een situatie van overkreditering kan belanden.⁹²⁵

Ten eerste is er een gevaar op overkreditering door het gebrek aan verificatieplichten.⁹²⁶ De kredietgever is niet verplicht om bij de kredietaanvragen tot €1000 het inkomen van de consument te verifiëren. Dit kan nadelig uitpakken voor de consument die onbedoeld een te hoog inkomen kan opgeven omdat hij bijvoorbeeld moeite heeft om een reële inschatting te maken van de bestendigheid daarvan. Bovendien kan de kredietgever er belang bij hebben om krediet te verstrekken aan iemand die (net) niet genoeg inkomen heeft om tijdig terug te betalen. De kredietgever kan de consument daarom zelfs stimuleren om een te hoog inkomen op te geven. Voorts zit aan het voorgaande nog een Europeesrechtelijke vraag verbonden. Zo heeft het Europese Hof verduidelijkt dat de kredietgever, in het kader van de Richtlijn consumentenkrediet, niet alleen mag uitgaan van ‘gewone, niet-gestaafde’ verklaringen van de consument.⁹²⁷ In het Nederlandse recht gelden er echter geen standaard-verificatieplichten bij de kredieten tussen de €200 en €250, terwijl de genoemde richtlijn daarop wel van toepassing is. Hoewel het Europese Hof zich niet specifiek over deze zeer kleine kredieten heeft uitgelaten, kan niet worden uitgesloten dat er bij deze kredieten te gemakkelijk kan worden uitgegaan van verklaringen van de consument.

Ten tweede is er een gevaar op overkreditering door de onduidelijkheid over de vraag wanneer de kredietgever rekening mag houden met het vermogen van de consument.⁹²⁸ De consumptieve leennormen geven hierover geen heldere handvatten, terwijl de hypothecaire leennormen in vrij algemene termen benadrukken dat de kredietgever moet kunnen uitleggen de kredietverstrekking in het concrete geval verantwoord is voor de consument. In beide gevallen wordt niet expliciet (genoeg) erkend dat de

⁹²³ Paragraaf 4.4.

⁹²⁴ Paragraaf 8.3.

⁹²⁵ Dit hoeft niet te betekenen dat de regels (dus) veranderd moeten worden. Dit is immers afhankelijk van de inzichten over de balans tussen het voorkomen van overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. Mogelijk zorgt een aanpassing voor een te nadelig effect op de krediettoegang van bepaalde consumenten.

⁹²⁶ Paragraaf 8.4.2.2 en 6.4.2.2.

⁹²⁷ Paragraaf 6.4.2.2.

⁹²⁸ Paragraaf 8.4.3.1. Overigens moet worden bedacht dat dergelijke onduidelijkheden er ook voor kunnen zorgen dat kredietgevers te voorzichtig handelen omdat ze bang zijn achteraf te worden geconfronteerd met juridische sancties.

consument in dit verband op twee manieren in een problematische terugbetaalsituatie⁹²⁹ kan belanden. Enerzijds kan de consument in de problemen komen omdat het opofferen van het betreffende vermogen leidt tot, voor hem, onacceptabele gevolgen. Denk bijvoorbeeld aan het spaargeld dat is gereserveerd voor bepaalde belangrijke uitgaven of de auto die de consument nodig heeft voor zijn werk. Anderzijds kan de consument in de problemen komen omdat hij het vermogen niet snel genoeg kan aanspreken om tijdig te voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. In dat geval moet hij mogelijk (alsnog), voor hem, onacceptabele terugbetaaloffers maken om een betaalachterstand te voorkomen. Mede omdat het voor de kredietgever sneller verantwoord kan zijn om rekening te houden met het vermogen dan verantwoord is voor de consument, is er een gevaar dat de kredietgever, bij zijn uitleg waarom de kredietverstrekking in het specifieke geval verantwoord is, onvoldoende aandacht heeft voor de beschreven problemen waarmee de consument te maken kan krijgen.

Ten derde is er een gevaar op overkreditering wegens een gebrekkige aandacht voor de betaalbaarheid van de maandlasten bij consumptieve kredieten.⁹³⁰ De kredietwaardigheid wordt in het publiekrecht gekoppeld aan het totale kredietbedrag. Bij een consumptief krediet wordt dit bedrag in beginsel bepaald door de maandelijkse omvang van het vrij besteedbaar inkomen te vermenigvuldigen met vijftig. Dit komt erop neer dat de consument een krediet kan krijgen dat hij hooguit binnen vijftig maanden verantwoord *zal kunnen* terugbetalen. In werkelijkheid kan de kredietgever echter met de consument afspreken dat dit kredietbedrag binnen een kortere tijd *moet zijn* terugbetaald. De consument krijgt in dat geval te maken met maandlasten die hij niet volledig uit zijn maandelijkse vrij besteedbaar inkomen kan voldoen. Deze consument zal daarom, of moeten bezuinigen op zijn vaste uitgaven om te kunnen voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten, of moeten overgaan tot een feitelijke verlenging van de looptijd waardoor hij, mede door de oplopende rentekosten, het risico loopt uiteindelijk zeer lang te moeten betalen voor een krediet waarvan hij een beperkte tijd heeft geprofiteerd.

Ten vierde is er een gevaar op overkreditering door de beperkte aandacht voor concreet voorzienbare negatieve veranderingen van de betaalcapaciteit.⁹³¹ De consumptieve leennormen hebben alleen aandacht voor de eventuele inkomstendaling na pensionering, terwijl de hypothecaire leennormen buffers bevatten die de consument enige ruimte geven om na de eventuele kredietverstrekking tegenslagen te kunnen opvangen. Het is echter niet duidelijk in hoeverre de kredietgever rekening moet houden met de gevolgen van (andere) concreet voorzienbare tegenslagen die niet zijn verdisconteerd in de leennormen. Deze onduidelijkheid kan ervoor zorgen dat de consument, na de beoogde kredietverstrekking, onacceptabele terugbetaaloffers moet maken omdat hij op voorhand de, niet in de leennormen verwerkte, nadelige gevolgen van een concreet

⁹²⁹ Er is in dit verband sprake van een problematische terugbetaalsituatie als de consument moet bezuinigen op de uitgaven die het recht wil beschermen, te weten de onvermijdbare en moeilijk-vermijdbare uitgaven.

⁹³⁰ Paragraaf 8.4.3.2.

⁹³¹ Paragraaf 8.4.3.3.

voorzienbaar scenario heeft onderschat. In dit verband moet worden bedacht dat de zwaktes van de (gedragmatig stuurbare) consument vooral liggen bij het inschatten van de toekomstige gevolgen van een beslissing.⁹³² Bovendien kan niet altijd worden aangenomen dat de kredietgever uit eigen beweging rekening houdt met dergelijke tegenslagen.⁹³³ Tot slot kan de consument in soortgelijke problemen komen door de onduidelijkheden over de mogelijkheid om de kredietwaardigheid ‘alvast’ te koppelen aan een, op korte termijn, te verwachten stijging van het inkomen. Voor zover de terugbetalplichten worden afgestemd op een hoger inkomen, kan de consument in de periode voorafgaand aan die inkomstenstijging te maken krijgen met maandlasten die hij niet volledig uit zijn vrij besteedbaar inkomen kan voldoen. Omdat niet duidelijk is welke terugbetaalloffers de consument hoelang mag maken in de periode voordat de inkomstenstijging plaatsvindt, is er een gevaar dat de consument in die periode te veel terugbetaalloffers moet maken.

9.3.3 Het privaatrecht

Het is positief dat er in het privaatrecht gebruik wordt gemaakt van de leennormen uit het publiekrecht.⁹³⁴ Deze leennormen zijn immers opgesteld door deskundige organisaties en leiden in de meeste gevallen tot een uitkomst die ook in het privaatrecht aanvaardbaar wordt geacht.⁹³⁵ Tegelijkertijd is het noodzakelijk dat de civiele rechter kan komen tot een andere uitkomst dan volgt uit de leennormen uit het publiekrecht. Dit laatste hangt samen met de aard van de publiekrechtelijke leennormen en met de wijze waarop in het civiele recht de verhouding tussen de partijen wordt beoordeeld. Zo is er bijvoorbeeld een beperkt aantal situaties waarin de consument door de publiekrechtelijke leennormen onvoldoende wordt beschermd tegen overkreditering en aldus in een situatie terechtkomt waarin hij niet (meer) kan voldoen aan de uitgaven die het recht probeert te beschermen.⁹³⁶ Bovendien is het denkbaar dat de consument door de leennormen wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig, terwijl hij over voldoende inkomen beschikt voor de laatstgenoemde uitgaven. Het bedrag dat de consument volgens de leennormen mag lenen is dus niet per definitie het enige juiste bedrag dat de consument nog verantwoord kan lenen.

In het privaatrecht wordt het gedrag van de kredietgever beoordeeld in het licht van de bijzondere zorgplicht. De daaruit voortvloeiende eisen worden niet louter bepaald door de leennormen uit het publiekrecht, maar (mede) door de omstandigheden van het ge-

⁹³² Paragraaf 7.4.2.2.

⁹³³ Paragraaf 7.3.3.3 en 7.3.3.4. Hij kan de kredietaanvraag dus ‘gewoon’ accepteren. Zie ook paragraaf 8.4.3.3.

⁹³⁴ Paragraaf 4.4.

⁹³⁵ De rechter kan in principe dus ook aansluiting zoeken bij de gemiddelde uitgavenpatronen die zijn verwerkt in de leennormen uit het publiekrecht. De betreffende consument zal doorgaans ongeveer hetzelfde uitgeven, terwijl het alternatief – een gedetailleerder onderzoek naar de uitgaven – niet automatisch zal leiden tot betere resultaten. Zo is het bijvoorbeeld niet altijd goed vast te stellen welke uitgaven in het concrete geval onvermijdbaar en (vooral) moeilijk-vermijdbaar zijn. Zie in deze zin ook paragraaf 7.4.4.2.

⁹³⁶ Paragraaf 9.3.2.

val, zoals de deskundigheid van de consument en de aard en complexiteit van het financiële product.⁹³⁷ Het is daarom niet vreemd dat de rechter soms meer of minder verantwoordelijkheid neerlegt bij de consument dan volgt uit het publiekrecht. De bijzondere zorgplicht is immers gericht op het gedrag van de kredietgever richting de betreffende consument en het is mogelijk dat die consument – bijvoorbeeld vanwege zijn deskundigheid of ervaring – in mindere mate mag worden geacht het slachtoffer te worden van zijn eigen lichtvaardig handelen dan een andere, mogelijk minder deskundige of ervaren consument. Tot dusver heeft de civiele rechter op twee punten meer verantwoordelijkheid bij de consument neergelegd.⁹³⁸ Ten eerste heeft de rechter een aantal keren een verificatieplicht afgewezen mede omdat de gegevens afkomstig waren van een deskundige of ervaren consument.⁹³⁹ Ten tweede heeft de rechter diverse malen een waarschuwingsplicht aangenomen, terwijl het publiekrecht een weigeringsplicht voorschrijft.⁹⁴⁰

Uit dit onderzoek volgt dat er verschillende redenen kunnen zijn om wel of juist geen (extra) verantwoordelijkheid neer te leggen bij de consument. Ten eerste volgt uit de (rechts)economische analyse dat het nogal kan uitmaken wie de kredietaanvraag heeft ingediend. Enerzijds is een rationele consument in staat om de juiste informatie over zijn betaalcapaciteit te leveren aan de kredietgever. Bovendien is hij bij machte om op een rationele manier te handelen naar een eventuele waarschuwing van de kredietgever over de gevolgen van de beoogde kredietverstrekking.⁹⁴¹ Sterker, als er te veel verantwoordelijkheid bij de kredietgever komt te liggen, kan de rationele consument zelfs overgaan tot minder zorgvuldig gedrag omdat hij verwacht een schadevergoeding te kunnen krijgen als eenmaal sprake is van overkreditering. Anderzijds kan een gedragsmatig stuurbare consument juist meer moeite hebben om de bestendigheid van zijn inkomen te duiden.⁹⁴² Daarnaast kan hij onvoldoende voorzorgsmaatregelen treffen nadat hij door de kredietgever is gewaarschuwd voor de nadelige gevolgen van het beoogde krediet.⁹⁴³ Anders dan de rationele consument, kan die laatste consument dus, onbedoeld, in een situatie van overkreditering belanden op het moment dat er meer verantwoordelijkheden bij hem worden neergelegd. In de praktijk is echter niet altijd even goed te zien in welke mate een individuele consument handelt als een rationele dan wel een gedragsmatig stuurbare consument.

Ten tweede is er nog een juridisch aandachtspunt in verband met de vraag of de civiele rechter bij overkreditering een weigeringsplicht moet aannemen. Deze plicht doet immers geen recht aan het beginsel van de contractsvrijheid en past bovendien minder goed bij de aanverwante effectenlease-uitspraken waarin de rechter in beginsel een waarschuwingsplicht aanneemt als blijkt dat de consument het geleende bedrag niet

⁹³⁷ Paragraaf 4.3.2.2.

⁹³⁸ Paragraaf 4.4.

⁹³⁹ Paragraaf 4.3.6.2.

⁹⁴⁰ Paragraaf 4.3.5.4 en 4.3.6.4.

⁹⁴¹ Paragraaf 8.4.2.2 en 8.4.4.1.

⁹⁴² Paragraaf 8.4.2.2.

⁹⁴³ Paragraaf 8.4.4.1 en 8.4.3.3.

op een verantwoorde manier zal kunnen terugbetalen.⁹⁴⁴ Er zijn in dit verband echter ook argumenten die pleiten voor een weigeringsplicht. Het publiekrecht bevat immers een weigeringsplicht en het is denkbaar dat dit gevolgen zal hebben voor het civiele recht.⁹⁴⁵ Zoals hiervoor al is besproken, biedt de (rechts)economie in dit verband geen duidelijke aanknopingspunten. De rationele consument kan zelf beoordelen of hij kredietwaardig is. Echter, de bijzondere zorgplicht is gericht op bescherming tegen de gevaren van eigen lichtvaardig of ondeskundig handelen. In (rechts)economische termen gaat het dus om de bescherming van de gedragsmatig stuurbare consument die, anders dan de rationele consument, niet altijd in staat is om een verantwoorde kredietaanvraag in te dienen.⁹⁴⁶ Omdat een gedragsmatig stuurbare consument niet in alle gevallen rationeel zal handelen naar een waarschuwing van de kredietgever, zal een waarschuwplicht deze consument niet altijd adequaat kunnen beschermen tegen de gevaren van zijn eigen lichtvaardigheid.

Overigens is het in voorgaand verband van belang om te bedenken dat het verschil tussen waarschuwen of weigeren in het privaatrecht vooral relevant is voor de schadeafwikkeling. Als een waarschuwplicht wordt aangenomen is de kredietgever pas schadeplichtig als aannemelijk is dat de consument naar die waarschuwing zou hebben gehandeld. Bij een weigeringsplicht speelt die vraag over het causaal verband niet. Verder zou de verdeling van de schade over partijen op basis van een ‘eigen schuld’ kunnen verschillen al naar gelang er een waarschuwings- of een weigeringsplicht is aangenomen.

9.4 Aanbevelingen

9.4.1 Inleiding

Hierna worden aanbevelingen gegeven voor het publiekrecht (paragraaf 9.4.2) en het privaatrecht (paragraaf 9.4.3). Deze aanbevelingen liggen in het verlengde van hetgeen is beschreven in paragraaf 9.3 en beogen een bijdrage te leveren aan een kredietwaardigheidstoets die enerzijds is gericht op het beschermen van de consument tegen overkreditering en die anderzijds wil voorkomen dat consumenten te veel worden belemmerd in hun toegang tot krediet.

9.4.2 Aanbevelingen voor het publiekrecht

9.4.2.1 Inleiding

De aanbevelingen voor het publiekrecht vloeien voort uit de knelpunten die zijn gesignaleerd in paragraaf 9.3.2. Deze aanbevelingen laten zien op welke punten er eventueel ruimte is tot verbetering. Het is vanzelfsprekend niet zo dat alle aanbevelingen moeten worden overgenomen. In het publiekrecht ligt de nadruk immers op de balans tussen het beschermen van de consument tegen overkreditering en het behouden van een goede krediettoegang. Het is dus mogelijk dat een eventuele aanpassing een te negatief

⁹⁴⁴ Paragraaf 4.3.5.4 en 4.3.6.4.

⁹⁴⁵ Al heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de betekenis van die plicht in het privaatrecht.

⁹⁴⁶ Paragraaf 7.4.2.2.

effect zal hebben op de krediettoegang of de mate waarin de consument wordt beschermd tegen overkreditering.⁹⁴⁷

9.4.2.2 De uitvoeringskosten bij de kleinere kredieten

De uitvoeringskosten van de kredietwaardigheidstoets kunnen onnodig hoog zijn. Daarvan is sprake als een aanpassing van de leennormen zal leiden tot een verlaging van de uitvoeringskosten, terwijl de consumenten nog even goed zullen worden beschermd tegen overkreditering. Een aanpassing van de leennormen heeft in die zin dus enkel voordelen. Omdat het niet eenvoudig is om vast te stellen of deze kosten onnodig hoog zijn, is het van belang om kritisch te blijven kijken naar de huidige vormgeving van de kredietwaardigheidstoets. Een bijzondere aandacht verdient daarbij de kredietwaardigheidstoets bij de (zeer) kleine consumptieve kredieten. Een vergelijkend onderzoek laat zien dat de uitvoeringskosten in Engeland vooral bij deze kredieten lager kunnen zijn dan in Nederland.⁹⁴⁸ Bij deze kredieten kan de kredietgever in Engeland in beginsel volstaan met de Engelse variant van een BKR-toets, terwijl de kredietgever in Nederland een verder onderzoek moet doen naar het inkomen en de uitgaven van de consument. In Engeland is dat laatste onderzoek 'pas' vereist als sprake is van een concreet signaal dat erop wijst dat de betreffende consument niet-kredietwaardig is, zoals bijvoorbeeld een negatieve registratie in het betreffende kredietregister.⁹⁴⁹

9.4.2.3 De verificatieplichten bij consumptieve kredieten

De kredietgever is niet verplicht om bij de kredietaanvragen tot €1000 het inkomen van de consument te verifiëren. Voor kredieten tussen de €250 en €1000 is het voldoende dat de kredietgever een BKR-toets uitvoert om inzicht te krijgen in de uitstaande kredieten van de consument. Omdat het inkomen bij deze kredieten niet wordt geverifieerd, is er een gevaar dat de consument in een situatie van overkreditering belandt. Zo kan de consument moeite hebben om de bestendigheid van zijn eigen inkomen te duiden. Bovendien is het denkbaar dat de kredietgever er belang bij heeft dat de consument een te hoog inkomen opgeeft. Hij zal de consument zelfs kunnen stimuleren om een dergelijke, voor de consument, onverantwoorde kredietaanvraag in te dienen. Hoewel er vanuit het oogpunt van consumentenbescherming dus argumenten zijn voor het invoeren van een verplichte verificatie van het inkomen, is het nadeel van deze verplichting dat het zorgt voor hogere uitvoeringskosten voor de kredietgever en dus (ook) voor langere wachttijden en hogere kredietprijzen voor de consument.

In voorgaand verband kan eventueel inspiratie worden geput uit het Engelse recht. In Engeland ligt het namelijk minder voor de hand dat de kredietwaardigheid wordt afgestemd op een te hoog opgegeven inkomen. Dit komt omdat de Engelse variant van de BKR-toets een prominentere rol speelt bij het bepalen van de kredietwaardigheid

⁹⁴⁷ Dit is deels een politieke afweging.

⁹⁴⁸ Zie paragraaf 6.4.2.1. In mijn ogen is het verschil tussen Nederland en Engeland vooral zichtbaar bij bepaalde kredieten van (omgerekend) enkele honderden of (hooguit) duizenden euro's. Bedacht moet worden dat in Engeland de vereiste omvang en diepgang van de kredietwaardigheidstoets toeneemt als de consument vraagt om een groter en/of duurder krediet. Zie verder paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2.

⁹⁴⁹ Zie paragraaf 5.2.5.3 en 5.3.3.2 voor een uitleg over de betekenis van risicosignalen.

bij de kleinere consumptieve kredieten.⁹⁵⁰ In Engeland mag de consument in beginsel als kredietwaardig worden gezien als uit die toets blijkt dat hij geen betaalachterstanden of kredieten op zijn naam heeft staan. Het voordeel hiervan is dat de uitvoeringskosten van de kredietwaardigheidstoets beperkt blijven – een verder onderzoek is immers niet vereist – terwijl de kredietwaardigheid niet wordt gebaseerd op informatie die afkomstig is van de consument. Als echter sprake is van een geregistreerde betaalachterstand, moet de kredietgever in Engeland in beginsel wel een onderzoek doen naar het inkomen. Omdat er al een concrete aanleiding is om te denken dat de consument niet-kredietwaardig is – er is immers een betaalachterstand – ligt het voor de hand dat de kredietgever kritischer zal moeten kijken naar het inkomen dat de consument heeft opgegeven.⁹⁵¹

9.4.2.4 De betekenis van het vermogen

Er is enige onduidelijkheid over de mate waarin de kredietgever rekening mag houden met het vermogen van de consument. De consumptieve leennormen geven geen handvatten, terwijl de hypothecaire leennormen in vrij algemene termen benadrukken dat de kredietgever in dit verband moet kunnen uitleggen dat de kredietverstrekking verantwoord is voor de consument. Er wordt echter onvoldoende erkend dat de consument in dit verband op twee manieren in de problemen kan komen.⁹⁵² Het is daarom van belang om te benadrukken dat er pas rekening mag worden gehouden met het vermogen als de kredietgever aannemelijk kan maken dat het opofferen van het betreffende vermogen leidt tot nog acceptabele gevolgen voor de consument en dat de consument het betreffende vermogen tijdig kan aanspreken om te voldoen aan de periodieke terugbetaalplichten. In dit verband moet worden bedacht dat de kredietwaardigheidstoets streeft naar een situatie waarin de consument zich, na de beoogde kredietverstrekking, ten minste een nog aanvaardbare leefstijl kan veroorloven.⁹⁵³ De leennormen leggen daarbij een sterke nadruk op het inkomen en de vaste uitgaven die de consument (mede daarom) heeft. Het ligt daarom niet voor de hand dat de kredietgever rekening mag houden met bijvoorbeeld het spaargeld dat is gereserveerd voor belangrijke uitgaven en met de waarde van de auto die de consument nodig heeft om een inkomen te kunnen vergaren.

9.4.2.5 De maandlasten bij consumptieve kredieten

De kredietwaardigheid wordt in het publiekrecht gekoppeld aan het totale kredietbedrag. Bij een consumptief krediet wordt dit bedrag in beginsel bepaald door de maandelijke omvang van het vrij besteedbaar inkomen te vermenigvuldigen met vijftig.⁹⁵⁴ Dit betekent dat de consument een krediet kan krijgen dat hij hooguit binnen vijftig maanden verantwoord *zal kunnen* terugbetalen. In werkelijkheid kan de consument echter met de kredietgever afspreken dat dit kredietbedrag binnen een kortere tijd

⁹⁵⁰ Paragraaf 6.4.2.2.

⁹⁵¹ Dit kan bijvoorbeeld via een loonstrook of via een vergelijking met het inkomen dat iemand in een vergelijkbare functie verdient. Zie paragraaf 5.2.5.3 over de betekenis van risicosignalen.

⁹⁵² Paragraaf 8.4.3.1.

⁹⁵³ Zie in deze lijn paragraaf 4.2.3.

⁹⁵⁴ Paragraaf 4.2.5.3.

moet zijn terugbetaald. De consument krijgt dan te maken met maandlasten die hij niet volledig uit zijn maandelijks vrij besteedbaar inkomen kan halen. Hij zal zich daarom genoodzaakt kunnen zien te bezuinigen op de uitgaven die de leennormen uit het publiekrecht juist willen beschermen. Overeenkomstig de hypothecaire leennormen, kan dit probleem worden opgelost door de kredietgever te verplichten om in dergelijke gevallen te rekenen met de werkelijk beoogde terugbetaalperiode.⁹⁵⁵

9.4.2.6 De omgang met de voorzienbare toekomst

Er zijn twee redenen waarom de vereiste omgang met de voorzienbare toekomst aandacht verdient. Ten eerste lijken de leennormen zelf inconsistent te zijn. Bij een consumptief krediet is de kredietgever namelijk verplicht om rekening te houden met het verwachte inkomen na pensionering, terwijl de kredietgever bij een hypothecair krediet buffers moet hanteren zodat de consument een deel van zijn inkomen overhoudt voor eventuele tegenslagen.⁹⁵⁶ Deze buffers zijn echter niet gericht op een grotere en structurele inkomstendaling en zullen daarom niet in alle gevallen een inkomstendaling na pensionering kunnen opvangen. Overigens is aan het voorgaande ook een Europeesrechtelijke vraag verbonden. Zo schrijven de EBA-richtsnoeren voor dat de kredietgever, bij een hypothecair krediet, ‘naar behoren’ rekening moeten houden met de toereikendheid van het inkomen na pensionering.⁹⁵⁷

Ten tweede is in het publiekrecht onduidelijkheid over de omgang met een positieve verandering van de betaalcapaciteit. Zo mag de kredietgever de kredietwaardigheid ‘alvast’ afstemmen op een, op korte termijn, te verwachten hogere inkomen. Er is echter nauwelijks aandacht voor de mogelijkheid dat de consument in de periode daarvoor te maken krijgt met, strikt genomen, te hoge terugbetaalplichten. In termen van consumentenbescherming is het daarom van belang dat de kredietgever moet kunnen uitleggen dat de consument ook in die laatstgenoemde periode op een nog acceptabele manier kan terugbetalen. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de consument tijdelijk gebruik mag maken van zijn spaargeld, terwijl in dit verband ook niet kan worden uitgesloten dat de consument onder omstandigheden (zeer) tijdelijk mag bezuinigen op zijn moeilijk-vermijdbare uitgaven.

In voorgaande verband is het van belang te bedenken dat de zwaktes van de consument juist liggen bij het inschatten van de toekomstige impact van het krediet op zijn financiële positie.⁹⁵⁸ Hij kan bijvoorbeeld de kans op positieve ontwikkelingen van zijn betaalcapaciteit overschatten en de kans op negatieve ontwikkelingen onderschatten. Tegelijkertijd moet worden bedacht dat een eventuele verdergaande verplichting om rekening te houden met negatieve veranderingen zorgt voor meer uitvoeringskosten voor de kredietgever. Eventueel kan, ter beperking van die kosten, inspiratie worden geput uit het Engelse recht in welk verband de kredietgever zich bijvoorbeeld (pas) in een

⁹⁵⁵ Paragraaf 4.2.6.3.

⁹⁵⁶ Paragraaf 4.2.5.3 en 4.2.6.3.

⁹⁵⁷ Paragraaf 3.3.5.3. Overigens is niet duidelijk wanneer er ‘naar behoren’ rekening wordt gehouden met het inkomen na pensionering.

⁹⁵⁸ Paragraaf 7.4.2.2.

verdergaande mate moet inspannen om het inkomen na pensionering in beeld te brengen naarmate het minder lang duurt voordat de betreffende consument met pensioen gaat.⁹⁵⁹

9.4.3 Aanbevelingen voor het privaatrecht

9.4.3.1 Inleiding

De aanbevelingen voor het privaatrecht vloeien voort uit hetgeen is beschreven in paragraaf 9.3.3. In het kort komen deze erop neer dat de leennormen uit het publiekrecht kunnen fungeren als een referentiekader, maar dat er ook goede redenen kunnen zijn om van deze leennormen af te wijken. Een lastig vraagstuk is echter in hoeverre er (meer) verantwoordelijkheid bij de consument kan worden neergelegd.

9.4.3.2 De leennormen uit het publiekrecht

De leennormen uit het publiekrecht zijn geschikt om in het privaatrecht te worden gebruikt als een referentiekader. Deze leennormen zijn opgesteld door deskundige organisaties en zullen in de meeste gevallen leiden tot een uitkomst die ook in het privaatrecht aanvaardbaar wordt geacht.⁹⁶⁰ Uiteindelijk gaat het erom dat de consument zich een nog aanvaardbare leefstijl kan veroorloven waarbij hij niet hoeft te bezuinigen op zijn onvermijdbare uitgaven en hij bovendien nog wat ruimte heeft voor de moeilijk-vermijdbare uitgaven. Tegelijkertijd is het van belang dat niet alleen wordt gekeken naar de toepassing van de leennormen zelf, maar ook naar de uitkomst daarvan in het concrete geval. Het bedrag dat de consument volgens de leennormen mag lenen is namelijk niet heilig. Zo is er bijvoorbeeld een beperkt aantal situaties waarin de consument door de leennormen uit het publiekrecht onvoldoende wordt beschermd tegen overkreditering en aldus zal moeten bezuinigen op de uitgaven die het recht wil beschermen.⁹⁶¹ Bovendien is het denkbaar dat de consument door deze leennormen wordt aangemerkt als niet-kredietwaardig, terwijl hij feitelijk over voldoende inkomsten zal beschikken om die laatste uitgaven te kunnen doen.

9.4.3.3 De eigen verantwoordelijkheid van de consument

In het privaatrecht houdt de civiele rechter rekening met de eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁹⁶² Dit is een belangrijke toevoeging aan de publiekrechtelijke leennormen die zich vooral richten tot de kredietgever en die bovendien vrij veel verantwoordelijkheden weghouden bij de consument. Het gaat hier echter om een lastig vraagstuk.⁹⁶³ Ten eerste kunnen niet alle consumenten even goed met bepaalde verantwoordelijkheden omgaan.⁹⁶⁴ De consument kan bijvoorbeeld moeite hebben om de

⁹⁵⁹ Paragraaf 5.2.6.4.

⁹⁶⁰ Vergelijk de paragrafen 4.2.3 en 4.2.4 met de paragrafen 4.3.3 en 4.3.4.

⁹⁶¹ Zie paragraaf 9.3.2. Zo kunnen bijvoorbeeld de schattingen over de vaste uitgaven van de consument niet kloppen. Bovendien houden de leennormen uit het publiekrecht in een vrij beperkte mate rekening met eventuele toekomstige tegenslagen en kunnen ze, door de nadruk op het gehele kredietbedrag, onvoldoende aandacht hebben voor de betaalbaarheid van de (werkelijke) maandlasten.

⁹⁶² Paragraaf 4.4.

⁹⁶³ Zie hierover paragraaf 9.3.3.

⁹⁶⁴ Ibid.

bestendigheid van zijn inkomen te duiden, en zal niet altijd de juiste voorzorgsmaatregelen treffen als hij door de kredietgever is gewaarschuwd voor de gevolgen van het beoogde krediet. Er zijn echter ook consumenten die wel met deze verantwoordelijkheden kunnen omgaan en die zich misschien zelfs onzorgvuldig kunnen gaan gedragen als de kredietgever te veel verantwoordelijkheden krijgt. Het is voor de rechter echter niet goed te bepalen wie in welke mate met bepaalde verantwoordelijkheden kan omgaan. Ten tweede kan worden afgevraagd in hoeverre een weigeringsplicht kan worden aangenomen voor een niet-kredietwaardige consument.⁹⁶⁵ Enerzijds moet worden bedacht dat een weigeringsplicht geen recht doet aan het beginsel van de contractsvrijheid en bovendien niet goed past bij de aanverwante effectenlease-zaken waarin in beginsel een waarschuwingsplicht wordt aangenomen voor soortgelijke gevallen. Anderzijds kent het publiekrecht een weigeringsplicht bij overkreditering en heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de betekenis van die plicht in het privaatrecht. Overigens is het van belang te bedenken dat het verschil tussen weigeren of waarschuwen vooral relevant is voor de schadeafwikkeling in verband met vragen van causaal verband en de eventuele mate van eigen schuld.

9.5 Vooruitblik

Er zijn geen fundamentele problemen gesignaleerd ten aanzien van de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht. Dit neemt niet weg dat er ruimte is tot verbetering en dat er in verband daarmee nog verschillende vragen openstaan. De volgende vragen rechtvaardigen in mijn ogen een nader onderzoek. Ten eerste is gebleken dat het lastig is om te bepalen in hoeverre de uitvoeringskosten van de kredietwaardigheidstoets te hoog zijn. Mede omdat deze uitvoeringskosten een nadelige impact kunnen hebben op de krediettoegang van consumenten, is het van belang hier nader onderzoek naar te doen. Dit geldt met name voor de zeer kleine kredieten. Zo zijn in Nederland de leennormen voor de goederenkredieten tot €5000 de laatste jaren strenger geworden, terwijl de leennormen in Engeland laten zien dat een genuanceerdere invulling mogelijk is en eventueel zelfs gewenst kan zijn. Het is daarom van belang te onderzoeken in hoeverre de Engelse variant zal leiden tot meer of minder uitvoeringskosten en overkreditering. Ten tweede zijn er nog vragen over de juiste omgang met een lichtvaardige consument. In het bijzonder is het de vraag hoeveel verantwoordelijkheid bij deze consument kan worden neergelegd. Zijn bijvoorbeeld waarschuwingsplichten effectief? En, in hoeverre kan worden aangenomen dat de consument in staat is de juiste informatie te verstrekken over zijn eigen kredietwaardigheid? Tot slot is het van belang kritisch te blijven kijken naar de juridische grens zelf. Kunnen consumenten na een, volgens de leennormen, verantwoorde kredietverlening hun leven daadwerkelijk op een nog aanvaardbare manier blijven invullen? En, worden consumenten daadwerkelijk zoveel meer gehinderd in de toegang tot krediet als deze grens naar boven toe wordt bijgesteld?

⁹⁶⁵ Ibid.

Korte samenvatting

Dit onderzoek richt zich op de kredietwaardigheidstoets bij consumptieve en hypothe-caire kredietverlening in het Nederlandse recht. Om deze, door de kredietgever uit te voeren, toets te analyseren, is er een theoretisch raamwerk gecreëerd. Dit raamwerk is opgebouwd uit vragen die door de regelsteller beantwoord moeten worden bij het vormgeven van de kredietwaardigheidstoets. Aan de hand van dat raamwerk is onderzocht hoe de kredietwaardigheidstoets in het Nederlandse recht is vormgegeven. Hieruit volgt dat de kredietwaardigheid van de consument primair afhankelijk is van het vrij besteedbaar inkomen. Als er sprake is van onvoldoende inkomen, moet de krediet-aanvraag in beginsel worden afgewezen. In dit onderzoek is voorts gezocht naar eventuele verbeterpunten. In dat kader is een onderzoek uitgevoerd naar het recht van de Europese Unie en van Engeland. Bovendien is de relevante (rechts)economische literatuur in het onderzoek betrokken. Duidelijk is geworden dat de kredietwaardigheids-toets in het Nederlandse recht er in het algemeen goed uitziet. Deze toets voldoet aan de eisen die het EU-recht daaraan stelt en houdt bovendien op een evenwichtige wijze rekening met het belang van de bescherming van de consument tegen overkreditering en het belang van een goede krediettoegang. Dit neemt echter niet weg dat er een aantal verbeterpunten is gesignaleerd. In diens verlengde zijn er verschillende aanbevelingen gegeven die zich richten op het publiek- en privaatrecht. De aanbevelingen voor het toezichtrechtelijke kader vragen met name aandacht voor een aantal punten waarop de consument mogelijk te weinig wordt beschermd tegen overkreditering of juist te veel wordt belemmerd in zijn toegang tot krediet. De aanbevelingen voor het verbintenisrecht richten zich hoofdzakelijk op het gebruik van de leennormen uit het publiekrecht in de civiele rechtspraak en op de rol van de eigen verantwoordelijkheid van de consument in dit verband.

Short summary

This research focuses on the creditworthiness assessment in consumer and mortgage credit lending under Dutch law. To analyse the creditor's duty to assess the consumer's creditworthiness, a conceptual framework has been developed, focussing on the key points that regulators must address when designing such a test. Within this framework, relevant Dutch law has been analysed. It has been shown that the consumer's creditworthiness under Dutch law primarily depends on his disposable income. As a rule, if the consumer does not have sufficient income, the credit application must be rejected. The study has further explored whether there is room for improvement, taking into account the law of the European Union, English law and the literature in the field of Law and Economics. It has become clear that Dutch law governing the creditworthiness assessment complies with EU law, and that overall, a fair balance has been struck between consumer protection against overindebtedness and access to credit. At the same time, several recommendations for improvement have been made in relation to both public and private law. The recommendations for the financial supervisory framework focus on the specific elements of the creditworthiness assessment that may lead to insufficient consumer protection against overindebtedness or obstacles in consumer access to credit. The recommendations with respect to the law of obligations concern the use of public law lending standards in private adjudication and the room for the consumer's responsibility in this context.

Literatuurlijst

Boeken en artikelen

Abdou & Pointon 2011

H.A.H. Abdou & J. Pointon, 'Credit scoring, statistical techniques and evaluation criteria: A review of the literature', *Intelligent Systems in Accounting, Finance & Management* 2011/18, p. 59-88.

Aldohni 2017

A.K. Aldohni, 'The UK New Regulatory Framework of High-Cost Short-Term Credit: Is There a Shift Towards a More "Law and Society" Based Approach?', *Journal of Consumer Policy* 2017/40, p. 321-345.

Ancery 2017

A.G.F. Ancery, 'Het swappen van mededelingsplichten. Over de invloed van MiFID I/II en de Wft op het leerstuk van dwaling', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2017/11, p. 332-340.

Anderloni & Vandone 2010

L. Anderloni & D. Vandone, 'Risk of Overindebtedness and Behavioural Factors', *Department of Economics University of Milan Italy Departemental Working Papers* 2010/25.

Akerlof 1970

G.A. Akerlof, 'The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism', *The Quarterly Journal of Economics* 1970/84-3, p. 488-500.

Asser/De Serière 2018

V.P.G. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Effectenrecht 2-IV*, Deventer: Kluwer 2018.

Asser/Vranken 2014

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Atamer 2011

Y.M. Atamer, 'Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?', in: S. Grundmann & Y.M. Atamer (eds), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011.

Baarsma e.a. 2003

B. Baarsma, F. Felsö, S. van Geffen, J. Mulder & A. Oostdijk, *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*. Amsterdam: SEO 2003.

Bandyopadhyay 2016

A. Bandyopadhyay, *Managing Portfolio Credit Risk in Banks*, Cambridge: Cambridge University Press 2016.

Barboza 2018

G. Barboza, 'I Will Pay Tomorrow, or Maybe the Day After. Credit Card Repayment, Present Biased and Procrastination', *Economic Notes* 2018 47/2-3, p. 455-494.

Bar-Gill 2004

O. Bar-Gill, 'Seduction by Plastic', *American Law & Economics Association Paper* 2004/12.

Beales III 2015

J.H. Beales III, 'Behavioral Economics and Credit Regulation', *Journal of Law, Economics & Policy* 2015/11-3, p. 349-366.

Becker 1976

G.S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago: The University of Chicago Press 1976.

Berg e.a. 2018

T. Berg, V. Burg, A. Gombobić & M. Puri, 'On the Rise of FinTechs – Credit Scoring using Digital Footprints', *Federal Deposit Insurance Corporation Center for Financial Research Working Papers* 2018/04.

Berger e.a. 2010

A.N. Berger, I. Hasan & M. Zhou, 'The effects of focus versus diversification on bank performance: Evidence from Chinese banks', *Journal of Banking & Finance* 2010/34-7, p. 1417-1435.

Berlin 2009

M. Berlin, 'Bank Credit Standards', *Federal Reserve Bank of Philadelphia Business Review* 2009/02, p. 1-10.

Besanko & Thakor 1987

D. Besanko & A.V. Thakor, 'Collateral and Rationing: Sorting Equilibria in Monopolistic and Competitive Credit Markets', *International Economic Review* 1987/28-3, p. 671-689.

Bester 1985

H. Bester, 'Screening vs Rationing in Credit Markets with Imperfect Information', *The American Economic Review* 1985/75-4, p. 850-855.

Bikker & Vervliet 2017

J. Bikker & T. Vervliet, 'Bank profitability and risk-taking under low interest rates', *De Nederlandsche Bank Working Papers* 2017/560.

Bierens 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2013/3, p. 15-27.

Black 2015

J. Black, 'Regulatory Styles & Supervisory Strategies', in: N. Moloney, E. Ferran & J. Payne (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Van Boom 2012

W.H. van Boom, 'Hypotheek als consumentenrechtelijk thema', te vinden op: re-pub.eur.nl/pub/31249/hypotheek_bachiene.pdf (laatst geraadpleegd op 19 april 2020).

Boyd & De Nicoló 2005

J.H. Boyd & G. De Nicoló, 'The theory of bank risk-taking and competition revisited', *The Journal of Finance* 2005/60-3, p. 1329-1343.

Braspenning 2017

J. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst* (diss. Tilburg), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Broekhuizen & Labeur 2006

K.W.H. Broekhuizen & R.E. Labeur, 'Verantwoorde kredietverlening aan consumenten', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2006/10, p. 248-254.

Bröring & Cherednychenko 2016

H.E. Bröring & O.O. Cherednychenko, 'Principles-Based Regulation and Public Trust in the Post-Crisis World: The Dutch Case of Financial Services', in: S. Comtois, & K. de Graaf (eds.), *On lawmaking and Public Trust*, The Hague: Eleven International Publishing 2016.

Bröring & van Vorselen 2013

H.E. Bröring & E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2013/3, p. 115-142.

Capuano & Ramsay 2011

A. Capuano & I. Ramsay, 'What Causes Suboptimal Financial Behaviour? An Exploration of Financial Literacy, Social Influences and Behavioural Economics', *University of Melbourne Legal Studies Research Paper* 2011/540.

Castermans 2016

A.G. Castermans, 'Artikel 6:230u BW: Het draagkrachtbeginsel in het contractenrecht', *Ars Aequi* 2016/0576, p. 576-577.

Castermans & den Hollander 2012

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Dwaling tussen privaats- en publiekrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012/6940, p. 563-574.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen publiek- en privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010/27-3, p. 66-77.

Cherednychenko 2014

O.O. Cherednychenko, 'Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?', *European Review of Contract Law* 2014/10-3, p. 390-421.

Cherednychenko 2015

O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector', *European Review of Private Law* 2015/23-4, p. 621-647.

Cherednychenko & Meindertsma 2014

O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2014/4, p. 181-191.

Cherednychenko & Meindertsma 2018

O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit', *Study for the European Parliament ECON committee* 2018.

Cherednychenko & Meindertsma 2019

O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for its Purpose?', *Journal of Consumer Policy* 2019/42-4, p. 483-519.

Claassen & Snijders 2014

M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, 7/8, p. 188-194.

Cortenraad 2012

W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128, p. 700-710.

Van Dijk & Zeelenberg 2009

E. Van Dijk & M. Zeelenberg, 'De (ir)rationaliteit van de beslisser', in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (eds.), *De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

Domurath 2013

I. Domurath, 'The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2013/3, p. 124-137.

Domurath 2017

I. Domurath, *Consumer Vulnerability and Welfare in Mortgage Contracts*, Oxford: Hart Publishing 2017.

Dowd 2008

K. Dowd, 'Moral Hazard and the Financial Crisis', *Centre for Risk & Insurance Studies Discussion Paper* 2008/06.

Durkin & Elliehausen 2015

T.A. Durkin & G. Elliehausen, 'Consumer Lending', in: A.N. Berger, P. Molyneux & J.O.S. Wilson (eds), *The Oxford Handbook of Banking, Second Edition*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Durkin e.a. 2014

T.A. Durkin, G. Elliehausen, M.E. Staten & T.J. Zywicki, *Consumer Credit and the American Economy*, New York: Oxford University Press 2014.

Eisenhardt 1989

K.M. Eisenhardt, 'Agency Theory: an Assessment and Review', *Academy of Management Review* 1989/14-1, p. 57-74.

Fairweather 2012

K. Fairweather, 'The development of responsible lending in the UK consumer credit regime', in: J. Devenney & M. Kenny (eds.), *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Fejós 2015

A. Fejós, 'Achieving Safety and Affordability in the UK Payday Loans Market', *Journal of Consumer Policy* 2015/38-2, p. 181-202.

Ferran 2015

E. Ferran, 'The choices for national systems', in: N. Moloney, E. Ferran & J. Payne (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Ferretti & Vandone 2019

F. Ferretti & D. Vandone, *Personal Debt in Europe. The EU Financial Market and Consumer Insolvency*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

Fiedler & von Sydow 2015

K. Fiedler & M. von Sydow, 'Heuristics and Biases: Beyond Tversky and Kahneman's (1974) Judgment under Uncertainty', in: M. Eysenck & D. Groome (eds.), *Cognitive psychology: Revisiting the classic studies*, London: Sage 2015.

Freeman 2013

A. Freeman, 'Payback: a structural analysis of the credit card problem', *Arizona Law Review* 2013/55, p. 151-199.

Garcia Porras & Van Boom 2012

C.I. Garcia Porras & W.H. Van Boom, 'Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations', in: J. Devenney & M. Kenny (eds.), *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Gathergood 2012

J. Gathergood, 'Self-control, financial literacy and consumer over-indebtedness', *Journal of Economic Psychology* 2012/33-3, p. 590-602.

Goodwin e.a. 2014

N. Goodwin, J. Harris e.a., *Microeconomics in Context*, Londen en New York: Routledge 2014.

Gonzalez 2008

A. Gonzalez, *Microfinance, incentives to repay, and overindebtedness: Evidence from a household survey in Bolivia* (diss. Ohio 2008), te vinden op: etd.ohiolink.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.881.9562&rep=rep1&type=pdf (laatst geraadpleegd op 19 april 2020).

Green 2002

S.L. Green, 'Rational Choice Theory: An Overview', te vinden op: business.baylor.edu/steve_green/green1.doc (laatst geraadpleegd op 19 april 2020).

Grohmann e.a. 2019

A.Grohmann, L. Menkhoff, C. Merkle & R. Schmacker, 'Earn More Tomorrow: Overconfident Income Expectations and Consumer Indebtedness', *SFB Rationality & Competition Discussion Paper 2019/152*.

Guérin e.a. 2013

I. Guérin, S. Morvant-Roux & M. Villarreal, *Microfinance, Debt and Over-indebtedness: Juggling with money*, New York: Routledge 2013.

Hancock 1993

K.E. Hancock, 'Can Pay? Won't Pay? Or Economic Principles of 'Affordability'', *Urban Studies* 1993/30-1, p. 127-145.

't Hart 2018

F.M.A. 't Hart, 'Rondom het nieuws - No Nudge no Glory', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2018/11, p. 586-590.

't Hart 2019

F.M.A. 't Hart, 'Informeel handhaving', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2019, 1/2, p. 12-24.

Hijink 2015

S. Hijink, 'Afstand van toezicht op afstand (?)', *Ondernemingsrecht* 2015/6, p. 45-46.

Honée & van Boom 2019

L. Honée & W. van Boom, 'De senioren hypotheek: juridische aandachtspunten', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2019/12, p. 633-641.

Hudson 2013

A.S. Hudson, *The Law of Finance*, London: Sweet & Maxwell 2013.

Hynes 2004

R.M. Hynes. 'Overoptimism and Overborrowing', *The Brigham Young University Law Review* 2004/1, p. 127-168.

Hynes & Posner 2002

R.M. Hynes & E.A. Posner, 'The Law and Economics of Consumer Finance', *Faculty Publications paper 2002/1656*.

Inderst 2008

R. Inderst, 'Irresponsible lending' with a Better Informed Lender', *The Economic Journal* 2008/118-532, p. 1499-1519.

Jaffee & Russell 1976

D.M. Jaffee & T. Russell, 'Imperfect Information, Uncertainty, and Credit Rationing', *The Quarterly Journal of Economics* 1976/90-4, p. 651-666.

De Jager 2018

C. de Jager, *Consumentenbescherming door informatie? Een analyse van 40 jaar beleid voor korte precontractuele informatiedocumenten over complexe financiële producten in Europa, Engeland, Nederland en Duitsland* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Janger & Block-Lieb 2006

E.J. Janger & S. Block-Lieb, 'The Myth of the Rational Borrower: Rationality, Behaviorism, and the Misguided 'Reform' of Bankruptcy Law', *Texas Law Review* 2006/84, p. 1481-1566.

Jansen 2010

K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2010/6853, p. 623-633.

Jensen & Meckling 1976

M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure', *Journal of Financial Economics*, 1976/03, p. 305-360.

Johnson 2013

S. Johnson, 'Debt, over-indebtedness and wellbeing: an exploration', in: I. Guérin, S. Morvant-Roux & M. Villarreal (eds.), *Microfinance, Debt and Over-indebtedness: Juggling with money*, New York: Routledge 2013.

Kanning & Kerkmeester 2008

W. Kanning & H.O. Kerkmeester, *Economie en recht*, Groningen/Houten: Noordhof Uitgevers 2008.

Kara, Ozkan & Altunbas 2016

A. Kara, A. Ozkan & Y. Altunbas, 'Securitisation and banking risk: what do we know so far?', *Review of Behavioral Finance* 2016/8-1, p. 2-16.

Kerckhaert 2010

P. Kerckhaert, 'Het Wetsvoorstel ter implementatie van de nieuwe Richtlijn Consumentenkrediet; een overzicht', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010/05, p. 114-122.

Kilborn 2005

J.J. Kilborn, 'Behavioral Economics, Overindebtedness & Comparative Consumer Bankruptcy: Searching for Causes and Evaluating Solutions', *Bankruptcy Developments Journal* 2005/22 (revised in 2010), p. 13-46.

Loerwald & Stemmann 2016

D. Loerwald & A. Stemmann, 'Behavioral Finance and Financial Literacy: Educational Implications of Biases in Financial Decision Making', in: C. Aprea e.a. (eds.), *International Handbook of Financial Literacy*, Singapore: Springer 2016.

Lusardi 2008

A. Lusardi, 'Financial literacy: An essential tool for informed consumer choice?', *Dartmouth College Working Papers* 2008.

Machiels & Rooijackers 2018

S.E. Machiels & C.C. Rooijackers, 'Het BKR-belicht: Waarom het (laten) verwijderen van een BKR-registratie geen sinecure is', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2018/03, p. 128-135.

MacNeil 2012

I.G. MacNeil, *An Introduction to the Law on Financial Investment*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2012.

Mak 2011

V. Mak, 'The 'Average Consumer' of EU Law in Domestic Litigation: Examples from Consumer Credit and Investment Cases', *TISCO Banking, Finance and Working Paper Series* 003/2011.

Mak 2013

V. Mak, 'The "average consumer" of EU law in domestic and European litigation', in: D. Leczykiewicz, & S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford: Hart Publishing 2013.

Mak 2015

V. Mak, 'What is responsible lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands', *Journal of Consumer Policy* 2015/38-4, p. 411-430.

Mak 2017

V. Mak, 'De gemiddelde consument: Van fictie naar feit', *Ars Aequi* 2017/7, p. 592-599.

Mak & Braspenning 2012

V. Mak & J. Braspenning, '*Errare humanum est*: Financial Literacy in European Consumer Credit Law', *Journal of Consumer Policy* 2012/35-3, p. 307-332.

Mann 2007

R.J. Mann, 'Bankruptcy Reform and the 'Sweat Box' of Credit Card Debt', *University of Illinois Law Review* 2007/1, p. 375-404.

Manove, Padilla & Pagano 2001

M. Manove, A.J. Padilla & M. Pagano, 'Collateral versus Project Screening: A Model of Lazy Banks', *Journal of Economics* 2001/32-4, p. 726-744.

Mathis & Steffen 2015

K. Mathis & A.D. Steffen, 'From Rational Choice to Behavioural Economics', in: K. Mathis (ed.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham: Springer 2015.

McCoy 2005

P. A. McCoy, 'A Behavioral Analysis of Predatory Lending', *Akron Law Review* 2005/38, p. 725-739.

Mein 2015

A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2015.

Meindertsma 2017

J.M. Meindertsma, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2017/03, p. 115-122.

Menting, Vranken & Scheltema 2014

M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijke perspectief: juridische betekenis, effectiviteit en handhaving*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2013, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Mercuro & Medema 2006

N. Mercuro & S.G. Medema, *Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond*, New Jersey: Princeton University Press 2006.

Mukminov 2015

R. Mukminov, *Deposit Markets, Lending Markets and Bank Screening Incentives*, Helsinki: Edita Prima 2015.

Mullainathan & Shafir 2013

S. Mullainathan & E. Shafir, *Schaarste: hoe gebrek aan tijd en geld ons gedrag bepalen*, Amsterdam: Maven 2013.

Niessen & van de Wetering 2017

S.H.L. Niessen & B.J.M. van de Wetering, 'De 'bijzondere' bancaire zorgplicht bij overkreditering, n.a.v. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2017/5, p. 228-238.

Paccès & Visscher 2011

A.M. Paccès & L.T. Visscher, 'Methodology of Law and Economics', in: B. van Klink, S. Taekema e.a. (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Möhr Siebeck 2011.

Pavillon 2019

C.M.D.S. Pavillon, 'Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive', *European Review of Private Law* 2019/27-6, p. 1297-1328.

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*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2010.

Van Poelgeest 2015

J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015.

Posner 2009

R.A. Posner, *A Failure of Capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, Cambridge: Harvard University Press 2009.

Posner 2014

R.A. Posner, *Economic analysis of law*, New York: Wolters Kluwer Law & Business 2014.

Prast 2003

H. Prast, 'Gedragseconomie: De rol van psychologie op financiële markten', *De Nederlandse Bank Onderzoeksrapporten* 2003/62.

Ramsay 2012

I. Ramsay, 'Consumer Credit Regulation after the Fall: International Dimensions', *Journal of European Consumer and Market Law* 2012/1-1, p. 24-34.

Reifner e.a. 2010

U. Reifner, J. Niemi-Kiesiläinen, N. Huls & H. Springeneer, *Overindebtedness in European Consumer Law: principles from 15 European States*, Norderstedt: Books on Demand GmbH 2010.

Ruckes 2004

M. Ruckes, 'Bank Competition and Credit Standards', *Review of Financial Studies* 2004/17-4, p. 1073-1102.

Saenz 2009

C. Saenz, 'What is Affordable Health Insurance?: The Reasonable Tradeoff Account of Affordability', *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009/19-4, p. 401-414.

Schicks 2011a

J. Schicks, 'Microfinance Over-Indebtedness: Understanding its Drivers and Challenging the Common Myths', *Centre Emile Bernheim Working Papers* 2011/10-48.

Schicks 2011b

J. Schicks, 'From a supply gap to a demand gap? The risk and consequences of overindebting the underbanked', *Centre Emile Bernheim Working Papers* 2011/11-46.

Schwarcz 2017

S.L. Schwarcz, 'Too Big to Fool: Moral Hazard, Bailouts, and Corporate Responsibility', *Minnesota Law Review* 2017/102, p. 761-801.

Shepperd e.a. 2015

J.A. Shepperd, E.A. Waters, N.D. Weinstein & W.M.P. Klein, 'A Primer on Unrealistic Optimism', *Current Directions in Psychological Science* 2015/24-3, p. 232-237.

Stango & Zinman 2011

V. Stango & J. Zinman, 'Fuzzy Math, Disclosure Regulation, and Market Outcomes: Evidence from Truth-in-Lending Reform', *The Review of Financial Studies* 2011/24-2, p. 506-534.

Stănescu 2019

C.G. Stănescu, 'The Responsible Consumer in the Digital Age: On the Conceptual Shift from 'Average' to 'Responsible' Consumer and the Inadequacy of the 'Information Paradigm' in Consumer Financial Protection', *Tilburg Law Review* 2019/24-1, p. 49-67.

Steijvers, Voordeckers & Mercken 2004

T. Steijvers, W. Voordeckers & R. Mercken, 'Kredietrantsoenering en evoluties in de kredietverlening: een theoretische analyse,' *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004/XLIX-1, p. 105-135.

Sunstein, Jols & Thaler 1998

C.R. Sunstein, C. Jols. & R.H. Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics', *Program in Law & Economics Working Papers* 1998/55.

Sunstein 2006

C.R. Sunstein, 'Boundedly Rational Borrowing: A Consumer's Guide', *The University of Chicago Law Review* 2006/73-1, p. 249-270.

Van Tuyll 2012

C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *Onderneming en Financiering* 2012/02, p. 30-38.

Tversky & Kahneman 1974

A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science (New Series)* 1974/185-4157, p. 1124-1131.

Veljanovski 2007

C.G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

Villarreal 2013

M. Villarreal, 'Indebted Mexicans in the Californian mortgage crisis', in: I. Guérin, S. Morvant-Roux & M. Villarreal (eds.), *Microfinance, Debt and Over-indebtedness: Juggling with money*, New York: Routledge 2013.

Wallinga 2016

M.W. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de loper van het verbintenissenrecht op financieel gebied?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7116, p. 606-614.

Weinstein 1980

N.D. Weinstein, 'Urealistic Optimism About Future Life Events', *Journal of Personality and Social Psychology* 1980/39-5, p. 806-820.

Wilkinson-Ryan 2011

T. Wilkinson-Ryan, 'Breaching the Mortgage Contract: The Behavioral Economics of Strategic Default', *Vanderbilt Law Review* 2011/64-5, p. 1547-1584.

Wonder e.a. 2008

N. Wonder, W. Wilhelm & D. Fewings, 'The Financial Rationality of Consumer Loan Choices: Revealed Preferences Concerning Interest Rates, Down Payments, Contract Length, and Rebates', *The Journal of Consumer Affairs* 2008/42-2, p. 243-270.

Yang, Markoczy & Qi 2007

S. Yang, L. Markoczy & M. Qi, 'Unrealistic optimism in consumer credit card adoption', *Journal of Economic Psychology* 2007/28-2, p. 170-185.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to Comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Staatscourant en kamerstukken

Kamerstukken 19785

Kamerstukken II 1986/87, 19785, nr. 3, 7 en 12.

Kamerstukken I 1989/90, 19785, nr. 45a.

Kamerstukken 29708

Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3 en 19.

Kamerstukken 29507

Kamerstukken II 2003/04, 29507, nr. 3 en 9.

Kamerstukken II 2005/06, 29507, nr. 31.

Kamerstukken 32339

Kamerstukken II 2009/10, 32339, nr. 3.

Staatscourant 2012

Staatscourant 2012, 26433.

Staatscourant 2016

Staatscourant 2016, 56566.

Staatscourant 2018

Staatscourant 2018, 62895.

Staatscourant 2019

Staatscourant 2019, 58555.

Overige stukken**AFM 2006**

AFM, 'Rapport Verantwoorde kredietverstrekking 2006', januari 2007.

AFM 2009

AFM, 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek. Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk', mei 2009.

AFM 2017

AFM, 'Jaarverslag 2017', 2017.

AFM mei 2017

AFM, 'De toezichtaanpak van de AFM', mei 2017.

AFM november 2017

AFM, 'Rapportage consumptief krediet', november 2017.

AFM 2018

AFM, 'Klantbelang Dashboardmodule Consumptief krediet Normenkader', 2018.

AFM 2018a

AFM, 'Jaarverslag 2018', 2018.

AFM januari 2018

AFM, 'Leengedrag onder de loep - een analyse van keuzegedrag en denkrichtingen voor interventies op de consumptiefkredietmarkt', januari 2018.

AFM maart 2018

AFM, 'Vooraf ingevulde waarden in de inkomens- en lastentoets in de telecombranche: Een experiment in de online keuzeomgeving', maart 2018.

AFM 2019

AFM, 'Agenda 2019', januari 2019.

AFM maart 2019

AFM, 'Wetgevingsbrief', maart 2019.

AFM en DNB 2008

AFM en DNB, 'handhavingsbeleid AFM en DNB', juli 2008.

BKR 2019

Cijfers over betaalachterstanden, www.bkr.nl/nieuws/2019/11/opnieuw-flinke-afname-van-huiseigenaren-met-betalingsachterstand-op-hun-hypotheek/ (laatst geraadpleegd op 18 mei 2020).

Boetebesluit AFAB 2009

AFM, Boetebesluit AFAB, 29 oktober 2009.

Boetebesluit GMAC 2009

AFM, Boetebesluit GMAC, 30 oktober 2009.

Boetebesluit MBFS 2010

AFM, Boetebesluit MBFS (geschoonde versie), 8 april 2010.

Boetebesluit L'easy 2010

AFM, Boetebesluit L'easy 28 april 2010.

Boetebesluit ICS 2017

AFM, Boetebesluit International Card Services B.V. 15 juni 2017.

Boetebesluit NN 2019

AFM, Boetebesluit Nationale Nederlanden 30 augustus 2019.

Boetebesluit SCF 2019

AFM, Boetebesluit Santander Consumer Finance Benelux B.V. 11 september 2019.

Brief van de minister van Financiën 2018

Brief van de minister van Financiën 11 september 2018, kenmerk 2018-0000122503.

CBS 2019

Cijfers over uitstaande hypotheeken, www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/39/beschikbaar-inkomen-huishoudens-2-2-procent-hoger (laatst geraadpleegd op 18 mei 2020).

Europese Commissie 2008

Europese Commissie, 'Towards a common operational European definition of over-indebtedness', februari 2008.

iff/ZEW 2010

iff/ZEW, 'Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87', Brussels/Hamburg/Mannheim 2010.

FCA 2014

FCA, 'Detailed rules for the FCA regime for consumer credit. Including feedback on FCA QCP 13/18 and 'made rules'', februari 2014, CP14/3.

FCA 2016

FCA, 'Embedding the Mortgage Market Review: Responsible Lending Review, Thematic Review', mei 2016, TR16/4.

FCA 2017

FCA, 'Our future Approach to Consumers', 2017.

FCA februari 2017

FCA, 'The Financial Policy Committee's recommendation on loan to income ratios in mortgage lending: General Guidance', februari 2017, FG17/2.

FCA juli 2017

FCA, 'Assessing creditworthiness in consumer credit: Proposed changes to our rules and guidance', juli 2017, CP17/27.

FCA 2017A

FCA, 'Preventing financial distress by predicting unaffordable consumer credit agreements: An applied framework', juli 2017, OP28.

FCA 2018

FCA, 'Our Approach to Supervision', 2018.

FCA maart 2018

FCA, 'Our work on motor finance – update', march 2018.

FCA juli 2018

FCA, 'Assessing creditworthiness in consumer credit: Feedback on CP17/27 and final rules and guidance', juli 2018, PS18/19.

FCA 2019

FCA, 'Mortgage customers: proposed changes to responsible lending rules and guidance', 2019, CP19/14.

FSA 2006

FSA, 'Treating customers fairly – towards fair outcomes for consumers', juli 2006.

FSA 2011

FSA, 'Mortgage Market Review: Proposed package of reforms', december 2011, CP11/31.

FSA 2012

FSA, 'Mortgage Market Review: Feedback on CP11/31 and final rules', oktober 2012, PS12/16.

OFT 2008

OFT, 'Irresponsible lending – a scoping paper 2008', augustus 2008.

OFT 2011

OFT, 'Irresponsible lending – OFT guidance for creditors (March 2010, updated February 2011)', februari 2011, OFT 1107.

FOS 2017

FOS, 'Annual review 2016/2017: Data in more depth', 2017.

FOS 2018

FOS, 'Annual report and accounts for the year ended 31 March 2018', 2018.

Nibud 2018

Nibud, 'Financiële problemen 2018, Geldzaken in de praktijk 2018-2019 (deel 1)', december 2018.

Nibud 2019

Nibud, 'Financieringslastnormen 2020. Advies voor de financieringslastnormen 2020', oktober 2019.

Panteia 2015

Panteia, 'Huishoudens in de rode cijfers 2015. Over schulden van Nederlandse huishoudens en preventiemogelijkheden', Zoetermeer: Panteia 2015.

Platform Maatwerk 2017

Platform Maatwerk, 'Rapport Maatwerk bij hypotheekverstrekking', juli 2017.

SWOKA 1982

SWOKA, 'Ja, nee, geen lening', Den Haag 1982.

The World Bank 2013

The World Bank, 'Responsible Lending. Overview of Regulatory Tools', oktober 2013.

VFN 2019

VFN, 'Kwartaalbericht Q3', 2019.

Voorstel voor de Richtlijn consumentenkrediet 2002

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkrediet, COM(2002) 443.

Voorstel voor de Richtlijn woningkredietovereenkomsten 2011

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende woningkredietovereenkomsten, COM(2011) 142.

Rechterlijke uitspraken en conclusies (inclusief annotaties)*Nederland*

HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238.

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815.

HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799

HR 29 april 2011, ECLI:NL:2011:BP4003.

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914.

HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385.

HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2017/132, m.nt. B.T.M. van der Wiel, *JOR* 2017/236, m.nt. H. Scholten.

HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:772.

HR 14 december 2018, ECLI:NL:2018:2298, *JOR* 2019/58, m.nt. F.M.A. 't Hart, *NJ* 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

CBb 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69.

CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260.

CBB 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104.

Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213.

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826.

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6792.

Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5489.

Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3705.

Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2700.

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9922.

Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:355.

Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:995.

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2609.

Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1248.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10149.

Hof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4764.

Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:793.

Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1458.

Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5657.

Hof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3609.

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3035.

Rb Rotterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1748.

Rb. Arnhem 26 mei 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM8407.

Rb. Dordrecht 15 september 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN7131.

Rb. Almelo 26 oktober 2010, ECLI:NL:RBALM:2011:BU3018.

Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3835, *JOR* 2011/228 m.nt. V.H. Af-fourtit.

Rb. Rotterdam 17 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO5099.

Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3314.

Rb. Breda 7 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT7273.

Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0548.

Rb. Almelo 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8339.

Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621.

Rb. Rotterdam 27 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9189.

Rb. Noord-Nederland 9 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:78.

Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2631.

Rb. Noord-Holland 9 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8140.

Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4055.

Rb. Den Haag 9 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15277.

Rb. Amsterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8641.

Rb. Rotterdam 16 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1769.

Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3100.

Rb. Rotterdam 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7245.

Rb. Amsterdam 7 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5528.

Rb. Midden-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5647.

Rb. Midden-Nederland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3463.
Rb. Amsterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5384.
Rb. Noord-Holland 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7527.
Rb. Noord-Holland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8466.
Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8472.
Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7995.
Rb. Amsterdam 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4085.
Rb. Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308.
Rb. Rotterdam 19 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8292.
Rb. Limburg 12 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11769.
Rb. Amsterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:399.
Rb. Midden-Nederland 11 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4712.
Rb. Noord-Holland 20 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9549.
Rb. Overijssel 21 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:236.
Rb. Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1155.
Rb. Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1968.
Rb. Amsterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1966.
Rb. Amsterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1967.

Conclusie A-G De Vries-Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2011:BP4012, bij HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012.
Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1036, bij HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298.

Uitspraken Kifid

Commissie van Beroep Kifid 9 oktober 2019, 2019-031.
Commissie van Beroep Kifid 18 oktober 2019, 2019-35.
Commissie van Beroep Kifid 12 november 2019, 2019-041A.
Geschillencommissie Kifid 18 april 2019, 2019-294.
Geschillencommissie Kifid 22 mei 2019, 2019-360.
Geschillencommissie Kifid 24 juni 2019, 2019-440.
Geschillencommissie Kifid 20 september 2019, 2019-711.
Geschillencommissie Kifid 23 oktober 2019, 2019-835.
Geschillencommissie Kifid 25 november 2019, 2019-929.
Geschillencommissie Kifid 29 januari 2020, 2020-082.

Europese Unie

HvJ 27 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:190.
HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464.
HvJ 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538.
HvJ 9 november 2016, ECLI:EU:C:2016:842.
HvJ 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467.
HvJ 5 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:167.

Conclusie A-G Wahl, ECLI:EU:C:2014:2213, bij HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2464.
Conclusie A-G Kokott, ECLI:NL:EU:C:2019:120, bij HvJ EU 6 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:467.

Engeland

FOS 9 januari 2014, DRN4024151.
FOS 6 juni 2014, DRN9241976.
FOS 20 maart 2015, DRN8587356.
FOS 16 juli 2015, DRN3059266.
FOS 5 november 2015, DRN4206940.
FOS 30 december 2015, DRN4346074.
FOS 23 februari 2016, DRN3554475.
FOS 1 maart 2016, DRN0798580.
FOS 3 maart 2016, DRN9014558.
FOS 20 juni 2017, DRN9560015.
FOS 8 augustus 2017, DRN4576414.
FOS 17 augustus 2017, DRN2306570.
FOS 18 december 2017, DRN7341291.
FOS 9 januari 2018, DRN0968352.
FOS 1 februari 2018, DRN6802064.
FOS 27 juni 2018, DRN1460997.
FOS 15 janurari 2019, DRN5330378.
FOS 24 januari 2019, DRN4693501.
FOS 14 februari 2019, DRN3055520.
FOS 18 februari 2019, DRN2388301.
FOS 20 februari 2019, DRN1251468.
FOS 25 februari 2019, DRN2837287.
FOS 17 september 2019, DRN1063659.
FOS 30 september 2019, DRN0371981.
FOS 4 oktober 2019, DRN7820038.
FOS 7 oktober 2019, DRN5110679.
FOS 8 oktober 2019, DRN1588157.
FOS 9 oktober 2019, DRN5560877.
FOS 9 oktober 2019, DRN8890222.
FOS 9 oktober 2019, DRN9989323.
FOS 9 december 2019, DRN1917314.
FOS 17 december 2019, DRN2955354.
FOS 19 december 2019, DRN5925911.
FOS 15 januari 2020, DRN4302819.
FOS 21 januari 2020, DRN1397898.

Over de auteur

Jesse Meindersma (1988) voltooide in 2014 de onderzoeksmaster Functionaliteit van het Recht (cum laude) aan de Rijksuniversiteit Groningen. Van 2015 - 2020 was hij verbonden aan de Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit van Groningen. Naast het verrichten van onderzoek, doceerde hij in die periode op het gebied van bestuursrecht. Vanaf augustus 2020 is hij als docent recht verbonden aan de NHL Stenden Hogeschool te Leeuwarden.