

University of Groningen

Europese consumentenbescherming op financiële markten

Cherednychenko, O.O.; Wallinga, Marnix

Published in:
Handboek Consumentenrecht

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):
Cherednychenko, O. O., & Wallinga, M. (2020). Europese consumentenbescherming op financiële markten. In E. H. Hondius, & V. Mak (editors), *Handboek Consumentenrecht: Een overzicht van de rechtspositie van de consument* (5 redactie, blz. 363-389). Paris.

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.

Hoofdstuk 15

Europese consumentenbescherming op financiële markten

Mw. prof. mr. O.O. Cherednychenko en mr. dr. M.W. Wallinga*

A INLEIDING

15.1 Literatuur

Y.M. Atamer, 'Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?', in: S. Grundmann & Y.M. Atamer (red.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 179-202; J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Het csqn-verband in het financiële aansprakelijkheidsrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, afl. 12, p. 317-324; J.W.A. Biemans, 'De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen', *NTBR* 2012, afl. 9, p. 1-17; J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Monografieën BW, deel B67), Deventer: Kluwer 2013; J.W.A. Biemans, 'Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking aan consumenten', in: J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (preadviezen VBR), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 39-96; D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten* (preadvies Vereniging voor Financieel Recht), Deventer: Kluwer 2015; D. Busch, 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2017, afl. 7175, p. 1011-1019; O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, afl. 2, p. 66-77; O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiekrecht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012, afl. 5, p. 223-236; O.O. Cherednychenko, 'Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?', *ERCL* 2014, afl. 3, p. 390-421; O.O. Cherednychenko, 'Financial Consumer Protection in the EU: Towards a Self-Sufficient European Contract Law for Consumer Financial Services?', *ERCL* 2014, afl. 4, p. 476-495; O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector', *ERPL* 2015, afl. 4, p. 621-647; O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multi-level governance-systeem', *TvC* 2014, afl. 4, p. 181-191; O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?', *JCP* te verschijnen 2019; R.E. van Esch, 'Conceptvoorstel Wet betaaldiensten: civielrechtelijke aspecten', *TvFR* 2008, afl. 12, p. 438-442; R.E. van Esch, 'Het innoverende karakter van PSD2 wat betreft zorgplicht van betaaldienstverleners jegens betaaldienstgebruikers', *MvV* 2018, afl. 7/8, p. 249-

* Olha Cherednychenko is hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen en directeur van het Groningen Centre for European Financial Services Law (GCEFSL). Marnix Wallinga is onderzoeker aan het Groningen Centre for European Financial Services Law (GCEFSL) van de Rijksuniversiteit Groningen.

254; C.I. Garcia Porras & W.H. van Boom, 'Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and limitations', in: J. Devenney & M. Kenny (red.), *Consumer Credit and Investment in Europe*, Cambridge: CUP 2012, p. 21-55; I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014, afl. 6, p. 219-232; A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en payment initiation service providers onder de Payment Services Directive II', *TvFR* 2016, afl. 4, p. 134-141; V. Mak, 'De grenzen van maximumharmonisatie in het Europees consumentenrecht', *NTBR* 2011, afl. 10, p. 558-564; V. Mak & J. Braspenning, '*Errare humanum est*: Financial Literacy in European Consumer Credit Law', *JCP* 2012, afl. 3, p. 307-332; J.M. Meindersma, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', *TvC* 2017, afl. 3, p. 115-122; N. Moloney, *How to Protect Investors: Lessons from the EC and the UK*, Cambridge: CUP 2010; J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015; W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019, afl. 4, p. 107-123; H.N. Schelhaas, 'Inconsistenties in het verbintenissenrecht: de wetwijziging betaaldiensten', *NTBR* 2010, afl. 1, p. 1; J.A. Voerman, 'Voorstel herziene richtlijn betaaldiensten en toegang tot de betaalrekening', *TvFR* 2013, afl. 11, p. 375-381; M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014, afl. 8, p. 288-298; M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese *soft law* op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015, afl. 9, p. 266-273; M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Private Law. A Comparative Analysis of the Interplay between MiFID & MiFID II and Liability for Investment Losses* (diss. Groningen), 2018; M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht. De indirecte invloed van de MiFID II op privaatrechtelijke aansprakelijkheid op het gebied van beleggingsdienstverlening en de onderbelichte invloed van de Richtlijn OHP', *RMThemis* 2018, afl. 1, p. 12-25; P.T.J. Wolters & B.P.F. Jacobs, 'De toegang tot betaalrekeningen onder PSD2', *OR* 2018, afl. 5, p. 228-238.

15.2 Opzet hoofdstuk

Het financiële consumentenrecht is in het laatste decennium sterk tot ontwikkeling gekomen op verschillende niveaus van een Europees multi-level governancestelsel. Het antwoord op de vraag aan welke regels financiële ondernemingen zich moeten houden bij het verlenen van hun diensten aan consumenten, moet worden gezocht in de EU wet- en regelgeving, de Nederlandse financiële toezichtwet- en regelgeving van bestuursrechtelijke aard, het Nederlandse privaatrecht en de zelfregulering door de financiële industrie. De verhouding tussen deze regelkaders is niet altijd helder. Daarbij komt dat op Europees niveau financiële dienstverlening aan consumenten het onderwerp is van de horizontale consumentenbeschermende maatregelen, zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen¹ en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken², van de bijzondere maatregelen voor de financiële sector als geheel,

1. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten ((*PbEG* 1993, L 95/29).
2. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging

zoals de Richtlijn koop op afstand financiële diensten,³ en van meerdere specifieke maatregelen voor bepaalde sectoren, zoals betaaldiensten, krediet, beleggingsdiensten en verzekeringen. Ten slotte is van belang dat, waar het gaat om bescherming van de consument op de financiële markten, er meerdere actoren actief zijn bij de handhaving van de betreffende normen. Zo worden geschillen tussen financiële ondernemingen en consumenten niet alleen voorgelegd aan de civiele rechter, maar ook aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) dat voorziet in een buitengerechtelijk geschillenbeslechtingsmechanisme. Daarnaast zijn toezichthoudende instanties, waaronder de Autoriteit Financiële Markten (AFM), belast met publiekrechtelijke handhaving van consumentenbeschermende maatregelen in de financiële sector.

In deze bijdrage verkennen wij dit complexe juridische landschap, met de nadruk op de sectorspecifieke regulering van drie soorten financiële diensten aan consumenten: betaaldienstverlening, consumptief en hypothecair kredietverlening, en beleggingsdienstverlening. Verzekeringsovereenkomsten worden in hoofdstuk 14 van dit boek besproken. Per gebied schetsen wij eerst de Europeesrechtelijke achtergrond en de belangrijkste consumentenbeschermende bepalingen, zoals geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Vervolgens bespreken wij enkele aspecten van de handhaving van deze bepalingen langs de publiek- en privaatrechtelijke weg. Daarbij gaan wij niet in op collectieve handhaving en alternatieve geschilbeslechting die het onderwerp zijn van hoofdstukken 25 en 26 in dit boek. De lijnen worden voor zover mogelijk bij elkaar getrokken in een afrondende beschouwing waarin het financiële recht wordt geëvalueerd vanuit het perspectief van de consument.

B CONSUMENTENBESCHERMENDE MAATREGELEN

15.3 **Betalingsdiensten**

15.3.1 **Europeesrechtelijke achtergrond**

Betalingsdiensten zijn op Europees niveau onderwerp van de tweede Richtlijn betalingsdiensten (ook wel aangeduid als *Payment Services Directive 2*, hierna: 'PSD2').⁴ Bij betalingsdiensten kan men denken aan het beheren van een betaalrekening, het uitvoeren van betalingstransacties met een consument als betaler of begunstigde, het storten of opnemen van contanten en de uitgifte van betaalinstrumenten zoals de pinpas en creditcard. De toegang tot dergelijke diensten via een betaalrekening wordt beheerst door de Richtlijn betaalrekeningen.⁵ Deze richtlijn heeft als belang-

van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2005, L 149/22).

3. Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (*PbEU* 2002, L 271/16).

4. Richtlijn 2015/2366/EU betreffende betalingsdiensten in de interne markt (*PbEU* 2015, L 337/35).

5. Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen

rijkste doel voor consumenten de kosten voor het gebruik van betaalrekeningen transparanter te maken, overstappen naar een andere betaalrekeningaanbieder gemakkelijker te maken, en de toegang tot een basisbetaalrekening te waarborgen. Gezien de focus van deze bijdrage op de regels omtrent daadwerkelijke financiële dienstverlening ligt, gaan wij hier verder niet op in, maar staan hierna stil bij PSD2.

PSD2 vormt de opvolger van de eerste Richtlijn betalingsdiensten uit 2007.⁶ Voor de komst van deze richtlijn werden betaaldiensten in Europese lidstaten voornamelijk beheerst door een combinatie van algemeen verbintenissenrecht, sectorale bankwetgeving en consumentenrecht. PSD moest een uniform juridisch kader voor betalingsdiensten bieden om bij te dragen aan de totstandkoming van een geïntegreerde Europese betalingsmarkt (de *Single Euro Payments Area* (SEPA)).⁷ Daarnaast strekte de richtlijn tot het bevorderen van de concurrentie op de interne betalingsmarkt.⁸ PSD2 zet in op verdere integratie van de Europese markt voor kaartbetalingen, internetbetalingen en mobiele betalingen wat moet leiden tot meer concurrentie, meer keuze(vrijheid) voor consumenten en een efficiënter betalingsverkeer.⁹ Daarnaast strekt de richtlijn tot het stimuleren en faciliteren van innovatie op de betalingsmarkt en het veranderen van achterhaalde en vage begrippen. De focus van PSD2 wordt daarmee verlegd van voornamelijk op marktintegratie naar ook het benutten van technologische ontwikkelingen en het beheersen en corrigeren van onvoorziene, mogelijk schadelijke gevolgen van het gebruik daarvan. PSD2 beoogt grotendeels volledige harmonisatie te bewerkstelligen van de daarin opgenomen bepalingen.¹⁰ De wet ter implementatie van PSD2 is op 19 februari 2019 in werking getreden.¹¹

15.3.2 Belangrijkste veranderingen PSD2

Tegen deze achtergrond brengt PSD2 drie belangrijke wijzigingen voor consumenten aan ten opzichte van haar voorganger.¹² Ten eerste breidt PSD2 het toepassingsbereik uit. Ook transacties waarbij slechts een van de betrokken betaaldienstverleners is gevestigd in de Europese Unie vallen onder de beschermingsreikwijdte van PSD2 voor zover ze plaatsvinden binnen de EU.¹³

Daarnaast vallen twee nieuwe betaaldiensten onder de reikwijdte van PSD2: betaalinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten (derde-betaaldienstverleners). Dit soort dienstverleners wordt een regelkader geboden waarmee zij de Europese beta-

naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties (*PbEU* 2014, L 257/214).

6. Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (*PbEU* 2007, L 319/1).
7. De SEPA is een initiatief van de European Payments Council (een verzameling van Europese banken en bankenorganisaties). PSD, overweging 4.
8. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 2 e.v.
9. PSD2, overweging 4.
10. Art. 107 PSD2. Het artikel bevat een lijst met uitzonderingen op de beoogde harmonisatiegraad.
11. *Stb.* 2019, 60.
12. Zie ook over deze wijzigingen o.m.: W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019, afl. 4, p. 107-123.
13. Art. 2(4) PSD2. Zie ook de in die bepaling genoemde uitzonderingen.

lingsmarkt kunnen betreden en gebruikmaken van technische infrastructuur van bestaande betalingssystemen. Bij betaalinitiatiediensten gaat het om het initiëren van een betaalopdracht op verzoek van de consument ten aanzien van een rekening die wordt aangehouden bij een (andere) betaaldienstverlener, zoals iDeal, Tikkie en Sofort.¹⁴ Betaalinitiatiedienstverleners vervullen de rol van intermediair in de betaalketen door consumenten in staat te stellen om bij webwinkels voor hun online bestelling te betalen vanaf een bij hun eigen bank aangehouden betaalrekening. De consument wordt door middel van een softwareverbinding van de website van de verkoper geleid naar de online omgeving van de betaalinitiatiedienstverlener waarop de inloggegevens van de consument zijn ingevuld. De rekeninghoudende betaaldienstverlener controleert deze gegevens en verstrekt een vooraf ingevuld betalingsformulier. Dit stelt de betaalinitiatiedienstverlener in staat om voor de consument ten laste van de betaalrekening een overboeking te doen aan de webwinkel. Daarop kan de betaalinitiatiedienstverlener een bevestiging sturen aan de webwinkel dat de betaling in gang is gezet of garanderen dat de betaling met goed gevolg wordt afgerond. Het voordeel hiervan is dat de webwinkel met deze zekerheid kan overgaan tot levering.¹⁵ Rekeninginformatiediensten zijn diensten voor het online verstrekken van geconsolideerde informatie over een of meer betaalrekeningen die de consument aanhoudt bij een (of soms verschillende) betalingsdienstverlener(s).¹⁶ Aan de hand van deze informatie kan de consument het saldo raadplegen van meerdere rekeningen. Dit verschaft consumenten inzicht en daarmee controle over hun financiële huishouden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan Grip app van ABN Amro en Extra inzicht van Rabobank.

Om verlening van de twee nieuwe diensten en daarmee innovatie en concurrentie te faciliteren, introduceert PSD2 een recht van derde-betaaldienstverleners op toegang tot de betaalrekening van de consument.¹⁷ Dit recht is gekoppeld aan de verplichting voor de betaaldienstverlener, die de betaalrekening van de consument aanhoudt en beheert, om medewerking te verlenen aan een verzoek tot toegang. De rekeninghoudende betaaldienstverlener mag toegang door een derde-betaaldienstverlener niet afhankelijk stellen van het aangaan van een contractuele relatie tussen beide.¹⁸ Wel kan en dient de rekeninghoudende betaaldienstverlener eisen te stellen aan de manier waarop toegang wordt verkregen tot de betaalrekening.¹⁹ Toegang moet worden geboden door middel van een specifieke softwaretoegangsinterface (*application programming interface*). Dit moet de derde-betaaldienstverleners in staat stellen zich te identificeren en gebruik te maken van de authenticatieprocedures die gelden voor het verkrijgen van toegang door de consument tot de eigen rekening.

Tegelijkertijd brengt het recht op toegang tot de betaalrekening risico's als fraude en misbruik van privacy met zich. Toegang kan leiden tot het plunderen van de

14. Art. 4 sub 15 PSD2.

15. PSD2, overweging 29.

16. Art. 4 sub 16 PSD2.

17. Art. 66 en 67 PSD2.

18. PSD2, overweging 30.

19. Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/389 van de Europese Commissie van 27 november 2017 (*PbEU* 2018, L 69/23), overweging 20.

rekening van de consument en rekeninggegevens kunnen worden verkocht of misbruikt voor prijsdiscriminatie.²⁰ Deze zorgen worden enigszins weggenomen doordat toegang afhankelijk is van de uitdrukkelijke instemming van de consument.²¹ Ook kunnen slechts betaalinitiatiedienstverleners die beschikken over de vergunning voor het verlenen van betalingsdiensten gebruikmaken van het recht op toegang,²² terwijl rekeninginformatiedienstverleners een registratieaanvraag moeten hebben ingediend om van dit recht gebruik te kunnen maken.²³ Verder kan de bank die de rekening van de consument aanhoudt de toegang daartoe aan derde-betaaldienstverleners ontzeggen in het geval van diens niet-toegestane of frauduleuze handelingen.²⁴

15.3.3 Consumentenbeschermende bepalingen: informatie en verdeling van aansprakelijkheid

Algemeen

Voor wat betreft bepalingen waaraan de consument bescherming kan ontleen, borduurt PSD2 voort op haar voorganger. De belangrijkste bepalingen voor de rechtsverhouding tussen de betaaldienstverlener en de consument zijn onder te verdelen in twee categorieën: informatieplichten en regels voor de verdeling van aansprakelijkheid. Deze bepalingen zijn verspreid over het Burgerlijk Wetboek (titel 7B van Boek 7 BW getiteld 'Betalingstransactie') en de Wet op het financieel toezicht ('Wft') met uitwerking in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen ('BGfo').²⁵ De voorwaarden voor het verlenen van vergunningen en de bepalingen over toezicht afkomstig uit PSD2 zijn neergelegd in de Wft en andere lagere regelgeving.²⁶

Informatieverplichtingen

Op de betaaldienstverlener rust een aantal informatieverplichtingen tegenover de consument.²⁷ Dit past binnen de traditionele strategie van de Europese wetgever om consumentenbescherming te realiseren door middel van het wegnemen van informatieasymmetrie tussen consumenten en professionele dienstverleners. De Europese wetgever legt daarnaast de bewijslast van naleving van de informatieverplichtingen op de schouders van de betaaldienstverlener (art. 41 PSD2).

De informatie die de betaaldienstverlener aan de consument voorafgaand aan het sluiten van een raamovereenkomst dient te verstrekken, wordt beschreven in art.

20. Zie over deze zorgen in meer detail: P.T.J. Wolters & B.P.F. Jacobs, 'De toegang tot betaalrekeningen onder PSD2', |E|Ondernemingsrecht 2018, afl. 5, p. 228-238.
21. Art. 66(2) en 67(2)(a) PSD2. De toestemming van de consument wordt verleend door middel van sterke cliëntauthenticatie (zie ook art. 97(5) PSD2 jo. Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/389).
22. Art. 11 PSD2.
23. Art. 33 jo. art. 5(3) PSD2.
24. Art. 68 PSD2. De bank dient dan de consument te informeren over de (redenen voor de) ontzegging.
25. *Kamerstukken II* 2017/18, 34831, 3, p. 14; *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 2, p. 29.
26. Deze regelgeving omvat het Besluit prudentiële regels (Bpr) en het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen (BMfo).
27. PSD2, Titel III. Zie in meer detail: R.E. van Esch, 'Het innoverende karakter van PSD2 wat betreft zorgplicht van betaaldienstverleners jegens betaaldienstgebruikers', *MvV* 2018, afl. 7/8, p. 249-254.

59e BGfo. Dit betreft informatie over de betaaldienst aanbieder, het gebruik van de betalingsdienst en zowel de kosten als de wijze van berekening van de rentevoet en wisselkoers. Ook moet informatie worden verstrekt over beschermende en corrigerende maatregelen voor het veilig bewaren van het betaalinstrument, het wijzigen of beëindigen van de raamovereenkomst, contractuele bepalingen inzake het toepasselijke recht en de bevoegde rechter en beschikbare alternatieve geschilbeslechting. Terwijl de op te vragen informatie wordt uitgewerkt in het BGfo, is het recht op het opvragen daarvan opgenomen in het BW (art. 7:516 BW).

Het BGfo verplicht de betaaldienstverlener daarnaast om specifieke informatie te verschaffen over afzonderlijke betalingstransacties aan de consument.²⁸ Deze informatie stelt de consument in staat om te controleren of betalingen zijn verricht zonder instemming en zo nodig actie te ondernemen.²⁹ Vanuit dezelfde gedachte moet de betaalinitiatiedienstverlener de betaler en (indien aanwezig) de begunstigde informatie verstrekken over de betalingsopdracht en de daaruit volgende transactie (art. 71ba BGfo).

Aansprakelijkheidsverdeling

De regels over verdeling van aansprakelijkheid vormen net als bij voorganger PSD de kern van de consumentenbeschermende bepalingen van PSD2. Consumenten kunnen gebruikmaken van het regime in hun verhouding met de betaaldienstverlener in het geval van niet-toegestane transacties, onjuist uitgevoerde transacties en situaties van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument. Vergeleken met de informatieverplichtingen gaan de regels over de verdeling van aansprakelijkheid verder op het vlak van consumentenbescherming. Het in titel 7B van Boek 7 BW geïmplementeerde regime van aansprakelijkheidsverdeling grijpt in verdergaande mate in op het (systeem van het) nationale privaatrecht.

Onder dit regime kan de consument de betaaldienstverlener aanspreken tot rectificatie van een niet-toegestane of onjuist uitgevoerde betalingstransactie. Met rectificatie wordt bedoeld het herstellen van de betaalrekening met het ontbreken of onjuist afgeschreven bedrag in de toestand die zou hebben bestaan als de betreffende betalingstransactie niet had plaatsgevonden. Voor rectificatie dient de consument de betaaldienstverlener onverwijld en uiterlijk binnen dertien maanden na debitering van de transactie op de hoogte te stellen (art. 7:526(1) BW). Als de betaling is geïnitieerd door een derde-betaaldienstverlener, dan is de bank die de betaalrekening aanhoudt het primaire aanspreekpunt tot rectificatie.³⁰

De regeling in titel 7B van Boek 7 BW voorziet in een ten voordele van de consument van art. 150 Rv afwijkende bewijsregel als de consument stelt dat met de uitgevoerde transactie niet is ingestemd of dat deze onjuist is uitgevoerd (art. 7:527(1) BW). Het is dan aan de aangesproken betalingsdienstverlener om te bewijzen dat de beta-

28. Art. 71f en 71g BGfo indien de betaling geschiedt in het kader van een raamovereenkomst en art. 71d en 71e BGfo indien dat niet het geval is.

29. R.E. van Esch, 'Het innoverende karakter van PSD2 wat betreft zorgplicht van betaaldienstverleners jegens betaaldienstgebruikers', *MvV* 2018, afl. 7/8, p. 252.

30. Uit de wetgeschiedenis volgt verder dat de consument zich in dit geval niet ook tot de derde-betaaldienstverlener kan wenden voor rectificatie: *Kamerstukken II* 2017/18, 34831, 3, p. 42.

lingstransactie is geauthentiseerd, juist is geregistreerd en geboekt en daarnaast niet door een technische storing of enig ander falen van de door de betalingsdienstverlener aangeboden diensten is beïnvloed. Wanneer de betaaldienstverlener in het geval van een niet-toegestane betaling er niet in slaagt het benodigde bewijs te leveren, dient deze de betaalrekening van de consument te herstellen (art. 7:528 BW). Daarnaast heeft de consument op basis van het algemene verbintenissenrecht recht op aanvullende schadevergoeding (art. 7:528(6) BW). Overeenkomstig het uitgangspunt dat de betaaldienstverlener die de rekening van de consument aanhoudt het primaire aanspreekpunt is, geldt het voorgaande ook indien de betaling is geïnitieerd door een derde-betaaldienstverlener (art. 7:528(4 en 5) BW).³¹

De regeling voorziet in een specifiek regime voor niet-toegestane betalingstransacties in het geval van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument (art. 7:529 BW). Voorop staat dat de consument de schade draagt die voortvloeit uit niet-toegestane betalingstransacties doordat hij of zij frauduleus heeft gehandeld dan wel opzettelijk of met grove nalatigheid geldende gebruiks- en veiligheidsvoorschriften ten aanzien van het betaalinstrument niet is nagekomen. Buiten deze gevallen is de consument niet aansprakelijk voor de schade die ontstaat als gevolg van een betalingstransactie waarvoor geen instemming is verleend. De wettelijke regeling geeft aan de rechter de bevoegdheid om onder omstandigheden de eventuele aansprakelijkheid van de consument bij de genoemde gevallen van niet-toegestane betalingstransacties te beperken voor zover de consument niet frauduleus of opzettelijk heeft gehandeld.³² Daarnaast draagt de consument geen financieel verlies wanneer de betaaldienstverlener geen sterke cliëntauthenticatie verlangt tenzij de consument frauduleus heeft gehandeld (art. 7:529(3) BW). Ten opzichte van haar voorganger verlaagt PSD2 het eigen risico van € 150 naar € 50 voor de gevallen waarin misbruik wordt gemaakt van het betaalinstrument van de consument, bijvoorbeeld wanneer de betaalpas van de consument is gestolen en zonder diens toestemming wordt gebruikt om geld op te nemen. Hoewel de Nederlandse wetgever aanvankelijk de voorkeur eraan gaf om geen gebruik te maken van de lidstaattoptie om het eigen risico nog verder te beperken,³³ is het eigen risico van de consument uiteindelijk toch geheel komen te vervallen.³⁴

Het regime voor onjuist uitgevoerde betalingstransacties (niet-uitvoering, gebrekkige uitvoering of niet-tijdige uitvoering) is op vergelijkbare leest geschoeid. Wanneer de consument verkeerde gegevens invult bij het geven van een betalingsopdracht, is diens betaaldienstverlener niet aansprakelijk voor het gebrek in de uitvoering van de opdracht. Wel rust op deze betaaldienstverlener een inspanningsplicht om de met de transactie gemoeide bedragen terug te krijgen.³⁵ De betaaldienstverlener van de begunstigde is gehouden om mee te werken aan deze inspan-

31. In een dergelijk geval heeft de betaaldienstverlener die de rekening van de consument herstelt onder voorwaarden een regresvordering op de betaalinitiatiedienstverlener.

32. Overigens staat grove nalatigheid niet in de weg aan het gebruik van deze rechterlijke bevoegdheid: *Kamerstukken II 2007/08, 31892, 3, p. 30.*

33. De gedachte was dat zulks zou leiden tot onvoldoende prikkels om onzorgvuldig gedrag te beperken: *Kamerstukken II 2017/18, 34831, 3, p. 6.*

34. *Kamerstukken II 2017/18, 34813, 19 (amendement Nijboer).*

35. *Kamerstukken II 2017/18, 34831, 3, p. 6.*

ningen bijvoorbeeld door het verstrekken van alle relevante informatie voor het innen van het betaalde bedrag. De consument kan een vordering uit onrechtmatige betaling instellen jegens diegene die geen recht had op creditering van de rekening.³⁶ Daarbij kan de consument aanspraak maken op de informatie die de eigen betaaldienstverlener heeft verkregen van de betaaldienstverlener van de begunstigde.

Wanneer de consument de transactie op juiste wijze heeft geïnitieerd en door onjuiste uitvoering bijvoorbeeld een verkeerd bedrag wordt overgemaakt of de rekening van de verkeerde wordt gecrediteerd, dan rust aansprakelijkheid in beginsel bij diens betaaldienstverlener.³⁷ Deze betaaldienstverlener dient onverwijld de betaalrekening van de consument met het bedrag van de niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie te herstellen (art. 7:543(2) BW). Bewijst de betaaldienstverlener van de betalende consument dat het overgemaakte bedrag door de betaaldienstverlener van de begunstigde is ontvangen, dan is laatstgenoemde jegens de consument aansprakelijk voor de juiste uitvoering van de betalingstransactie.

De rekeninghoudende betaaldienstverlener is ook het primaire aanspreekpunt voor de consument als de onjuist uitgevoerde betalingstransactie wordt geïnitieerd via een derde-betaaldienstverlener (art. 7:545a BW). De betaaldienstverlener die de betaalrekening aanhoudt dient dan deze rekening te herstellen met het bedrag van de niet- of gebrekkig uitgevoerde transactie. Deze verdeling beoogt consumenten te beschermen door duidelijkheid te verschaffen over tot wie zij zich kunnen wenden, ook wanneer een derde verantwoordelijk is voor het initiëren van de betalingstransactie.³⁸ De betaalinitiatiedienstverlener moet bewijzen dat de opdracht door de rekeninghoudende betaaldienstverlener van de consument was ontvangen en dat de transactie binnen de bevoegdheid van de betaalinitiatiedienstverlener was geauthentiseerd, correct was geregistreerd en niet door een technische storing of enig ander falen in verband met de onjuiste uitvoering van de transactie was beïnvloed (art. 7:545a(2) BW). Is de betaalinitiatiedienstverlener niet in staat dit bewijs te leveren, dan heeft de rekeninghoudende betaaldienstverlener een regresvordering tot vergoeding van de kosten die zijn gemaakt voor het herstel van de betaalrekening van de consument (art. 7:545a(3) BW).

15.4 Consumenten(woning)krediet

15.4.1 Europeesrechtelijke achtergrond

Kredietverstrekking aan consumenten wordt op Europees niveau beheerst door twee verschillende richtlijnen: de Richtlijn consumentenkrediet³⁹ en de Richtlijn

36. *Kamerstukken II 2008/09*, 31892, 3, p. 30.

37. Zoals besproken, is het aan de betaaldienstverlener die door de consument wegens een onjuist uitgevoerde transactie wordt aangesproken om het in art. 7:527(1) BW omschreven bewijs te leveren.

38. PSD2, overweging 73; *Kamerstukken II 2017/18*, 34831, 3, p. 50.

39. Richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (*PbEU* 2008, L 133/66) (hierna: 'Richtlijn consumentenkrediet').

woningkredietovereenkomsten.⁴⁰ Terwijl de eerste van toepassing is op consumptief krediet, richt de laatste zich op hypothecair krediet.⁴¹ De Richtlijn consumentenkrediet stamt uit 2008 en is daarmee van voor de financiële crisis. De richtlijn is per 11 juni 2010 in werking getreden.⁴² Doelstelling van de richtlijn is om bij te dragen aan de totstandkoming van een goed functionerende interne markt voor consumentenkrediet.⁴³ Daarnaast beoogt de richtlijn een hoog niveau van consumentenbescherming te realiseren.⁴⁴ Met het oog op deze doelstellingen strekt de richtlijn tot volledige harmonisatie van de bepalingen die binnen zijn toepassingsbereik vallen.⁴⁵ Bepaalde kredietovereenkomsten met consumenten vallen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn, zoals overeenkomsten waaraan een hypothecaire zekerheid is verbonden, overeenkomsten voor een totaal kredietbedrag van minder dan € 200 of meer dan € 75.000 en overeenkomsten waarbij een goed als zekerheid in pand wordt gegeven.⁴⁶ Het beperkte toepassingsbereik van de Richtlijn consumentenkrediet doet de vraag rijzen in hoeverre volledige harmonisatie effectief kan bijdragen aan consumentenbescherming en beoogde integratie.⁴⁷

Naar aanleiding van de problemen die de financiële crisis aan het licht heeft gebracht, zoals hogere hypotheekleningen dan de waarde van de gefinancierde woning, kwam de Europese Commissie met strengere regels voor de verstrekking van hypothecair krediet.⁴⁸ De doelstelling van de Richtlijn woningkredietovereenkomsten is tweeledig.⁴⁹ De richtlijn beoogt het tot stand brengen van een interne markt voor kredietovereenkomsten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en het garanderen van een hoog niveau van consumentenbescherming op deze markt. Daarnaast strekt de richtlijn tot het bijdragen aan financiële stabiliteit door middel van strenge regels voor het verstrekken van hypothecair krediet. De richtlijn vult voor wat betreft consumentenbescherming de Richtlijn consumentenkrediet aan en diens bepalingen zijn ook grotendeels op laatstgenoemde gebaseerd.⁵⁰ Tegelijkertijd is de Richtlijn woningkredietovereenkomsten opgesteld tegen de achtergrond van de financiële crisis. Dit heeft geleid tot verschillen in de

40. Richtlijn 2014/17/EU inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen (*PbEU* 2014, L 60/34) (hierna: 'Richtlijn woningkredietovereenkomsten').
41. Onder consumptief krediet worden verstaan financiële producten waarbij in de vorm van uitstel van betaling, een lening of een andere vergelijkbare betalingsfaciliteit een geldsom ter beschikking wordt gesteld, een dienst wordt verleend of het genot wordt verschafte van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject ter zake waarvan de consument een of meer betalingen dient te verrichten. Deze vorm van krediet onderscheidt zich van hypothecair krediet, waarbij aan het krediet een hypothecaire zekerheid is verbonden. Vgl. de definitie van 'krediet' in art. 1:1 Wft.
42. *Sib.* 2011, 246.
43. Richtlijn consumentenkrediet, overweging 7.
44. Richtlijn consumentenkrediet, overweging 8.
45. Art. 22 Richtlijn consumentenkrediet jo. overweging 9.
46. Art. 2(2) Richtlijn consumentenkrediet.
47. Zie uitvoeriger: O.O. Cherednychenko, 'Full Harmonization of Retail Financial Services Contract Law in Europe', in: S. Grundmann & Y.M. Atamer (red.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 235 e.v.
48. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake woningkredietovereenkomsten (COM(2011) 142), p. 2; Witboek over de integratie van de EU-markt voor hypothecair krediet (COM(2007)807).
49. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, overwegingen 2-6; COM(2011) 142, p. 2.
50. O.O. Cherednychenko & J.M. Meindersma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multi-level governance-systeem', *TvC* 2014, afl. 4, p. 183; COM(2011)142, p. 5.

inhoud en omvang van de consumentenbeschermende bepalingen, in het bijzonder voor wat betreft de kredietwaardigheidstoets. Een ander verschil is dat de Richtlijn woningkredietovereenkomsten minimumharmonisatie beoogt te realiseren.⁵¹ De wet ter implementatie van de Richtlijn woningkredietovereenkomsten is met ingang van 21 maart 2016 van kracht.⁵²

In de kern gaat het bij zowel de Richtlijn consumentenkrediet als de Richtlijn woningkredietovereenkomsten om het tegengaan van onverantwoorde kredietverstrekking aan consumenten. De problemen die voortvloeien uit onverantwoorde kredietverstrekking aan consumenten zijn vaak verstrekking en consumenten kunnen moeilijkheden ondervinden om van hun schuldenlast af te komen. Door meer krediet af te nemen om bestaande schuldenlasten af te lossen kan de consument belanden in een vicieuze schuldencirkel. Hypothecair krediet voegt een extra dimensie toe aan deze problematiek. Wanneer de consument niet in staat is de verschuldigde hypotheektermijnen te voldoen, kan hij of zij achterblijven met een verlammeende restschuld die het economisch voortbestaan ernstig in gevaar brengt. Daarnaast loopt de consument het risico om met zijn of haar familie op straat te worden gezet bij verkoop van de verhypothekerde woning. Hoewel men op het eerste gezicht verwacht dat kredietverstrekkers voldoende prikkels ervaren om onverantwoorde kredietverlening tegen te gaan aangezien dit voorkomt dat consumenten de kredietlening niet terugbetalen, is dit in de praktijk niet altijd het geval. Er bestaan prikkels die kredietverleners kunnen verleiden tot het verlenen van krediet dat winstgevend is voor de verlener maar tegelijkertijd de consument ernstige financiële schade berokkent.⁵³ De Europeesrechtelijke regels voor verantwoorde kredietverstrekking beogen consumenten hiertegen te beschermen, zij het in verschillende mate.

15.4.2 Consumentenbeschermende bepalingen: informatie en kredietwaardigheid

Algemeen

Bij de Richtlijn consumentenkrediet ligt de focus op het vergroten van transparantie door middel van informatieverplichtingen. Hoewel de Consumentenkredietrichtlijn ook een kredietwaardigheidsbeoordeling voorschrijft, is de richtlijn onduidelijk over wat de uit te voeren toets precies inhoudt. Het voorstel van de Europese Commissie voor een verdergaande verplichting tot verantwoorde kredietverstrekking is uiteindelijk niet opgenomen in de uiteindelijke versie.⁵⁴ Van dit voorstel resteert in de preambule van de richtlijn slechts de algemene verwijzing naar de verplichting van kredietverstrekkers om zich niet in te laten met onverantwoordelijke leenprak-

51. De richtlijn beoogt slechts maximumharmonisatie ten aanzien van precontractuele informatie en berekening van het jaarlijkse kostenpercentage. Zie art. 2 Richtlijn woningkredietovereenkomsten jo. overweging 7.

52. *Stb.* 2016, 265.

53. Zie in meer detail: O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertma, 'Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?', *JCP* te verschijnen 2019.

54. Art. 9 van het 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).

tijken.⁵⁵ De richtlijn past binnen het informatieparadigma en sluit aan bij de strategie van de EU om consumenten te beschermen door het wegnemen van informatieasymmetrie met de kredietverstrekker.⁵⁶ De richtlijn gaat uit van het beeld van de rationele consument als redelijk geïnformeerd, oplettend en omzichtig.⁵⁷ Gedragwetenschappelijke inzichten hebben de laatste jaren echter het beeld van de rationele consument en de houdbaarheid van het informatieparadigma in toenemende mate onder druk gezet.⁵⁸ Hierdoor is de vraag opgeworpen naar de wenselijkheid van strengere regels die in grotere mate ingrijpen in de autonomie van de consument.⁵⁹

De Richtlijn woningkredietovereenkomsten valt voor wat betreft de daarin opgenomen informatieplichten eveneens binnen het informatieparadigma.⁶⁰ Tegelijkertijd schrijft de richtlijn met de financiële crisis in het achterhoofd een extra vangnet voor met de verplichting om de kredietverstrekking te weigeren indien de beoordeling van de kredietwaardigheid negatief uitvalt. Hieruit blijkt een meer paternalistische benadering van het beschermen van consumenten tegen de negatieve gevolgen van onverantwoorde kredietverlening. De meer paternalistische benadering blijkt eveneens uit het richtlijnvoorschrift om bij beoordeling van de kredietwaardigheid rekening te houden met de verhouding tussen de geldsom van de lening en de waarde van de woning (*loan-to-value*) en die tussen de geldsom van de lening en het inkomen (*loan-to-income*).⁶¹ Als laatste valt op dat de richtlijn uitdrukkelijk aan consumenten het recht toekent om de lening vroegtijdig – dus voor het verlopen van de kredietovereenkomst – af te lossen.⁶²

De implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten is verdeeld over het privaatrecht en financiële toezichtwetgeving.⁶³ De informatieverplichtingen zijn primair geïmplementeerd in de op de verhouding tussen kredietverlener en consument toegespitste titel 7.2A en titel 7.2B.3 van het BW. De bepalingen over het beoordelen van de kredietwaardigheid van de consument en wat te doen indien de beoordeling negatief uitvalt zijn daarentegen opgenomen in Afdeling 4.2.3 van de Wft en nader uitwerkt in art.

55. Richtlijn consumentenkrediet, overweging 26.

56. Zie ook: V. Mak & J. Braspenning, 'Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law', *JCP* 2012, afl. 3, p. 310; Y.M. Atamer, 'Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?', in: S. Grundmann & Y.M. Atamer (red.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 189.

57. O.O. Cherednychenko, 'Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?', *ERCL* 2014, afl. 3, p. 408.

58. C.I. Garcia Porras & W.H. van Boom, 'Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and limitations', in: J. Devenney & M. Kenny (red.), *Consumer Credit and Investment in Europe*, Cambridge: CUP 2012, p. 21.

59. O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsmas, 'Irresponsible Lending in the Post-Crisis Era: Is the EU Consumer Credit Directive Fit for Its Purpose?', *JCP* te verschijnen 2019.

60. In dit verband zij ook gewezen op de verplichting voor lidstaten om maatregelen gericht op financiële scholing van consumenten te bevorderen: art. 6 Richtlijn woningkredietovereenkomsten.

61. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, preamble 55.

62. Art. 25 Richtlijn woningkredietovereenkomsten. De kredietgever heeft een daarmee corresponderend recht op een eerlijke en objectief verantwoorde vergoeding voor mogelijke kosten die rechtstreeks zijn verbonden aan de vervroegde aflossing.

63. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 3 e.v.; *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 3 e.v.

113-115 van het BGfo, zelfregulering van de financiële sector en de ministeriële regeling Tijdelijke regeling hypothecair krediet.⁶⁴

Informatieverplichtingen

De wetgever heeft bij de implementatie van de informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten in titel 7.2A BW en 7.2B.3 BW zo veel mogelijk de richtlijnbepalingen gevolgd voor wat betreft inhoud, volgorde en indeling.⁶⁵ Het valt op dat de implementatieregeling bij sommige bepalingen zelfs volstaat met verwijzing naar de richtlijn voor specifieke aspecten waarover informatie moet worden verstrekt. De wetgever heeft voor deze aanpak gekozen met het oog op consumentenbescherming.⁶⁶ Bij vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) moet hierdoor direct duidelijk worden op welke punten van de richtlijn uitleg is gewenst. Een dergelijk systeem van verwijzing in een implementatieregeling maakt het voor consumenten desalniettemin niet eenvoudiger om te achterhalen wat verwacht wordt van een kredietverstrekker in specifieke situaties.

De kredietverlener (of de betrokken kredietbemiddelaar) dient voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst inzake consumptief krediet of een aanbod daartoe de consument te informeren over een aantal aspecten.⁶⁷ Deze informatie moet de consument in staat stellen om verschillende aanbiedingen te vergelijken en een weloverwogen beslissing te nemen. De informatie wordt verstrekt door middel van het formulier 'Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet'.⁶⁸ De informatie omvat het soort krediet, de kredietverlener (of bemiddelaar), het totale kredietbedrag, de duur van de kredietovereenkomst, het jaarlijkse kostenpercentage en het totale bedrag dat moet worden betaald, de betaaltermijnen en de gevolgen van wanbetaling.⁶⁹ Ook zijn kredietverstrekkers ertoe gehouden in de precontractuele fase een passende toelichting te geven.⁷⁰ Deze toelichting moet de consument in staat stellen te beoordelen of de beoogde kredietovereenkomst beantwoordt aan zijn of haar behoeften en financiële situatie. De kredietverlener dient daarnaast op duidelijke en beknopte wijze vergelijkbare informatie te vermelden in de kredietovereenkomst (art. 7:61 BW). Verder moet de kredietovereenkomst informatie bevatten over vervroegde aflossing, beëindiging van de overeenkomst en beschikbare klachtenprocedures.

In het kader van hypothecair krediet verstrekt de kredietgever (of de betrokken kredietbemiddelaar) aan de consument specifiek op zijn of haar behoeften, finan-

64. Kritisch over deze aanpak: J.W.A. Biemans, 'De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen', *NTBR* 2012, afl. 9, par. 5.

65. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 3 e.v.; *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 5 e.v. Zie ook meer in het algemeen: J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 161 e.v.

66. *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 3; *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 5.

67. Art. 7:60 BW. Vergelijkbare verplichtingen vloeien voort uit art. 4:33 Wft jo. art. 112 Bgfo e.v.

68. Zoals opgenomen in Bijlage II van de Richtlijn consumentenkrediet. Zie ook BGfo, Bijlage D.

69. Art. 5(1) en 6(1) Richtlijn consumentenkrediet.

70. HvJ EU 18 december 20014, ECLI:EU:C:2014:2464, C-449/13 (*Consumer Finance/Bakkaus en Bonato*), r.o. 40 e.v.

ciële situatie en voorkeuren toegespitste informatie (art. 7:122 BW).⁷¹ Aan de hand van deze informatie moet de consument beschikbare kredietproducten kunnen vergelijken en de gevolgen daarvan beoordelen om een geïnformeerde kredietbeslissing te nemen. De informatie wordt verstrekt door middel van het Europees gestandaardiseerd informatieblad (ook aangeduid als ESIS).⁷² Dit blad bevat informatie over onder meer de kredietgever, de belangrijkste kenmerken van het krediet, de rente en andere kosten, de betalingen, vervroegde aflossing, de beschikbare klachtenprocedures en de gevolgen van niet-nakoming door de consument. De consument moet ook op de hoogte worden gesteld van de 14 dagen bedenktijd voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst (art. 7:122(5) BW). Daarnaast is de kredietverstrekker of de kredietbemiddelaar gehouden de consument adequate toelichtingen te verstrekken over de voorgestelde overeenkomst en nevendiensten.⁷³ De toelichting heeft betrekking op de verstrekte informatie, de essentiële kenmerken van de voorgestelde producten en de specifieke effecten van deze producten.

Kredietwaardigheidstoets

De hoofdregel voor de kredietwaardigheidsbeoordeling voor zowel consumptief als hypothecair krediet is te vinden in art. 4:34 Wft.⁷⁴ De kredietverstrekker wint voor de totstandkoming van een kredietovereenkomst in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie.⁷⁵ Aan de hand van deze informatie gaat de kredietverstrekker ter voorkoming van overkreditering van de consument na of de overeenkomst verantwoord is.

De kredietwaardigheidstoets wordt voor consumptief krediet goeddeels uitgewerkt in gedragscodes van brancheorganisaties de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN) en de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie (NTO). Deze codes worden door de AFM beschouwd als minimuminvulling van de kredietwaardigheidsbeoordeling.⁷⁶ De beoordeling of de hoogte van consumptief krediet verantwoord is, hangt in beginsel af van de vraag of de consument na het aangaan van rente- en aflossingsverplichtingen voldoende middelen heeft om aan zijn basisbehoeften te voldoen en zijn vaste lasten te dragen.⁷⁷ Het netto-inkomen van de consument met aftrek van de

71. Vergelijkbare verplichtingen vloeien voort uit art. 4:33 Wft jo. art. 112d BGfo. De consument verstrekt zelf informatie over deze aspecten.

72. Art. 7:122(2) BW; art. 4:33 Wft jo. art. 112d Bgfo en BGfo, Bijlage K.

73. Art. 16 Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Het HvJ heeft de vereisten die gelden voor het geven van passende toelichting uitgewerkt in HvJ EU 18 december 20014, ECLI:EU:C:2014:2464, C-449/13 (*Consumer Finance/Bakkaus en Bonato*), r.o. 40 e.v. Hoewel deze uitspraak betrekking heeft op het verstrekken van consumptief krediet, ligt het voor de hand dat de daarin uitgewerkte vereisten voor toelichting aan consumenten eveneens gelden in de context van hypothecair kredietverstrekking.

74. Overigens bevatte de regeling reeds voor de implementatie strenge regels inzake overkreditering.

75. De verplichting tot het uitvoeren van deze toets bestaat ook indien sprake is van een significante verhoging van de kredietlimiet of van de som van het bedrag dat aan de consument op basis van een bestaande kredietovereenkomst ter beschikking is gesteld.

76. In meer detail en over hoe in de meeste gevallen aansluiting lijkt te worden gezocht bij de VFN-gedragscode: J.M. Meindertsma, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', *TvC* 2017, afl. 3, p. 115-122.

77. O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multi-level governance-systeem', *TvC* 2014, afl. 4, p. 185.

kosten van levensonderhoud, woonlasten en andere vaste lasten dient daarmee als vertrekpunt bij de bepaling van de maximale hoogte van het te verlenen krediet.

Op het gebied van hypothecair krediet zijn de wettelijke regels inzake overkreditering nader uitgewerkt in de Tijdelijke regeling hypothecair krediet. Bij het opstellen van deze ministeriële regeling is inspiratie geput uit de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) die daarvoor bepalend was voor de beantwoording van de vraag of de hoogte van het hypothecaire krediet verantwoord was.⁷⁸ De Tijdelijke regeling wordt sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2013 gezien als minimuminvulling van de wettelijke regeling. Het staat kredietverstrekkers vrij om strengere normen voor de beoordeling van de kredietwaardigheid op te nemen in bijvoorbeeld de GHF. De Tijdelijke regeling stelt beoordeling van kredietwaardigheid primair afhankelijk van de verhouding tussen de geldsom van de lening en het inkomen (*loan-to-income*) en de verhouding tussen de geldsom van de lening en de waarde van de woning (*loan-to-value*). Bij het vaststellen van de toegestane financieringslast van een hypothecair krediet wordt gekeken naar het huidige vaste en bestendige inkomen van de consument. Daarnaast mag de hypothecair kredietverstrekker rekening houden met te verwachten toekomstig beschikbare inkomsten van de consument en binnen een redelijke termijn te verwachten structurele inkomensstijgingen. Indien de consument geen vast dienstverband heeft, kan de hypothecair kredietverstrekker afgaan op de gemiddelde inkomsten van de consument over de laatste drie kalenderjaren voorafgaand aan het jaar waarin het toetsinkomen wordt vastgesteld. De afgelopen jaren is de maximale hoogte van het hypothecair krediet ten opzichte van de waarde van de woning gedaald tot 100% per 1 januari 2018. Afwijking mag slechts in specifieke situaties, zoals het treffen van energiebesparende voorzieningen, aflossing en het opnieuw afsluiten van een hypothecair krediet met hetzelfde onderpand.

Indien de verlening van consumptief of hypothecair krediet onverantwoord is, mag de kredietverstrekker geen kredietovereenkomst aangaan met de consument (art. 4:34(2) Wft).⁷⁹ Deze weigeringsplicht is opvallend gezien tegen de Europeesrechtelijke achtergrond. Hoewel de Richtlijn woningkredietovereenkomsten naar aanleiding van de financiële crisis deze vergaande inbreuk op de contractsvrijheid voorschrijft, ontbreekt zoals gezegd een dergelijke weigeringsplicht in de Richtlijn consumentenkrediet.

Onduidelijkheid bestaat over de vraag of deze weigeringsplicht ook geldt op basis van het privaatrecht. Voorop staat dat in de rechtspraak van de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht is geformuleerd voor professionele kredietverstrekkers die ertoe strekt de consument te beschermen tegen overkreditering.⁸⁰ De rechtvaardiging van deze zorgplicht is dat een dergelijke kredietverstrekker als ter zake deskundige doorgaans beter in staat is om de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en

78. J.J.A. Braspenning & V. Mak, 'De gevolgen van de EU-richtlijn hypothecaire leningen voor consumenten', *WPNR* 2018, afl. 7179, p. 82.

79. Hetzelfde geldt voor een belangrijke verhoging van de kredietlimiet of de som van de bedragen die aan de consument op basis van een bestaande kredietovereenkomst ter beschikking zijn gesteld.

80. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, NJ 2019/184, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Hypinvest*), r.o. 3.4.2; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/Stichting W&P*), r.o. 4.2.5.

weer te geven en daarnaast te beoordelen of de consument de lasten van de kredietovereenkomst kan dragen. De inhoud en omvang van de bijzondere zorgplicht hangen af van de omstandigheden van het geval en worden volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad beïnvloed maar niet bepaald door de financiële toezichtwetgeving.⁸¹ In lijn met de Wft brengt de bijzondere zorgplicht concreet met zich dat kredietverstrekkers voor het aangaan van een kredietovereenkomst de kredietwaardigheid van consumenten beoordelen. Echter, in *SNS/Stichting W&P*, waarvan de feitelijkheden zich afspeelden in de periode 1999-2003 en daarmee voorafgaand aan specifieke toezichtrechtelijke regels inzake overkreditering, heeft de Hoge Raad de plicht tot het weigeren van het verstrekken van onverantwoord hypothecair krediet afgewezen.⁸² Gezien de verhouding tussen de financiële toezichtwetgeving en het privaatrecht valt het nog te bezien of een dergelijke weigeringsplicht zal worden aangenomen in het privaatrecht voor periodes waarin die wel geldt op grond van de Wft.

15.5 Beleggingsdiensten

15.5.1 Europeesrechtelijke achtergrond

Europese huishoudens zijn in toenemende mate aangewezen op beleggen op de financiële markten om hun financiële toekomst zeker te stellen.⁸³ Grootschalige *mis-selling* schandalen, waarbij ongeschikte financiële producten worden verkocht of onvoldoende informatie over deze producten wordt verstrekt aan consumenten, hebben grote gevolgen voor de financiële markten en de huishoudens die zich tot deze markten hebben gewend. Deze schandalen tonen de kwetsbaarheid aan van consumenten als niet-professionele beleggers. Verlening van beleggingsdiensten die consumenten toegang geven tot de financiële markten wordt op Europees niveau beheerst door de *Markets in Financial Instruments Directive II* ('MiFID II')⁸⁴ en *Markets in Financial Instruments Regulation* ('MiFIR').⁸⁵ Voorbeelden van beleggingsdiensten zijn orderuitvoering, beleggingsadvies en vermogensbeheer.⁸⁶ MiFID II beoogt bij te dragen aan de bereiking van verschillende doelstellingen: marktintegratie, beleggersbescherming en stabiliteit van het financiële systeem. De wet ter implementatie van MiFID II is overeenkomstig de implementatietermijn per 3 januari 2018 in werking getreden.⁸⁷

81. Zie bijv. *Hypinvest*, r.o. 3.4.2; *SNS/Stichting W&P*, r.o. 4.2.5.

82. *SNS/Stichting W&P*, r.o. 4.2.9. In de kern onzegt de Hoge Raad hiermee aan specifieke publiekrechtelijke regelgeving terugwerkende gelding in het privaatrecht.

83. N. Moloney, *How to Protect Investors: Lessons from the EC and the UK*, Cambridge: CUP 2010, p. 2 en 39.

84. Richtlijn 2014/65/EU van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten (*PbEU* 2014, L 173/349) ('MiFID II').

85. Verordening (EU) 600/2014 van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten (*PbEU* 2014, L 173/84).

86. Zie voor een uitgebreid overzicht van de gereuleerde beleggingsdiensten en -activiteiten: Deel A van Bijlage I bij MiFID II.

87. *Stb.* 2017, 514.

In het kader van de herziening van voorganger MiFID⁸⁸ heeft de Europese Commissie beleggersbescherming naar voren geschoven als een van de belangrijkste doelstellingen.⁸⁹ De Commissie achtte gerichte aanpassingen aan het regelkader noodzakelijk om het tijdens de crisis verloren beleggersvertrouwen te herstellen en de snelheid van innovatie en de groeiende complexiteit van de financiële markten bij te benen. De post-crisis hervormingen van EU regulering van beleggingsdiensten vertonen een versterking van de focus op beleggersbescherming. Zo bevat MiFID II strengere gedragsregels voor beleggingsondernemingen wanneer zij beleggingsdiensten verlenen. Daarnaast introduceren MiFID II en MiFIR productgovernanceregels en productinterventiebevoegdheden. Hoewel MiFID II in algemene zin een vergaande mate van harmonisatie lijkt na te streven, blijft de richtlijn onduidelijk over de *precieze* harmonisatiegraad die het beoogt te realiseren.⁹⁰

15.5.2 Consumentenbeschermende bepalingen: gedragsregels en productregulering

Algemeen

Ter bescherming van beleggers wordt in MiFID II ingezet op gedragsregels en productregulering. De eerste categorie bepalingen verlangt een bepaald gedrag van beleggingsondernemingen voorafgaand aan en tijdens het verlenen van beleggingsdiensten, zoals advisering aan de consument over koop of verkoop van een bepaald financieel instrument. Voorbeelden van gedragsregels zijn de verplichting voor beleggingsondernemingen om informatie te verstrekken aan de belegger over aan beleggingen verbonden risico's en om informatie in te winnen bij de belegger over diens kennis en ervaring en daarop de dienstverlening af te stemmen. De gedragsregels sluiten aan bij het besproken informatieparadigma en beogen beleggers in staat te stellen om weloverwogen beleggingsbeslissingen te nemen.⁹¹

Het besef na de financiële crisis dat gedragsregels grootschalige *mis-selling* niet hebben weten te voorkomen, heeft geleid tot strengere maatregelen op EU niveau. De gedragsregels zijn uitgebreid en aanscherpt wat betreft toepassingsbereik en inhoud, verdergaande regulering van beleggingsadvies is geïntroduceerd en een commissieverbod is ingevoerd.⁹² Geheel nieuwe regels voor product governance en productinterventie vormen echter de grootste wijziging in het post-crisis tijdperk. Deze productregulering beoogt bescherming te bieden tegen gevaarlijke beleggingsproducten via toezicht op de ontwerpfase en het uit de markt halen van gevaarlijke beleggingsproducten door middel van interventiebevoegdheden voor toezichhouders. Het regelkader belichaamt een meer paternalistische benadering van bescher-

88. Richtlijn 2004/39/EG (*PhEU* 2004, L 145/1).

89. MiFID II, overweging 86; Voorstel voor MiFID II (COM(2011) 656), p. 2 en 174-175.

90. M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese *soft law* op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015, afl. 9, par. 2.1. De richtlijn lijkt minimumharmonisatie van de daarin opgenomen gedragsregels te realiseren blijkens art. 24(12) MiFID II, zie daarover: M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Private Law* (diss. Groningen), 2018, par. 3.3.3.

91. Zie ook: O.O. Cherednychenko, 'Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?', *ERCL* 2014, afl. 3, p. 395 e.v.

92. M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Private Law* (diss. Groningen), 2018, par. 2.4.3.2.

ming van de consument op de financiële markten door de keuzevrijheid van deze consumenten en daarmee hun autonomie te beperken.

Bij de implementatie van MiFID II heeft de Nederlandse wetgever aansluiting gezocht bij de richtlijnbevestigingen. De gedragsregels zijn verspreid over meerdere niveaus van financiële toezichtwetgeving. De algemene MiFID II-gedragsregels zijn neergelegd in Afdeling 4.2.3 van de Wft. De specifieke gedragsregels die de abstracte gedragsregels omzetten voor de dagelijkse praktijk zijn opgenomen in het BGfo en de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (NRGfo).⁹³ Verder worden de gedragsregels uitgewerkt door niet alleen de AFM, maar ook door de Europese toezichthouder *European Securities and Markets Authority (ESMA)* aan de hand van *soft law*.⁹⁴ Waar de regels voor product governance ook opgenomen zijn in art. 32 BGfo e.v., is de interventiebevoegdheid van de AFM geïmplementeerd in art. 1:77f Wft.

Gedragsregels

Kern van de gedragsregels is de overkoepelende norm voor beleggingsondernemingen om zich bij het verlenen van beleggingsdiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen voor de klant (art. 4:90 Wft). Deze norm wordt uitgewerkt in gedetailleerde gedragsregels, zoals de verplichting om correcte, duidelijke en geen misleidende informatie te verstrekken (4:19(2) Wft), specifieke informatieverplichtingen bijvoorbeeld over aan beleggingen verbonden risico's, kosten en over belangenconflicten (4:20 en 4:22 Wft jo. art. 58 en 58a BGfo), de verplichting om informatie in te winnen over de klant en de dienstverlening daarop aan te passen (art. 4:23 en 4:24 Wft) en de verplichting om bij het uitvoeren van orders het best mogelijke resultaat voor de cliënt te behalen (art. 4:90a en 4:90b Wft). De mate van zorg die wordt verwacht, hangt af van het soort cliënt en het type beleggingsdienst dat wordt verleend. De beleggingsonderneming dient een verdergaande mate van zorg te betrachten in de verhouding met de consument ten opzichte van professionele cliënten en als het gaat om beleggingsadvies en vermogensbeheer ten opzichte van het enkel uitvoeren van orders (*execution-only*).

De specifieke informatieverplichtingen verlangen van beleggingsondernemingen dat zij voorafgaand aan de beleggingsdienstverlening de informatie aan de consument verstrekken die laatstgenoemde nodig heeft om weloverwogen beleggingsbeslissingen te nemen. Dit omvat in het bijzonder informatie over de beleggingsonderneming en dienstverlening, informatie over financiële instrumenten inclusief een toelichting en waarschuwing over aan specifieke beleggingen verbonden risico's en informatie over de kosten en lasten van de dienstverlening en instrumenten die worden aanbevolen (art. 58 BGfo jo. art. 4:20 Wft). Verder verschaft de beleggingsonderneming voorafgaand aan beleggingsadvies de consument informatie over of het advies op onafhankelijke basis wordt verstrekt, de basis van de analyse en of de cliënt een periodieke beoordeling ontvangt van de geschiktheid van aan-

93. Onder MiFID II zijn bepaalde aspecten die voorheen waren uitgewerkt in het BGfo door de Europese Commissie neergelegd in de MiFID II Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565.

94. Zie hierover in meer detail: M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese *soft law* op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015, afl. 9, p. 266-273.

bevolen financiële instrumenten (art. 58a BGfo jo. art. 4:22 Wft). De voorgeschreven informatie mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt (art. 4:20(6) Wft).

Daarnaast wint de beleggingsonderneming die de consument adviseert of diens vermogen beheert informatie bij deze consument in over bepaalde eigenschappen en voert op basis van die informatie de geschiktheidstoets uit (art. 4:23 Wft). De beleggingsonderneming wint hierbij informatie in over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument voor zover relevant.⁹⁵ Vervolgens snijdt de beleggingsonderneming het advies aan de consument of de wijze van beheer van zijn of haar vermogen toe op de ingewonnen informatie. De beleggingsonderneming verstrekt de consument gelijktijdig met het advies of in ieder geval voordat een transactie wordt verricht een geschiktheidsverklaring. Deze verklaring zet uiteen hoe het advies past bij de voorkeuren, beleggingsdoelstellingen en andere eigenschappen van de consument. Slaagt de beleggingsonderneming er niet in de benodigde informatie te vergaren van de consument, dan dient zij af te zien van advisering of vermogensbeheer.⁹⁶ Bij *execution-only* verhoudingen voert de beleggingsonderneming de minder strenge passendheidstoets uit (art. 4:24 Wft). Op basis daarvan wint zij informatie in bij de consument om te beoordelen of deze beschikt over de benodigde ervaring en kennis om de risico's verbonden aan het financiële product of de dienstverlening te begrijpen. Is dat niet het geval, dan waarschuwt de beleggingsonderneming de consument dat het product of de dienst niet passend is. De beleggingsonderneming mag deze waarschuwing in gestandaardiseerde vorm geven (art. 4:24(7) Wft).

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het privaatrecht verdergaande verplichtingen mag opleggen aan beleggingsondernemingen dan de plichten die voortvloeien uit de financiële toezichtwetgeving waarin MiFID II is geïmplementeerd.⁹⁷ Mag de rechter bijvoorbeeld van een beleggingsonderneming verlangen dat zij de consument uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen waarschuwt voor aan een belegging verbonden risico's waarbij deze waarschuwing tevens is toegespitst op de persoon van de consument, terwijl deze informatie op basis van de Wft in gestandaardiseerde vorm mag worden verstrekt? Vaststaat dat op beleggingsondernemingen bij het verlenen van beleggingsdiensten een bijzondere zorgplicht in het privaatrecht rust waaruit bijvoorbeeld informatie- en onderzoeksverplichtingen voortvloeien.⁹⁸ Deze zorgplicht strekt ertoe consumenten te beschermen tegen onder meer eigen lichtvaardigheid, gebrek aan kunde en inzicht en het gevaar dat is verbonden aan het overwegend op emotionele gronden nemen van beslissingen. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat deze bijzondere zorgplicht in de omstandigheden van het geval verdergaande verplich-

95. De verplichting om informatie in te winnen bij de cliënt wordt nader uitgewerkt in art. 54 Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565.

96. *Sib.* 2007, 408, p. 98.

97. Zie bijvoorbeeld: D. Busch, 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht', *WPNR* 2017, afl. 7175 p. 1011-1019; M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014, afl. 8, p. 288-298; O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, afl. 2, p. 66-77.

98. Voor verdere verwijzingen: M.W. Wallinga, 'De bijzondere zorgplicht: de looper van het verbintenisrecht op financieel gebied', *WPNR* 2016, afl. 7116, p. 606-614.

tingen op kan leggen aan beleggingsondernemingen dan de plichten die blijken uit de Wft.⁹⁹ De gedragsregels in de Wft functioneren immers als gezichtspunten bij het vaststellen van de inhoud en reikwijdte van de bijzondere zorgplicht, maar zijn daarbij geenszins bepalend.¹⁰⁰

Productregulering

De productgovernanceregeling geldt voor zowel beleggingsondernemingen die producten ontwikkelen (vervaardigen, creëren, uitgeven en ontwerpen) als voor beleggingsondernemingen die financiële instrumenten distribueren (aanbieden en aanbevelen).¹⁰¹ De productgovernanceverplichtingen voor het inrichten van de interne organisatie verschillen afhankelijk van de rol van de beleggingsonderneming. De AFM en de ESMA houden toezicht op de ontwikkeling en distributie van financiële producten en kunnen intern bij de beleggingsonderneming ingrijpen waar de processen een gevaar vormen voor consumentenbescherming, het functioneren en de integriteit van de financiële markten en de stabiliteit van het financiële systeem.¹⁰²

De beleggingsonderneming als productontwikkelaar moet beschikken over adequate procedures en maatregelen om te waarborgen dat bij de ontwikkeling van financiële producten rekening wordt gehouden met de belangen van de consument en dat de producten aantoonbaar het resultaat zijn van deze belangenafweging (art. 32(1) BGfo). Dit geldt niet alleen voor nieuwe financiële instrumenten, maar ook voor significante aanpassingen van bestaande instrumenten (art. 16(3) MiFID II). Dit proces wordt ook wel omschreven als het productgoedkeuringsproces. De bedoeling is om de doelgroep van het financiële product af te bakenen. Daarbij stelt de beleggingsonderneming vast voor welke typen cliënten voor wat betreft behoeften, kernmerken en doelstellingen het financiële instrument wordt bedoeld.¹⁰³ Verder dient de werking van (de afzonderlijke onderdelen van) het product te worden geanalyseerd om vast te stellen dat het geen afbreuk doet aan deze karakteristieken van de beoogde doelgroep. Daarnaast dient de beleggingsonderneming ervoor te zorgen dat de productinformatie en de distributie van het financiële product worden afgestemd op de afgebakende doelgroep.

Beleggingsondernemingen die financiële instrumenten distribueren (en dus niet zelf ontwikkelen) hoeven in principe niet te beschikken over een goedkeuringsproces. Wel moeten zij hun interne organisatie inrichten met adequate procedures en maatregelen om te waarborgen dat de financiële instrumenten die zij aanbieden of aanbevelen voldoen aan de behoeften, kenmerken en doelstellingen van de doelgroep en dat de distributiestrategie aansluit bij deze groep (art. 32b(1) BGfo). Beleggingsondernemingen als distributeur dienen eveneens vast te stellen bij welke

99. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Dexia/De Treek*); conclusie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*Dexia/De Treek*), nr. 3.21.

100. In meer detail: M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014, afl. 8, p. 288-298.

101. Zie ook over product governance: D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 31 e.v.

102. Art. 1:77f Wft; art. 42 MiFIR jo. art. 69(2) sub s en t MiFID II.

103. Art. 9(9) MiFID II Gedelegeerde Richtlijn 2017/593/EU (*PbEU* 2017, L 87/500).

groepen cliënten het financiële product niet past voor wat betreft de genoemde aspecten.¹⁰⁴ Daarnaast zijn deze beleggingsondernemingen verplicht om van de productontwikkelaar het nodige begrip en de nodige kennis te vergaren om de financiële producten te kunnen distribueren conform de behoeften, kenmerken en doelstellingen van de omschreven doelmarkt.¹⁰⁵

C HANDHAVING

15.6 Publiekrechtelijke handhaving

Vanuit de gedachte dat het privaatrecht tekortschiet bij bescherming van de zwakkere partij op de financiële markt kiest de Nederlandse wetgever doorgaans voor implementatie van consumentenbeschermende bepalingen uit de Europese richtlijnen in het toezichtrecht, al dan niet naast hun implementatie in het BW. Ook op EU niveau wordt vaak primair ingezet op bestuursrechtelijke handhaving op dit terrein.¹⁰⁶ Daar zijn verschillende verklaringen voor.¹⁰⁷ De eerste is gelegen in de lastigheid om op EU niveau privaatrechtelijke handhaving te harmoniseren vanwege de weerstand vanuit nationale lidstaten tegen harmonisatie van het algemene privaatrecht. Daarnaast wordt aangenomen dat privaatrechtelijke handhaving alleen onvoldoende is voor het bereiken van doelstellingen van Europese regelgeving, zoals marktintegratie, integriteit en stabiliteit van de financiële markten en consumentenbescherming. De financiële industrie verzet zich bovendien vaak ook tegen de mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving vanwege de verwachte hogere kosten.

Door de implementatie in de Wft en het BGfo zijn consumentenbeschermende bepalingen op het gebied van betaaldiensten, consumptief en hypothecair krediet en beleggingsdiensten onderworpen aan gedragtoezicht door de AFM.¹⁰⁸ Daarmee wordt de AFM belast met de bevoegdheid en taak om de gedragsnormen te handhaven door middel van een bestuursrechtelijk instrumentarium zoals de boete, de last onder dwangsom en de intrekking van de vergunning die is vereist voor toegang tot de financiële markten.

De financiële toezichtwetgeving zwijgt grotendeels over de privaatrechtelijke gevolgen van schending van de daarin opgenomen consumentenbeschermende bepalingen in de relatie tussen de consument enerzijds en de betaaldienstverlener, kredietverlener of beleggingsdienstverlener anderzijds. Uitzondering hierop vormt art. 1:23 Wft. Op basis daarvan kan de consument een rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet uit dien hoofde aantasten

104. Art. 10(2) MiFID II Gedelegeerde Richtlijn 2017/593/EU.

105. Art. 10(2) MiFID II Gedelegeerde Richtlijn 2017/593/EU.

106. O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector', *ERPL* 2015, afl. 4, p. 622 e.v.

107. Zie voor verdere verwijzingen: M.W. Wallinga, *EU Investor Protection Regulation and Private Law* (diss. Groningen), 2018, par. 1.2.

108. Overigens zij erop gewezen dat andere publieke toezichthouders eveneens een rol kunnen spelen bij de handhaving van (andere) normen op deze terreinen, zoals De Nederlandsche Bank, de Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Persoonsgegevens.

tenzij in de Wft anders is bepaald. Dit zorgt ervoor dat consumenten geen beroep kunnen doen op vernietiging van een overeenkomst vanwege strijd met een dwingende wetsbepaling die strekt tot zijn of haar bescherming.¹⁰⁹ Dit betekent echter niet dat de consument met lege handen staat bij schending van consumentenbeschermende bepalingen die zijn neergelegd in financiële toezichtwetgeving (waarover meer de volgende paragraaf). Zo stelt de wetgever tijdens de totstandkoming van de Wft vast dat de consument bij schending van een Wft-bepaling nog steeds een beroep kan doen op onrechtmatige daad, wanprestatie en dwaling.¹¹⁰

15.7 Privaatrechtelijke handhaving

15.7.1 Regels geïmplementeerd (deels) in het privaatrecht

De wetgever heeft ervoor gekozen om bepaalde consumentenbeschermende bepalingen niet alleen in financiële toezichtwetgeving te implementeren, maar ook tegelijkertijd of in sommige gevallen zelfs alleen in het privaatrecht. Hierdoor ligt de verantwoordelijkheid voor handhaving gedeeltelijk of primair bij de consument zelf. Zoals eerder opgemerkt, zijn de informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten bijvoorbeeld geïmplementeerd in titel 7.2A en 7.2B.3 van het BW¹¹¹. Ook is de aansprakelijkheidsregeling uit PSD2 waar consumenten gebruik van kunnen maken in hun verhouding met de betaaldienstverlener in het geval van niet-toegestane en onjuist uitgevoerde betalingstransacties geïmplementeerd in titel 7B van Boek 7 BW. Hierbij doet zich het probleem voor dat de Nederlandse wetgever de bepalingen over aansprakelijkheidsverdeling bijna letterlijk heeft vertaald in het Nederlands recht. Richtlijnbe-
palingen zijn omgezet zonder oog voor de systematiek van het privaatrecht. Dit leidt tot soms knellende samengestelde regels niet alleen voor vestiging van aansprakelijkheid, gekoppeld aan bepalingen over bewijs en regres, maar ook voor de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis.¹¹² Vanuit het perspectief van bescherming van de consument valt op dat onduidelijkheid bestaat over welke betekenis moet worden toegekend aan bepaalde terminologie van de in het BW opgenomen regeling en over de verhouding van deze regeling met het algemene systeem van het privaatrecht.¹¹³

15.7.2 Regels geïmplementeerd in financiële toezichtwetgeving

Algemeen

Hoewel de informatieverplichtingen bij betaaldiensten, de kredietwaardigheidstoets bij consumptief en hypothecair krediet en de gedragsregels en productgovernance-

109. De wettelijke grondslag voor een dergelijk beroep is art. 3:40(2) BW.

110. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 393.

111. Implementatie in het BW staat niet in de weg aan handhaving door de AFM: art. 4:25d Wft.

112. W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019, afl. 4, p. 111.

113. Zie ook over deze problematiek: H.N. Schelhaas, 'Inconsistenties in het verbintenissenrecht: de wetswijziging betaaldiensten', *NTBR* 2010, afl. 1, p. 1; R.E. van Esch, 'Conceptvoorstel Wet betaaldiensten: civielrechtelijke aspecten', *TvFR* 2008, afl. 12, p. 438-442.

regels bij beleggingsdienstverlening zijn geïmplementeerd in financiële toezichtwetgeving, sluit dit privaatrechtelijke handhaving niet uit. Als de consument gedupeerd is, moet deze zijn heil zoeken in het privaatrecht. De vraag is of, en zo ja in hoeverre, de consument een beroep kan doen op bestuursrechtelijke normen in een civiele procedure. Deze vraag raakt een complex vraagstuk van doorwerking van financiële toezichtwetgeving in het privaatrecht dat, zoals hierna wordt geïllustreerd, nog niet volledig is uitgekristalliseerd. In de gevallen van schending van consumentenbeschermende bepalingen lijdt de consument vaak schade die deze vergoed wil zien. De nadruk ligt hierna daarom op een vordering tot schadevergoeding wegens schending van financieel toezichtrechtelijke normen.¹¹⁴

Twee handhavingscategorieën

De beschikbare handhavingsmechanismen van financiële toezichtwetgeving kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld: aansprakelijkheid wegens schending van een ongeschreven zorgplicht en aansprakelijkheid wegens schending van een wettelijke plicht. De eerste categorie faciliteert een indirect effect van financiële toezichtwetgeving in het privaatrecht. Dit effect berust op de invloed van de consumentenbeschermende bepalingen geïmplementeerd in de Wft en nader uitgewerkt in het BGfo op de privaatrechtelijke zorgplicht van betaaldienstverleners, kredietverleners en beleggingsdienstverleners. Consumenten kunnen schending van dergelijke publiekrechtelijke verplichtingen aanvoeren ter motivering van de stelling dat de dienstverlener in strijd handelde met de op hem rustende privaatrechtelijke zorgplicht. Consumenten zijn in staat om een vordering tot schadevergoeding wegens schending van deze zorgplicht in te stellen op de voet van wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad op (art. 6:162 BW).

Aansprakelijkheid wegens strijd met een wettelijke plicht biedt een meer directe manier van handhaving van financieel toezichtrechtelijke gedragsregels. Bij deze categorie is de invloed van financiële toezichtwetgeving op privaatrechtelijke aansprakelijkheid niet afhankelijk van het bestaan van een ongeschreven zorgplicht. Consumenten kunnen een rechtstreeks beroep doen op financiële toezichtwetgeving op basis van het onrechtmatigheids criterium van strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162(2) BW). Daarnaast kunnen zij een beroep doen op informatieverplichtingen van Europese origine op basis van de regeling oneerlijke handelspraktijken (afdeling 3A Boek 7 BW).¹¹⁵

Problematische elementen bij privaatrechtelijke handhaving: relativiteit en causaliteit

Twee elementen zijn in het bijzonder problematisch bij privaatrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving: het relativiteitsvereiste en (het bewijs van) het causaal verband. In de praktijk speelt het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) de grootste rol bij wetsschendingen, zoals handelen in strijd met financiële toezichtwetgeving. Het relativiteitsvereiste kan de invloed van gedragsnormen opgenomen in deze toezichtwetgeving op de buitencontractuele aansprakelijkheid beperken. Op basis van dit vereiste leidt schending van een gedragsnorm alleen tot aanspra-

114. Privaatrechtelijke remedies zoals ontbinding en vernietiging vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

115. Zie in meer detail: M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2018/1, p. 12-25.

kelijkheid wanneer deze beoogt de belangen van de consument te beschermen tegen de schade die en de wijze waarop hij of zij die heeft geleden. De wetgever overweegt over de werking van dit vereiste in de context van financiële toezichtwetgeving in algemene zin dat voldaan is aan het relativiteitsvereiste wanneer de consument schade lijdt als gevolg van een Wft-schending.¹¹⁶ In twee opzichten roept dit standpunt van de wetgever vragen op vanuit het perspectief van consumentenbescherming.

In de eerste plaats omdat niet geheel duidelijk is op welke financieel toezichtrechtelijke bepalingen de wetgever doelt. Van belang in dit kader is het onderscheid dat bestaat tussen gedragsregels, zoals informatieverplichtingen, de geschiktheids- en passendheidstoets en de kredietwaardigheidstoets gekoppeld aan een weigeringsplicht, en andere soorten Wft-normen. Zo legt de toezichtwetgeving ook productgovernanceregels op aan beleggingsondernemingen die primair zien op het inrichten van de interne organisatie. Anders dan de gedragsregels normeren deze regels niet de verhouding tussen beleggingsondernemingen en consumenten en is het onduidelijk of zij in dezelfde mate de belangen van de consumenten beogen te beschermen. De vraag kan daarom gesteld worden of het standpunt van de wetgever ten aanzien van de werking van het relativiteitsvereiste ook (onverkort) geldt voor andere categorieën Wft-normen dan de gedragsregels.

In de tweede plaats lijkt het standpunt van de wetgever de werking van het schadelement van het relativiteitsvereiste onvoldoende te onderkennen. Illustratief voor dit onderdeel van het relativiteitsvereiste in de context van financiële toezichtwetgeving is de uitspraak van de HR in *Nabbe/Staalbankiers*.¹¹⁷ In de procedure vordert Nabbe van Staalbankiers vergoeding van de schade die hij heeft geleden door beleggingsverliezen op opties. Daartoe voert hij aan dat Staalbankiers tekortgeschoten is in haar zorgplicht wegens schending van de marginverplichting op basis van de destijds geldende toezichtwetgeving. Op basis van deze verplichting is het de bank niet toegestaan om nieuwe optietransacties uit te voeren bij saldotekort. De HR wijst de schadevordering af omdat de geschonden norm weliswaar strekte tot bescherming van de belangen van de belegger, maar niet tegen elk (koers)verlies en daarom niet tegen de schade zoals de belegger die heeft geleden. Deze uitspraak nuanceert het standpunt van de wetgever dat automatisch is voldaan aan het relativiteitsvereiste in het geval van schending van een Wft-norm. Dat financiële toezichtwetgeving de belangen van de consument (mede) beoogt te beschermen, brengt niet zonder meer mee dat de schade die de consument in een specifiek geval lijdt onder het beschermingsbereik van de Wft-norm valt. Is dat in de concrete omstandigheden niet het geval, dan staat de toepassing van het relativiteitsvereiste in de weg aan de rechtsbescherming van de consument bij schending van financiële toezichtwetgeving.

Het tweede element heeft betrekking op het vereiste van causaal verband, hetgeen een van de grootste obstakels vormt bij privaatrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving. Overigens zij opgemerkt dat dit vereiste evengoed problemen kan opleveren bij de handhaving van in het BW geïmplementeerde consumenten-

116. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 393.

117. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320 (*Nabbe/Staalbankiers*).

beschermende bepalingen. Het vereiste van causaal verband valt grofweg uiteen in twee stappen. De eerste stap bestaat uit het vaststellen van een *condicio sine qua non*-verband (hierna: csqn-verband) tussen de geleden schade en de normschending waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd. Kort gezegd bestaat dit verband tussen geleden schade en normschending indien de schade zonder de normschending niet zou zijn ingetreden. Het vereiste csqn-verband is dus niet aanwezig wanneer bij het wegdenken van de schending van een Wft-verplichting de consument alsnog schade zou hebben geleden. Bij de tweede stap wordt vastgesteld welk gedeelte van de schade, die in csqn-verband staat met de normschending, in redelijkheid toegeerekend kan worden aan de schadeveroorzaker.

Vooraf (het bewijs van) het vereiste csqn-verband kan problematisch zijn voor de consument. Op basis van de hoofdregel van het bewijsrecht rust op de consument, die schadevergoeding vordert, in beginsel de stelplicht en bij voldoende betwisting door de aangesproken partij de bewijslast van dit verband (art. 150 Rv). Slaagt de consument daar niet in, dan wijst de civiele rechter de schadevordering af. Dikwijls betwisten financiële dienstverleners de aanwezigheid van het gestelde csqn-verband als gevolg waarvan de consument deze aanwezigheid moet bewijzen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de consument stelt dat de beleggingsonderneming een verplichting heeft geschonden te informeren over aan een bepaalde belegging verbonden risico's. De financiële dienstverlener beweert dan dat ook al had deze voldoende informatie verstrekt over de risico's, de schade toch zou zijn ingetreden. Doordat vaak onzekerheid bestaat over wat er zou zijn gebeurd zonder de schending van een Wft-verplichting door de financiële onderneming, vormt de bewijslast van het csqn-verband voor veel consumenten een lastig obstakel in de praktijk.

De genoemde onzekerheid doet zich in het bijzonder voor in de gevallen waarin tussen normschending door de financiële dienstverlener en de door de consument geleden schade nog een beslissing ligt van laatstgenoemde om bijvoorbeeld over te gaan tot een bepaalde belegging of om krediet af te nemen. De stelling van de financiële dienstverlener zal er in dit voorbeeld op neerkomen, dat de consument dezelfde beleggings- of kredietbeslissing zou hebben genomen als hem of haar de vereiste informatie over de risico's wel was verstrekt. In de *Dexia/De Treek*-uitspraak in de effectenleaseaffaire en vervolgens in de *World Online*-uitspraak inzake prospectusaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad een vermoeden van causaal verband geformuleerd, zij het op een *ad hoc* basis.¹¹⁸ Toepassing van dit vermoeden verplicht de aangesproken partij om voldoende feiten aan te leveren om het bestaan te betwisten van een causaal verband tussen de normschending en de door de consument gevorderde schade. Om het vermoeden te ontkrachten, moet de aangesproken partij de stelling dat geen sprake is van een csqn-verband voldoende concreet onderbouwen.¹¹⁹ Iets waardoor de bewijsrechtelijke positie van consumenten ten aanzien van het csqn-verband significant wordt verbeterd.

118. *Dexia/De Treek*, r.o. 5.5.2 en 5.5.3. Zie ook: HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*), r.o. 4.11.2.

119. J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Het csqn-verband in het financiële aansprakelijkheidsrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, afl. 12, p. 317; I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieverplichtingen', *NTBR* 2014, afl. 6, p. 219-232.

Er bestaat echter onduidelijkheid over het toepassingsbereik van dit bewijsvermoeden in de context van schending van financiële toezichtwetgeving. In *Dexia/De Treek* en *World Online* ging het om zogenaamde massaschade. In de literatuur wordt met het oog daarop door sommige auteurs betoogd dat consumenten geen bescherming kunnen ontlenen aan het bewijsvermoeden in individuele schadegevallen.¹²⁰ De Hoge Raad lijkt deze beperkte opvatting echter niet te delen getuige zijn uitspraak in *Van Lanschot/Grove*.¹²¹ Daarnaast is het bewijsvermoeden toegepast in *Dexia/De Treek* en *World Online* specifiek in de context van schending van informatieverplichtingen. Het is daarom niet duidelijk of en in hoeverre consumenten ook kunnen profiteren van het bewijsvermoeden buiten gevallen van schending van consumentenbeschermende bepalingen die zien op informatieverstrekking.

D AFSLUITING

15.8 **Het financiële consumentenrecht vanuit het perspectief van de consument**

De bovenstaande schets roept de vraag op hoe consumentenvriendelijk het (Europese) financiële consumentenrecht nu eigenlijk is. Het valt in eerste instantie op dat na de recente financiële crisis het regelkader over het algemeen veel paternalistischer is geworden, meer in het bijzonder op Europees niveau. Er wordt in toenemende mate erkend dat het informatieparadigma alleen onvoldoende bescherming biedt aan de financiële consument en moet worden aangevuld met meer ingrijpende maatregelen, zoals bijvoorbeeld productregulering en het verbod op overkreditering. Op Europees niveau springt overigens in het oog het verschil in benadering tussen de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Terwijl de nadruk in de eerste vooral op informatieplichten wordt gelegd, worden deze plichten in de laatste aangevuld met verdergaande maatregelen ter voorkoming van onverantwoorde kredietverstrekking aan de consument. Vanuit het Europees perspectief is het zeer de vraag in hoeverre een verschillende aanpak van een gewoon consumptief krediet enerzijds en een hypothecair krediet anderzijds inhoudelijk gerechtvaardigd is. Deze vraag is echter van minder belang voor de Nederlandse consument, gezien het Nederlands recht reeds nogal strenge regels kent zowel voor consumptief als voor hypothecair krediet.

Tegelijkertijd verdient het Nederlandse financiële consumentenrecht als geheel geen schoonheidsprijs voor wat betreft de toegankelijkheid voor en handhaving door de consument. Ten eerste laat de *overzichtelijkheid* van en de *consistentie* tussen de verschillende, vanuit het oogpunt van consumentenbescherming relevante regels te wensen over. Het is niet altijd helder voor de financiële consument waar deze regels te vinden zijn — in de Wft, het BGfo, de NRGfo, de richtlijnen van de AFM of Europese financiële toezichthouders, het BW, het ongeschreven privaatrecht of

120. Zie bijv.: C.J.M. Klaassen, 'Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingsschade', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 151.

121. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7846 (*Van Lanschot/Grove*). Zie ook HR 3 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU4914 (*Rabobank Vaart en Vecht/X*), r.o. 3.7.1.

de gedragscodes van financiële dienstverleners – en hoe verschillende publiek- en privaatrechtelijke regelcomplexen zich tot elkaar verhouden. Ten tweede, en dit houdt mede verband met het eerste aspect, brengt het opnemen van de consumentenbeschermende regels in de financiële toezichtwetgeving de nodige complicaties met zich voor de *privaatrechtelijke rechtsbescherming* van de consument bij schending daarvan. Het is lang niet altijd duidelijk voor de gedupeerde consument wat hij aan dergelijke regels heeft in zijn individuele geval. Het relativiteitsvereiste en (het bewijs van) het causaal verband in het privaatrecht kunnen een succesvol beroep op toezichtrechtelijke normen in de weg staan.

Tot op zekere hoogte zijn deze problemen inherent aan een complexe multi-level governancestelsel in de EU en het onderscheid tussen het publiek- en privaatrecht dat nog steeds relevant is in het Nederlandse recht. Dat betekent echter niet dat er geen oplossingen te bedenken zijn om de interactie tussen verschillende regelcomplexen van Europese en nationale origine te stroomlijnen en daarmee de positie van de consument te verbeteren. Hierbij is een belangrijke taak weggelegd voor wetenschappers die de verschillende regelcomplexen niet alleen in kaart kunnen brengen, maar daar ook een kritische blik op kunnen werpen, gelet op de publieke en private belangen die met het tegengaan van misstanden op de financiële markten worden gediend.

