

University of Groningen

Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel

Cherednychenko, O.O.; Meindersma, J.-M.

Published in:
 Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

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:
 2014

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

Citation for published version (APA):

Cherednychenko, O. O., & Meindersma, J.-M. (2014). Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 13(4), 181-191.

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.

Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governance-systeem

In de nasleep van de recente financiële crisis wordt steeds vaker de roep gehoord om te waarborgen dat krediet aan consumenten alleen op maatschappelijk verantwoorde wijze wordt verstrekt. Het begrip verantwoorde kredietverstrekking is de laatste jaren sterk tot ontwikkeling gekomen op verschillende niveaus van een multilevel governance-systeem. Het antwoord op de vraag wat verantwoorde kredietverstrekking inhoudt, moet worden gezocht in de EU-wetgeving, de Nederlandse financiële toezichtwet- en regelgeving van bestuursrechtelijke aard, het Nederlandse civiele recht en de zelfregulering door de kredietindustrie. De verhouding tussen deze regelcomplexen is niet altijd helder. In deze bijdrage wordt getracht om enige ordening aan te brengen in een lappendeken aan regels rondom verantwoorde kredietverstrekking aan de consument. Centraal staan de vragen wanneer sprake is van (on)verantwoorde kredietverstrekking, hoe dat wordt beoordeeld en welke consequenties worden verbonden aan de vaststelling dat kredietverstrekking onverantwoord zou zijn in een individueel geval.

1. Inleiding

Door de economische crisis en oplopende werkloosheid in de EU krijgen steeds meer Europese consumenten moeite om hun leningen af te lossen.¹ In Nederland bijvoorbeeld waren er per 22 januari 2014 bijna 740 000 consumenten met betalingsachterstanden op hun leningen; dat is 20 000 consumenten meer dan een half jaar geleden.² Sterker nog, per 1 april 2014 hadden meer dan 100 000 consumenten moeite om hun hypotheeklasten te betalen; daaruit blijkt dat alleen vorig halfjaar er bijna 9000 consumenten met een betalingsachterstand op de hypotheek zijn bijgekomen.³

Problematische schuldsituaties kunnen verschillende oorzaken hebben. Vaak zullen ze worden veroorzaakt door veranderende omstandigheden in het leven van de consument die ten tijde van het afsluiten van een krediet niet voorzien waren, zoals echtscheiding, arbeidsongeschiktheid of werkloosheid.⁴ Maar ook onverantwoorde kredietverstrekking aan de consument kan een problematische schuldsituatie veroorzaken en daarmee zelfs bijdragen aan het ontstaan van een vastgoedzeepbel, met alle negatieve gevolgen van dien voor de financiële sector en de rest van de economie. De rol van kredietverstrekkers daarin staat in de nasleep van de financiële crisis volop in de maatschappelijke en politieke belangstelling. Steeds vaker wordt de roep gehoord om te waarborgen dat kre-

diet alleen op de maatschappelijk verantwoorde wijze wordt verstrekt.⁵ De essentie daarvan is dat voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst de kredietverstrekker moet vaststellen of de consument redelijkerwijs aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen kan voldoen zonder dat het leidt tot (verdere) financiële problemen of andere nadelige gevolgen, zoals het niet kunnen voorzien in primaire levensbehoeften.⁶ Deze verplichting van de kredietverstrekker gaat verder dan alleen vaststellen of hij zijn geld alsnog terug kan krijgen indien de consument in een problematische schuldsituatie terecht komt; centraal bij verantwoorde kredietverstrekking staat rekening houden met de belangen en behoeften van de consument.⁷

In deze bijdrage verkennen wij het begrip verantwoorde kredietverstrekking in het Nederlandse recht tegen de Europeesrechtelijke achtergrond. Dit begrip is de laatste jaren sterk tot ontwikkeling gekomen op verschillende niveaus van een multilevel governance-systeem. Het antwoord op de vraag wat verantwoorde kredietverstrekking inhoudt, moet worden gezocht in de EU-wetgeving, de Nederlandse financiële toezichtwet- en regelgeving van bestuursrechtelijke aard, het Nederlandse civiele recht

* Adjunct hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen

** Onderzoeksmasterstudent in de richting 'Functionaliteit van het recht' aan de Rijksuniversiteit Groningen

1. Zie bijv. Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake woningkredietovereenkomsten, COM(2011)142 def., p. 2.
2. BKR Kredietbarometer, Tiel, 22 januari 2014.
3. BKR Hypotheekbarometer, Tiel, 24 april 2014.
4. Zie bijv. de nota 'Het rijk rond schulden', *Kamerstukken II 2005/06*, 24515, 71, p. 4; *Kamerstukken II 2005/06*, 29942, 7, p. 64; EIM (onderdeel van Pantei), 'Overkreditering aan banden: Onderzoek naar de effectiviteit van beleid om overkreditering tegen te gaan', Zoetermeer, september 2007 (in opdracht van het Ministerie van Financiën), p. 10.
5. Zie bijv. Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake woningkredietovereenkomsten, COM(2011)142 def., p. 2.
6. Vgl. bijv. de definitie van 'assessing affordability' in de richtlijnen van de *Office of Fair Trading (OFT)* inzake onverantwoorde kredietverstrekking in het Verenigde Koninkrijk (OFT, *Irresponsible Lending – OFT Guidance for creditors*, maart 2010 (update februari 2011), par. 4.1, te vinden op www.of.gov.uk).
7. Vgl. I. Ramsay, 'Consumer Credit Regulation after the Fall: International Dimensions', *Journal of European Consumer and Market Law* 2010, afl. 1, p. 24, 33.

en de zelfregulering door de Nederlandse kredietindustrie.⁸ De verhouding tussen deze regelcomplexen is niet altijd helder. Daarbij komt dat er verschillende regels bestaan voor verschillende soorten krediet, in het bijzonder een gewoon consumptief krediet⁹ en een hypothecair krediet.¹⁰ Ten slotte is van belang dat, waar het gaat om verantwoorde kredietverstrekking, er meerdere actoren actief zijn bij de toepassing van de betreffende normen. Zo worden geschillen tussen kredietverstrekkers en consumenten niet alleen voorgelegd aan de civiele rechter, maar ook aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) dat voorziet in een buitengerechtelijk geschillenbeslechtingsmechanisme. Dat kan leiden tot uiteenlopende interpretaties van een en hetzelfde regelcomplex. Er is derhalve behoefte om enige ordening aan te brengen in een lappendeken aan regels rondom verantwoorde kredietverstrekking aan de consument. In deze bijdrage doen wij een poging daartoe. Centraal staan de vragen wanneer sprake is van (on)verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten, hoe dat wordt beoordeeld en welke consequenties worden verbonden aan de vaststelling dat kredietverstrekking onverantwoord zou zijn in een individueel geval. Deze vragen worden beantwoord ten aanzien van een consumptief krediet enerzijds en een hypothecair krediet anderzijds. Eerst schetsen wij het Europeesrechtelijke kader inzake verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten (par. 2). Daarna gaan wij in op het relevante bestuursrechtelijke kader zoals neergelegd in de financiële toezichtwetgeving, namelijk de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) dat een uitwerking is van de Wft, en de richtlijnen van de AFM; gezien de nauwe band tussen deze wet- en regelgeving en zelfregulering op het punt van verantwoorde kredietverstrekking wordt hier tevens aandacht besteed aan de relevante gedragscodes (par. 3). Deze bespreking wordt vervolgd door een uiteenzetting van het civielrechtelijke kader, meer in het bijzonder de jurisprudentie van de civiele rechter; daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de verhouding van civielrechtelijke normen tot een publiekrechtelijk regelcomplex (par. 4). Tot slot schetsen wij kort de benadering van het Kifid (par. 5). De lijnen worden voor zover mogelijk bij elkaar getrokken in een

afrondende beschouwing waarin tevens enkele aanbevelingen worden gedaan voor de toekomstige ontwikkeling van regels rondom verantwoorde kredietverstrekking aan de consument in een multilevel governancestelsel (par. 6).

2. Het Europeesrechtelijke kader

2.1. Consumptief krediet

Het verlenen van een consumptief krediet in de EU wordt thans beheerst door de Richtlijn consumentenkrediet.¹¹ Deze Europese richtlijn stamt uit de tijd voor de financiële crisis en beoogt een tal van aspecten van kredietverstrekking aan consumenten volledig te harmoniseren met als doel consumenten in Europa beter te beschermen en de totstandkoming van een goed functionerende interne markt voor consumptief krediet te vergemakkelijken. De richtlijn is van toepassing op overeenkomsten inzake consumptief krediet, met uitzondering van onder andere kredieten zonder rente en andere kosten, kredieten onder € 200 en kredieten boven € 75 000.¹²

Het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie voor de Richtlijn consumentenkrediet bevatte het beginsel van 'verantwoorde lening'.¹³ Op grond daarvan werd de kredietgever geacht voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst of de daaropvolgende kredietverhoging te hebben nagegaan dat de consument en een eventuele zekerheidssteller redelijkerwijs in staat zouden zijn om hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen. Deze verplichting tot verantwoorde kredietverstrekking heeft de richtlijn echter niet gehaald. Uiteindelijk is de nadruk daarin gelegd op het vergroten van de transparantie in consumptief krediet door consumenten van gedetailleerde informatie te voorzien over de kenmerken van een dergelijk financieel product.¹⁴ Anders dan het voorstel formuleert de richtlijn enkel een algemene verplichting van kredietgevers om vóór het sluiten van de kredietovereenkomst de 'kredietwaardigheid' van de consument te beoordelen op basis van de van de consument verkregen informatie en, waar nodig, een raadple-

8. Vgl. W.H. van Boom, 'Hypothecair krediet aan consumenten – een overzicht', *TvC* 2012, afl. 6, p. 268, 272 e.v.

9. Onder consumptief krediet worden hier verstaan alle financiële producten waarbij aan een consument een geldsom ter beschikking wordt gesteld, een dienst wordt verleend of het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject wordt verschaft, ter zake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten, zonder dat daar een hypothecaire zekerheid aan verbonden is. Vgl. de definitie van 'krediet' in art. 1:1 Wft. Consumptief krediet kan in verschillende vormen worden verstrekt, zoals bijvoorbeeld, een vast krediet (persoonlijke lening), een doorlopend krediet, een uitsel van betaling of effectenkrediet. Zie hierover J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 5 e.v.

10. Onder hypothecair krediet wordt hier verstaan een financieel product waarbij aan een consument een geldsom ter beschikking wordt gesteld tot zekerheid voor de terugbetaling waarvan een recht van hypotheek wordt gevestigd. Vgl. art. 1 Bgfo.

11. 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 (*PbEU* 2008 L 133/66). Over deze richtlijn en haar implementatie in het Nederlandse recht zie bijv. H.J. Bodifée, 'Implementatie van de richtlijn inzake consumentenkrediet', *FR* 2010, afl. 4, p. 76; R. Kerckhaert, 'Het wetsvoorstel ter implementatie van de nieuwe Richtlijn Consumentenkrediet; een overzicht', *FR* 2010, afl. 5, p. 114; M. de Muynck & J.M. van Poelgeest, 'Het aanbieden van consumentenkrediet aan Richtlijn 2008/48/EG: de Nederlandse en Belgische regelgeving aan elkaar getoetst', *TvC* 2012, afl. 2, p. 55; J.W.A. Biemans, 'De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen', *NTBR* 2012, afl. 9, p. 335; J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet*, Deventer: Kluwer 2013.

12. Art. 2 Richtlijn 2008/48/EG.

13. 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 def., p. 16 (art. 9).

14. Vgl. C.I. Garcia Porras & W.H. van Boom, 'Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations', in: J. Devenney & M. Kenny, *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 21 e.v.; V. Mak & J. Braspenning, 'Errare Humanum Est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law', *Journal of Consumer Policy* 2012, afl. 3, p. 307, 310 e.v.

ging van het desbetreffende gegevensbestand.¹⁵ De vraag wanneer de consument 'kredietwaardig' is en hoe dat wordt vastgesteld is hierbij onbeantwoord gebleven. Ook zwijgt de Richtlijn consumentenkrediet grotendeels over de vraag wat de kredietgever moet en/of mag doen als de uitkomst van het onderzoek naar de kredietwaardigheid van de consument negatief is. Zo is de kredietgever op grond van deze richtlijn in ieder geval niet verplicht om het afsluiten van een krediet te ontraden of te weigeren. De richtlijn bevat slechts een algemene verplichting van kredietgevers en kredietbemiddelaars om de consument een passende toelichting te verstrekken die hem in staat zou stellen te beoordelen of de voorgestelde kredietovereenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt.¹⁶

Aangezien de Richtlijn consumentenkrediet dus geen uitputtende harmonisering van regels rondom verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten heeft weten te realiseren, kregen de lidstaten veel ruimte bij de vormgeving van wet- en regelgeving op dat punt in hun nationale rechtsorde.¹⁷ Een bescheiden aanpak van onverantwoorde kredietverstrekking bij consumptief krediet op Europees niveau heeft tot gevolg dat er grote verschillen blijven bestaan tussen de lidstaten in de wijze waarop met deze problematiek wordt omgegaan op nationaal niveau.¹⁸

2.2. Hypothecair krediet

Hypothecair krediet is uitgezonderd van de Richtlijn consumentenkrediet en is evenmin onderwerp geweest van de sectorspecifieke harmonisatiewetgeving van de EU. Daar komt binnenkort echter verandering in. Onlangs heeft de EU de Richtlijn inzake woningkredietovereenkomsten¹⁹ aangenomen. De richtlijn is erop gericht een goed functionerende interne markt voor hypothecair krediet met een hoge mate van bescherming voor de consument tot stand te brengen.²⁰ Tevens wordt daarmee beoogd de financiële stabiliteit te bevorderen door ervoor te zorgen dat een hypothecair krediet op een verantwoorde wijze wordt verstrekt.²¹

De Richtlijn woningkredietovereenkomsten compleeteert de Richtlijn consumentenkrediet door te voorzien in een soortgelijk kader voor hypothecair krediet en stoelt grotendeels op de bepalingen van deze richtlijn voor zover

ze ook verenigbaar zijn met de specifieke kenmerken van hypothecair krediet.²² Echter, anders dan de Richtlijn consumentenkrediet is de Richtlijn woningkredietovereenkomsten opgesteld tegen de achtergrond van de financiële crisis. Uit het door de Europese Commissie opgestelde ontwerp van deze richtlijn blijkt bijvoorbeeld dat 'het onverantwoordelijk verstrekken en opnemen van krediet moet worden aangepakt om te voorkomen dat de omstandigheden die tot de huidige financiële crisis hebben geleid, zich opnieuw voordoen.'²³ Deze nieuwe insteek heeft zich vertaald in een aantal bepalingen inzake 'kredietwaardigheidsbeoordeling' in de Richtlijn woningkredietovereenkomsten die aanzienlijk verder gaan dan de desbetreffende bepalingen van de Richtlijn consumentenkrediet.

Zo bevat de Richtlijn woningkredietovereenkomsten een verplichting van de kredietgever om vóór het sluiten van een kredietovereenkomst een grondige beoordeling van de 'kredietwaardigheid' van een consument uit te voeren.²⁴ Ook deze richtlijn bevat geen definitie van het begrip kredietwaardigheid. Echter, anders dan de Richtlijn consumentenkrediet biedt de Richtlijn woningkredietovereenkomsten wel enige duidelijkheid over hoe de kredietwaardigheid moet worden beoordeeld. Daarbij moet rekening worden gehouden met *alle* noodzakelijke en relevante factoren die gedurende de hele looptijd van hypothecair krediet van invloed kunnen zijn op het vermogen van de consument om het krediet af te lossen.²⁵ Het gaat hier enerzijds om zowel toekomstige betalingen inzake een hypothecair krediet als andere regelmatige uitgaven, schulden en financiële verplichtingen van een consument, en anderzijds om zijn inkomsten, spaartegoeden en andere bezittingen.²⁶ Daarnaast moet redelijkheidshalve ook worden geanticipeerd op toekomstige gebeurtenissen die zich tijdens de looptijd van de kredietovereenkomst kunnen voordoen, zoals eventuele inkomensdalingen of rentestijgingen.²⁷ De kredietwaardigheidsbeoordeling mag niet hoofdzakelijk worden gebaseerd op het feit dat de waarde van een woonhuis hoger is dan het kredietbedrag of dat dit in waarde zal stijgen, aldus de richtlijn.²⁸ Opmerkelijk daarbij is dat deze bepalingen van de richtlijn slechts in een minimumharmonisatie voorzien van regels inzake de kredietwaardigheidsbeoor-

15. Art. 8 Richtlijn 2008/48/EG.

16. Art. 5 lid 6 Richtlijn 2008/48/EG.

17. Zie uitgebreid hierover O.O. Cherednychenko, 'Full Harmonization of Retail Financial Services Contract Law in Europe: A Success or a Failure?', in: S. Grundmann & Y.M. Atamer (red.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law: Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 221, 235 e.v.

18. Zie hierover bijv. 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: Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 179, 191 e.v.

19. Richtlijn 2014/17/EU van het Europese Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van Richtlijn 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 (*PbEU* 2014 L 60/34).

20. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, bijv. nr. 5.

21. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 3.

22. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 20.

23. Richtlijnvoorstel woningkredietovereenkomsten, p. 3.

24. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, art. 18 lid 1.

25. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, art. 18 lid 1 en considerans, nr. 55.

26. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 55.

27. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 55.

28. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, art. 18 lid 3 en considerans, nr. 55.

deling van een consument.²⁹ Lidstaten kunnen dus bijkomende richtsnoeren geven met betrekking tot de in de richtlijn genoemde of aanvullende criteria en tot de methodes waarmee de kredietwaardigheid van de consument wordt beoordeeld.³⁰

Sterker nog, het meest opvallende verschil tussen de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten betreft de gevolgen van de negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidsbeoordeling. Terwijl de Richtlijn consumentenkrediet geen enkele consequentie verbindt aan een dergelijke constatering, voert de Richtlijn woningkredietovereenkomsten in wezen een verplichting in voor de kredietgever om in dit geval het krediet te *weigere*n. Deze verplichting vloeit voort uit de positief geformuleerde bepaling van de richtlijn op grond waarvan 'de kredietgever het krediet uitsluitend aan de consument mag stellen 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'.³¹ Daarmee grijpt de Richtlijn woningkredietovereenkomsten ver in op de contractsvrijheid in de markt voor hypothecair consumentenkrediet en neemt zij duidelijk afstand van de meer liberale benadering van de Richtlijn consumentenkrediet.

3. Het bestuursrechtelijke kader

3.1. Algemeen

Waar in Europees verband pas in de nasleep van de recente financiële crisis hard werd gewerkt aan de verscherping van regels inzake verantwoorde kredietverstrekking en alsnog alleen met betrekking tot hypothecair consumentenkrediet, kent het huidige Nederlandse bestuursrecht al relatief strenge regels op dat vlak voor zowel consumptief als hypothecair consumentenkrediet. De hoofdregel voor beide soorten krediet – art. 4:34 Wft dat nader uitgewerkt is in art. 113-115 Bgfo – stamt uit de tijd vóór de crisis en verplicht aanbieders van consumentenkrediet in algemene zin op te treden als een *verantwoordelijke kredietgever* zodat overkreditering kan worden voorkomen. Daartoe moet de aanbieder vóór de totstandkoming van een kredietovereenkomst, of de verhoging van het kredietbedrag, *in het belang van de consument* informatie inwinnen over zijn financiële positie en beoordelen of het verlenen van (meer) krediet *verantwoord* is.³² Sterker nog, indien het verlenen respectievelijk verhogen van het krediet wegens overkreditering *onverantwoord* is, moet de aanbieder *zich* daarvan *onthouden*.³³

Het doel van art. 4:34 Wft en de daarop gebaseerde lagere regelgeving is tweeledig. Enerzijds is dat de goede werking van de financiële markten. Anderzijds is dat de be-

scherming van de consument tegen overkreditering. Het toezicht op de naleving van deze regeling ligt in handen van de AFM. Deze gedragstoezichthouder kan bij overtreding daarvan bestuursrechtelijke sancties, zoals de bestuurlijke boete en last onder dwangsom, aan kredietgevers opleggen.

Met dit wettelijke kader voldoet het Nederlandse recht ruimschoots aan de voorschriften inzake kredietverstrekking van de Richtlijn consumentenkrediet en biedt het tevens veel meer bescherming aan de consument tegen overkreditering dan deze richtlijn zelf. Gezien de reeds bestaande bestuursrechtelijke verplichting van hypotheekverstrekkers om onverantwoorde kredietverstrekking (overkreditering) te voorkomen, zal de komst van de aangescherpte regels voor kredietverstrekking uit hoofde van de nieuwe EU-richtlijn woningkredietovereenkomsten naar verwachting geen drastische veranderingen in de Nederlandse toezichtwetgeving tot gevolg hebben. Noch de Wft noch het Bgfo bevat echter gedetailleerde wettelijke regels voor de beoordeling of het aangaan van een kredietovereenkomst verantwoord is voor een consument. De grondnorm van art. 4:34 Wft inzake verantwoorde kredietverstrekking is naar haar aard een open norm. In de wetsgeschiedenis van deze bepaling is geen inhoudelijke maatstaf genoemd om te bepalen wanneer sprake is van overkreditering en kredietverstrekking dus onverantwoord is.³⁴ Evenmin zijn in de Wft en het Bgfo criteria vastgelegd aan de hand waarvan dat moet worden beoordeeld. Art. 115 Bgfo legt slechts een algemene verplichting op aan kredietgevers om dergelijke criteria vast te leggen en toe te passen. Deze algemene bepalingen hebben echter nadere invulling gevonden in de gedragscodes van brancheorganisaties en nadere ministeriële regelingen. De inhoud daarvan verschilt afhankelijk van om wat voor soort krediet het gaat. In het navolgende zullen deze specifieke regels worden besproken voor wat betreft consumptief krediet en hypothecair krediet, mede in het licht van de toezichts- en handhavingspraktijk van de AFM en de relevante jurisprudentie van de bestuursrechter.

3.2. Consumptief krediet

Voor consumptief krediet zijn de wettelijke normen inzake verantwoorde kredietverstrekking nader ingevuld in de gedragscodes van drie brancheorganisaties: de Gedragscode van de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN),³⁵ de Gedragscode Consumptief Krediet van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB),³⁶ en de Gedragscode van de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie (NTO).³⁷ De Gedragscode van de VFN is van toepassing op alle soorten consumptief krediet, de Gedragscode van de NVB in beginsel op consumptief krediet dat hoger is dan € 1000 en lager dan € 75 000,³⁸

29. Dat ligt anders met betrekking tot regels inzake de verstrekking van de precontractuele informatie middels een gestandaardiseerd Europees informatieblad en de berekening van het jaarlijkse kostenpercentage; de Richtlijn woningkredietovereenkomsten voorziet in een volledige harmonisatie van deze regels. Zie Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 7.

30. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, considerans, nr. 55.

31. Richtlijn woningkredietovereenkomsten, art. 18 lid 5 onderdeel a.

32. Art. 4:34 lid 1 Wft.

33. Art. 4:34 lid 2 Wft.

34. *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 524. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 96-97.

35. Gedragscode VFN per 1 januari 2012.

36. Gedragscode Consumptief Krediet NVB per 1 januari 2012.

37. Gedragscode NTO per 16 januari 2009, zoals nader uitgewerkt in De inkomens- en lastentoets van Thuiswinkel.org per 1 januari 2012.

38. Zie voor uitzonderingen op deze hoofdregel art. 4 Gedragscode Consumptief Krediet NVB.

en de Gedragscode NTO uitsluitend op consumptief krediet gekoppeld aan de aankoop van een product tot € 5000.³⁹ De AFM ziet de normen die in deze gedragscodes zijn neergelegd, als een minimuminvulling van de wettelijke open normen inzake verantwoorde kredietverstrekking.⁴⁰ Als een kredietaanbieder niet gebonden is aan een bepaalde gedragscode, kan hij andere normen hanteren, maar deze normen moeten wel op hetzelfde of een hoger beschermingsniveau liggen.

Het uitgangspunt van de gedragscodes voor de beoordeling of het verlenen van het krediet verantwoord is voor een consument, is dat deze laatste ook na het aangaan van de betreffende rente- en aflossingsverplichtingen, nog steeds voldoende middelen heeft om aan zijn basisbehoeften te kunnen voldoen en zijn vaste lasten te kunnen dragen. Voor de bepaling van de maximale hoogte van krediet dient daarom het netto-inkomen van de consument als vertrekpunt onder aftrek van de kosten van levensonderhoud, woonlasten en andere vaste lasten. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (Nibud) jaarlijks vastgestelde normen die de minimale kosten voor wonen, voeding en verzorging omvatten.⁴¹

3.3. Hypothecair krediet

Voor hypothecair krediet zijn de wettelijke normen inzake verantwoorde kredietverstrekking voor een belangrijk deel nader ingevuld in de nieuwe ministeriële regeling – de zogenaamde Tijdelijke regeling hypothecair krediet – die per 1 januari 2013 van kracht is geworden.⁴² Deze regeling bepaalt hoeveel de consument maximaal mag lenen in verhouding tot zijn inkomen (de zogenaamde ‘loan-to-income’-norm (‘LTI’)) en hoeveel hypothecair krediet hij mag afsluiten in verhouding tot de waarde van de woning (de zogenaamde ‘loan-to-value’-norm (‘LTV’)). De Tijdelijke regeling hypothecair krediet bevat slecht minimumnormen voor kredietverstrekking en laat de aanbieders van hypothecair krediet vrij om bij de beoordeling van hypotheekaanvragen strengere normen te hanteren.⁴³

Om de maximale hoogte van hypothecair krediet vast te stellen moet allereerst worden gekeken naar het inkomen van de consument. Als hoofdregel geldt dat de ‘financieringslast’ van het krediet, oftewel het bruto jaarlijks bedrag aan rente en aflossingen dat door een consument of

meerdere consumenten voor hetzelfde krediet wordt verschuldigd, niet hoger mag zijn dan de toegestane financieringslast.⁴⁴ Deze laatste wordt berekend als een percentage van het (gezamenlijke) inkomen van de consument(en) voor zover dit als vast en bestendig kan worden beschouwd, zoals een jaarsalaris uit een arbeidsovereenkomst, een jaarlijkse uitkering uit pensioen of een vaste eindejaarsuitkering.⁴⁵ Daarnaast moet de aanbieder ook rekening houden met andere financiële verplichtingen van de consumenten die van invloed kunnen zijn op zijn vermogen om de hypothecaire lasten te dragen. Anders dan bij consumptief krediet gaat het daarbij niet om kosten voor levensonderhoud, maar om verplichtingen van de consument uit consumptief krediet, studietoelagen en erfpacht.⁴⁶ Bij een gezin van twee dertigers met een gezamenlijk brutojaarinkomen van € 55 000 en zonder andere financiële verplichtingen mag hierdoor in beginsel maximaal 26,0% van hun jaarinkomen worden aangewend voor hypothecaire lasten, ervan uitgaande dat de door hun te betalen rente op jaarbasis niet hoger is dan 4%.⁴⁷ Aanbieders van hypothecair krediet kunnen in een aantal expliciet genoemde situaties, zoals bijvoorbeeld bij het oversluiten van een hypotheek, afwijken van deze inkomenscriteria.⁴⁸ Tevens kunnen ze daarvan afwijken indien ze aan de hand van specifieke omstandigheden kunnen aantonen dat het verstrekken van het hypothecair krediet in een concreet geval verantwoord is.⁴⁹ Te denken valt bijvoorbeeld aan een consument wiens ouders zich borg stellen voor zijn hypotheek of een consument bij wie een salarisstijging te voorzien is.⁵⁰ Daarbij moet de aanbieder onder meer aantoonbaar hebben beoordeeld dat het aannemelijk is dat de aanleiding voor de afwijking van de vastgestelde inkomenscriteria een bestendig karakter heeft.⁵¹ Onzekere of tijdelijke factoren kunnen dus geen afwijking rechtvaardigen. Zo kan de kredietgever niet zonder meer van de statistische gegevens uitgaan voor wat betreft salarisstijging bij bepaalde groepen consumenten, zoals pas afgestudeerde HBO’ers. Zoals de AFM onder de toen geldende GHF heeft geoordeeld, dient de kredietverstrekker zich ervan te vergewissen dat er op een bepaald moment, in de individuele situatie van de consument(en), ‘een reële en verifieerbare salarisstijging’ zou plaatsvinden; een dergelijke salarisstijging moet aan-

39. Zie over deze gedragscodes J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 60 e.v.

40. Zie in dat verband Rb. Rotterdam 4 mei 2011, *JOR* 2011/228.

41. Zie bijv. art. 5 Gedragscode Consumptief Krediet NVB. Zie uitgebreid over de in de gedragscodes gehanteerde systematiek voor de berekening van de maximale hoogte van krediet J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2012, p. 61 e.v. en B.T.M. van der Wiel & A.M. van Aerde, ‘Zorgplichten bij consumentenkredietverstrekking’, in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arond (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Kluwer: Deventer 2013, p. 511, 523 e.v.

42. Regeling van de Minister van Financiën van 12 december 2012, kenmerk: FM/2012/1887 M (Tijdelijke regeling hypothecair krediet), zoals gewijzigd per 30 oktober 2013. Tot 1 januari 2013 was de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) bepalend voor de beantwoording van de vraag wanneer de hoogte van het hypothecair krediet verantwoord was.

43. Toelichting bij de Tijdelijke regeling hypothecair krediet, *Stcrt.* 2012, 26433, p. 6.

44. Art. 3 lid 1 Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

45. Art. 2 lid 1 Tijdelijke regeling hypothecair krediet. Bij consumenten die geen vaste dienstbetrekking hebben of die werken op basis van een flexibele arbeidsrelatie, kan een aanbieder van hypothecair krediet rekening houden met de gemiddelde inkomsten van de consument over de laatste drie jaar (art. 2 lid 2 Tijdelijke regeling hypothecair krediet).

46. Toelichting bij de Tijdelijke regeling hypothecair krediet, *Stcrt.* 2012, 26433, p. 8.

47. Zie Bijlage 1 behorende bij art. 3 lid 3 Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

48. Art. 4 lid 2-4 Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

49. Art. 4 lid 1 Tijdelijke regeling hypothecair krediet. Deze mogelijkheid bestond reeds onder de GHF. Vgl. in dat verband College van Beroep voor het bedrijfsleven 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, par. 5.3 e.v.

50. Toelichting bij de Tijdelijke regeling hypothecair krediet, *Stcrt.* 2012, 26433, p. 8.

51. Art. 4 lid 1 onderdeel d Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

toonbaar kunnen zijn, door bijvoorbeeld een werkgeversverklaring en/of CAO-afspraken.⁵²

Naast het inkomen van de consument wordt de maximale hoogte van een hypothecair krediet bepaald door de waarde van de woning. De Tijdelijke regeling hypothecair krediet bevat strenge regels voor wat betreft deze LTV-norm. Zo mocht in 2013 de hoogte van het krediet niet meer bedragen dan 105% van de waarde van de woning, en wordt deze norm vanaf 1 januari 2013 geleidelijk verlaagd naar 100% in 2018.⁵³ Afwijking van de voorgeschreven LTV-norm is slechts mogelijk in een aantal expliciet genoemde situaties.⁵⁴ Ook deze regels zijn slechts minimumregels. Aanbieders van hypothecair krediet mogen dus strengere regels hanteren.

De aanscherping van de LTV-norm in de Tijdelijke regeling hypothecair krediet betekent dat kopers in toenemende mate eigen middelen zullen moeten inbrengen om bijkomende kosten van de woning, zoals overdrachtsbelasting en notaris- en taxatiekosten, te financieren. Daarmee wil het huidige kabinet te hoge hypotheekten ten opzichte van de waarde van een huis tegengaan, zodat huizenkopers minder snel te maken krijgen met een restschuld bij verkoop van hun huis.

4. Het civielrechtelijke kader

4.1. Algemeen

Zoals uit het navolgende zal blijken, wordt ook in de civiele rechtspraak het bestaan van verplichtingen die strekken tot verantwoorde kredietverstrekking, aangenomen. In vergelijking met het bestuursrecht bestaat er echter nog veel onduidelijkheid over de grondslag van dergelijke verplichtingen en hun inhoud in het civiele recht. Daarbij komt dat bij de beoordeling of er sprake is van (on)verantwoorde kredietverstrekking in een individueel geval lagere rechters lang niet altijd dezelfde betekenis toekennen aan de bestuursrechtelijke regels inzake kredietverstrekking, zoals neergelegd in de toezichtwet- en regelgeving, en de gedragscodes van de brancheorganisaties. Deze onduidelijkheden zijn ons inziens niet alleen terug te voeren op het casuïstische karakter van de jurisprudentie in het algemeen, maar in belangrijke mate ook op het gebrek aan een eenvormige visie binnen de rechterlijke macht over de rol van civielrechtelijke leerstukken in de bescherming van de financiële consument tegen overkreditering. Ter illustratie staan wij in het navolgende stil bij enkele recente arresten van de civiele rechter over zorgplichtschending op het gebied van consumptief krediet enerzijds en hypothecair krediet anderzijds. Alhoewel een consument die meent dat hij de dupe is geworden van onverantwoorde kredietverstrekking mogelijk ook een beroep kan doen op andere civielrechtelijke leerstukken, zoals dwaling en misbruik van omstandigheden,

komt in de praktijk een beroep op zorgplichten in deze context het meest voor.

4.2. Consumptief krediet

Voor wat betreft consumptief krediet wijzen wij allereerst op het vonnis van Rechtbank Leeuwarden van 27 april 2011 in het geschil tussen ABN AMRO en een 21-jarige consument aan wie een krediet ten hoogte van € 25 000 werd verstrekt.⁵⁵ Bij de beoordeling van het geschil heeft de rechtbank het volgende als uitgangspunt genomen:

‘De rechtbank oordeelt [...] dat op een kredietverlenende instelling als ABN AMRO een zorgplicht rust om niet-professionele klanten voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst behoorlijk te informeren over de risico’s van het aangeboden product. Deze zorgplicht strekt tot bescherming van de (potentiële) klant tegen eigen lichtvaardigheid of ondeskundigheid en vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, gelet op de aard van de verhouding tussen financiële instellingen en haar particuliere cliënten, meebrengen. De omvang van de zorgplicht van een financiële instelling hangt af van de door haar verleende dienst. Bij het verlenen van een krediet zal in ieder geval de kredietwaardigheid van de (potentiële) cliënt voldoende moeten worden getoetst door de kredietgever.’⁵⁶

Deze redenering van de rechtbank suggereert dat bij het aanbieden van een simpel consumptief krediet, net zoals bijvoorbeeld bij het aanbieden van een effectenleaseproduct waarbij met geleend geld wordt belegd,⁵⁷ op de kredietverstrekker een *bijzondere* zorgplicht rust die ertoe strekt de consument tegen zichzelf te beschermen. Alhoewel de omvang van deze zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval, staat vast dat bij het verlenen van een dergelijk krediet de kredietgever in ieder geval de ‘kredietwaardigheid’ van de consument moet toetsen. Deze verplichting vloeit voort uit de bijzondere zorgplicht van de kredietverstrekker.

De rechtbank maakt het echter niet echt duidelijk op welke wijze wordt beoordeeld of de bank het kredietwaardigheidsonderzoek naar behoren heeft uitgevoerd en daarmee aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan. Uit de uitspraak blijkt alleen dat gezien de aan de bank door de consument verstrekte inkomensgegevens – waaruit bleek dat hij een netto-inkomen van € 1800 per maand genoot en zijn maandelijks vaste lasten qua huur en levensonderhoud op een bedrag van € 720 kwamen – de consument door de bank als voldoende kredietwaardig mocht worden beschouwd; hieraan doet niet af dat de consument op dat moment nog jong was en vroegtijdig

52. Zie bijv. het besluit van de AFM van 24 september 2010 inzake boeteoplegging aan Rabobank Nederland wegens overtreding van art. 115 Bgfo, te vinden op www.afm.nl. Meer uitgebreid over de toezichts- en handhavingspraktijk van de AFM inzake de LTI-norm onder de GHF, zie E.P. Roelofsen, ‘Overkreditering na de aangepaste Gedragscode: much ado about nothing?’, *FR* 2011, afl. 7/8, p. 196, 199 e.v.

53. Art. 5 lid 1 onderdeel a-e Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

54. Art. 5 lid 2-5 Tijdelijke regeling hypothecair krediet.

55. Rb. Leeuwarden 27 april 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ3459. Het verlenen van dit krediet werd niet beheerst door de pas sinds 2009 bestaande Gedragscode Consumptief Krediet van de NVB.

56. Rb. Leeuwarden 27 april 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ3459, r.o. 4.5.

57. Zie in dat verband HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (*De T/Dexia Bank Nederland N.V.*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob Bank N.V./B en GBD*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.*).

zijn school had verlaten.⁵⁸ Gelet hierop, alsmede het feit dat de bank voorafgaande aan het sluiten van de kredietovereenkomst een (positieve) BKR-toetsing heeft uitgevoerd, oordeelt de rechtbank bovendien dat de bank ook heeft voldaan aan de toen geldende bestuursrechtelijke norm inzake verantwoorde kredietverstrekking – art. 28 Wck – door de kredietwaardigheid van de consument voldoende te hebben getoetst.⁵⁹

In het verlengde hiervan is het interessant stil te staan bij het arrest van Hof Leeuwarden van 7 februari 2012.⁶⁰ Centraal in deze zaak stond de vraag of de bank is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens een 18-jarige vrouw die samen met haar 35-jarige partner een krediet heeft genomen ter hoogte van € 68 000, waarvan het merendeel bestemd was voor het aflossen van de schulden van haar partner. Deze vraag wordt door het hof bevestigend beantwoord, onder meer omdat de bank haar zorgplicht heeft geschonden op het punt van overkreditering. Net als in het bovengenoemde vonnis van de Rechtbank Leeuwarden lijkt het hof de verplichting van de bank om bij het aangaan van een kredietovereenkomst de kredietwaardigheid van de consument te toetsen, af te leiden van haar bijzondere zorgplicht.⁶¹

Echter, anders dan de rechtbank zoekt het hof bij de beoordeling of aan deze civielrechtelijke verplichting is voldaan bij gebreke van de relevante gedragscode expliciet aansluiting bij de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geldende Nibud-normen.⁶² Daarmee volgt het hof de civiele jurisprudentie in de effectenleasezaken, waarin bij het antwoord op de vraag of de uit de overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen tot een 'onaanvaardbaar zware financiële last hebben geleid', ook de Nibud-normen worden toegepast.⁶³ Gezien de bank deze normen niet heeft toegepast bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van de 18-jarige consument en ook niet heeft toegelicht waarom ze andere normen hanteerde, is de bank tekortgeschoten in haar verplichting om te waken voor overkreditering, aldus het hof.⁶⁴

Nu gebleken is dat er ten tijde van het aangaan van de kredietovereenkomst sprake was van overkreditering, rijst de vraag wat de bank in deze situatie had moeten doen om schending van haar civielrechtelijke zorgplicht jegens de consument te voorkomen. Het antwoord van het hof op deze vraag luidt als volgt:

'Wanneer geen sprake is van voldoende kredietwaardigheid, dient de kredietverlener zijn wederpartij daarvan in kennis te stellen en te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (een en ander uiteraard ongeacht de bevoegdheid van de kredietgever om ter bescherming van het eigen belang op correcte nakoming te weigeren de overeenkomst aan te gaan).'⁶⁵

Bij een negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidsbeoordeling rust op de kredietverstrekker conform deze uitspraak dus op zijn hoogst een civielrechtelijke verplichting om de consument te *adviseren* de kredietovereenkomst niet aan te gaan. Dit oordeel van de civiele rechter vormt een opvallend contrast met de bestuursrechtelijke regel voor dat geval, zoals thans neergelegd in art. 4:34 lid 2 Wft, namelijk het contracteerverbod. Terwijl de bestuursrechtelijke gedragsregels ter bescherming van de financiële consument in beginsel door kunnen werken in het civiele recht,⁶⁶ is hier in deze uitspraak duidelijk geen sprake.

Vermeldenswaardig in deze context is ten slotte het arrest van Hof Amsterdam van 25 maart 2008 inzake een doorlopend kredietovereenkomst ten hoogte van € 38 000.⁶⁷ Terwijl Rechtbank en Hof Leeuwarden de civielrechtelijke verplichtingen inzake verantwoorde kredietverstrekking baseren op de bijzondere zorgplicht van de kredietgever en daarmee in wezen een parallel trekken tussen een consumptief krediet en een effectenlease, kiest Hof Amsterdam voor een heel andere benadering. In deze zaak hadden kredietnemers betoogd dat op de kredietgever een bijzondere zorgplicht rust die de strekking heeft om de consument te beschermen tegen het aangaan van riskante financiële transacties. Deze zorgplicht zou zich volgens de kredietnemers uitstrekken tot de vraag of de consument in staat is om een krediet terug te betalen en zou uitmonden in een verplichting de consument te waarschuwen tegen het aangaan van een krediet dat hij niet zou kunnen terugbetalen.

Dit betoog werd echter door het Hof Amsterdam verworpen. Het eerste argument hiervoor vindt het hof in de parlementaire geschiedenis van de voorloper van de huidige bestuursrechtelijke regels inzake verantwoorde kredietverstrekking in de financiële toezichtwetgeving – art. 28 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck):

'(...) [D]e inlichtingenverplichting tezamen met de in art. 28 lid 2 WCK voorgeschreven BKR-toets [strek] ertoe om de kredietgeefster aan te sporen op een prudente wijze kredietaanvragen te beoordelen. Deze verplichtingen strekken niet zover dat zij de kredietgeefster een bijzondere zorgplicht opleggen zoals [door kredietnemers] omschreven. Het blijft een kredietnemer die een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het opnemen van krediet. Hij zal zelf, eventueel met hulp van een onafhankelijke

58. Rb. Leeuwarden 27 april 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ3459, r.o. 4.5.

59. Rb. Leeuwarden 27 april 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ3459, r.o. 4.6.

60. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437.

61. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437, r.o. 8.

62. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437, r.o. 14.

63. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437, r.o. 14, met een verwijzing naar Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, *JOR* 2010/66 en Hoge Raad 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, *JOR* 2011/190.

64. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437, r.o. 15.

65. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLE:2012:BV3437, r.o. 8.

66. Zie hierover bijv. O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiekrecht: over de opmars van het "financieel-toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012, afl. 5, p. 223, 229 e.v.

67. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237.

buitenstaander, aan de hand van de benodigde gegevens zijn eigen aflossingscapaciteit dienen vast te stellen (...).⁶⁸

Gezien hun functie monden de verplichtingen inzake verantwoorde kredietverstrekking van art. 28 Wck dus niet uit in de *bijzondere* zorgplicht van de kredietgever met gelijke strekking, aldus het hof. Aan deze bestuursrechtelijke bepaling wordt daarmee doorwerking via de bijzondere zorgplicht in het civiele recht ontzegd.

Het tweede argument tegen het betoog van de kredietnemers ontleent Hof Amsterdam aan de stand van de rechtsontwikkeling na de totstandkoming van de Wck, meer in het bijzonder de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het hof wijst op de verschillen tussen de gevallen waarin de bijzondere zorgplicht is aangenomen, zoals optiehandel⁶⁹ en effectenlease^{70,71} enerzijds en consumptief krediet anderzijds. Aan de handel in opties en het aanschaffen van effectenleaseproducten zijn zeer grote risico's verbonden die voor de niet-deskundige consument niet altijd gemakkelijk zijn in te zien en evenmin gemakkelijk te dragen, aldus het hof.⁷² Zo loopt de consument die een aandelenleaseovereenkomst sluit, bijvoorbeeld het risico van het ontstaan van een vaak onverwachte en relatief grote restschuld. Dat ligt volgens het hof anders bij een doorlopend krediet:

'De onderhavige kredietovereenkomst betreft (...) niet dergelijke, niet of minder goed door de consumenten in te schatten risico's. Het gaat bij de overeenkomst om een krediet van een bepaald bedrag en om duidelijke, in beginsel vaste maandelijkse betalingsverplichtingen, die – gezien de variabele rente – alleen kunnen wisselen binnen de marge van de maximumkredietvergoeding. De kredietnemers wisten vanaf het begin welke betalingsverplichtingen zij aangingen. Ook daarom is voor een zorgplicht van een aard en omvang als door de kredietnemers gesteld in dit geval geen plaats.'⁷³

Deze argumentatielijne komt erop neer dat indien een bijzondere zorgplicht bij een simpel consumptief krediet wordt aangenomen en vervolgens de onderzoeks- en waarschuwingplichten daarvan worden afgeleid met het oog op verantwoorde kredietverstrekking, dit onverantwoord zou zijn met de aard van dit financiële product en de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat het bestuursrecht wel bepaalde verplichtingen van kredietverstrekkers op dit vlak bevat, vindt Hof Amsterdam dus onvoldoende om ook de civielrechtelijke varianten daarvan aan te nemen.

4.3. Hypothecair krediet

Ook ten aanzien van hypothecair krediet vertoont de rechtspraak een diversiteit aan benaderingen van de problematiek van verantwoorde kredietverstrekking en onduidelijkheid over wat daaronder moet worden verstaan. Zo is er bijvoorbeeld een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 11 januari 2013 in de zaak waarin de bank de kredietnemers heeft geadviseerd om een aflossingsvrije hypotheeklening ten hoogte van f 570 000 bij haar af te sluiten.⁷⁴ Het grootste deel van de lening zou worden aangewend om daarmee te beleggen. Na verloop van tijd is het gebleken dat met de beleggingen onvoldoende rendement is gerealiseerd om de lening te kunnen aflossen. Bij de beoordeling van deze zaak hanteert het hof het volgende uitgangspunt:

'(...) [H]et hof [stelt] voorop dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht met zich meebrengt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. In een geval als het onderhavige, waarin door SNS aan [kredietnemers] een aflossingsvrije hypothecaire geldlening is verstrekt, brengt deze zorgplicht met zich dat SNS jegens [de kredietnemers] gehouden was om voldoende informatie te geven over de te verstrekken hypothecaire geldlening en om een zorgvuldig onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van [de kredietnemers] teneinde te voorkomen dat [ze] hogere financiële lasten op zich zouden nemen dan gelet op hun draagkracht verantwoord zou zijn.'⁷⁵

Hof Arnhem-Leeuwarden neemt hier dus een *bijzondere* zorgplicht van de bank aan bij het verstrekken van een hypothecair krediet en leidt daaruit vervolgens een verplichting van de bank af een kredietwaardigheidstoets uit te voeren om de overkreditering van de kredietnemers te voorkomen. Echter, het hof vermeldt verder niet aan de hand van welke criteria de 'kredietwaardigheid' van de kredietnemers zou moeten worden beoordeeld. Meer in het bijzonder bevat de uitspraak geen enkele verwijzing naar de toen geldende bestuursrechtelijke regels inzake verantwoorde kredietverstrekking. Uit de uitspraak blijkt alleen dat naast het inkomen van de consument, ook moet worden gekeken naar zijn vermogen en schulden ten tijde van het afsluiten van een hypothecair krediet.⁷⁶

Dat de bijzondere zorgplicht van de bank overigens niet altijd een grondslag vormt voor de verplichtingen inzake verantwoorde verstrekking van een hypothecair krediet wordt duidelijk bijvoorbeeld uit het arrest van Rechtbank

68. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, r.o. 4.12.

69. Zie bijv. HR 11 juli 2003, NJ 2005/103 (*Kouwenberg/Rabobank*).

70. HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De T/Dexia Bank Nederland N.V.*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob Bank N.V./B en GBD*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.*).

71. Zie meer uitgebreid over deze jurisprudentie bijv. O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, afl. 3, p. 66; B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht. De ontwikkeling van een weerbarstig leerstuk op het snijvlak van financieel publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2013, afl. 1, p. 15.

72. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, r.o. 4.15.

73. Hof Amsterdam 25 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9237, r.o. 4.16.

74. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213.

75. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8213, r.o. 4.4.

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

Breda van 7 september 2011.⁷⁷ In deze zaak vordert de kredietnemer – een kleine ondernemer in gevelrestauratie die zijn (ver)bouwcapaciteiten ook inzet om privé woningen te kopen, op te knappen en (met winst) te verkopen – schadevergoeding van de bank die de aankoop en verbouwingen heeft gefinancierd, wegens schending van haar zorgplicht. De kredietnemer voert daartoe aan dat de bank in strijd met de Wft en de GHF aan hem meer krediet heeft verstrekt dan op grond van zijn financiële positie verantwoord was; de bank heeft volgens hem voorafgaand aan het verstrekken van de hypothecaire kredieten onvoldoende onderzoek gedaan naar zijn maximale leencapaciteit.⁷⁸ De rechtbank overweegt als volgt:

‘(...) Rabobank als verstrekker van een hypothecaire geldlening [is] gehouden (...) om zodanig onderzoek te doen en zodanige informatie in te winnen dat zij een afgewogen beslissing kan nemen over de vraag of de hypotheeknemer naar redelijke verwachting over voldoende bestedingsruimte zal kunnen beschikken om aan de verplichtingen uit de overeenkomst van hypothecaire geldlening te kunnen voldoen. Er rust op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten. Een dergelijke bijzondere zorgplicht bestaat slechts in situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van de bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt (A-G bij HR 13 mei 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP6921]). Een dergelijke bijzondere situatie doet zich in dit geval niet voor. Aan [de kredietnemer] zijn hypothecaire geldleningen verstrekt, die niet complex dan wel ondoorzichtig van aard waren. Er was sprake van eenvoudige financiële producten waaraan voor [de kredietnemer] duidelijke voorwaarden waren verbonden.’⁷⁹

Er geldt voor de bank dus een civielrechtelijke verplichting om onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van de kredietnemer, maar deze onderzoeksplicht kan *niet* worden gebaseerd op de *bijzondere* zorgplicht van de bank, aldus de rechtbank. Dat gezien een dergelijke zorgplicht alleen bestaat in situaties waarin de cliënt grote risico's loopt en gezien zijn kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid door de bank in bescherming tegen zichzelf moet worden genomen. Uit de uitspraak blijft verder onduidelijk waar de onderzoeksplicht van de bank inzake de kredietwaardigheid van de kredietnemer dan wel op is gebaseerd.

Net als Hof Arnhem-Leeuwarden werpt ook Rechtbank Breda weinig licht op de vraag aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of het verstrekken van een hypothecair krediet in een concreet geval verantwoord was. Het

is in dat verband merkwaardig dat een beroep van de kredietnemer op de Wft in samenhang met de GHF, die ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst gedetailleerde regels op dat punt bevatte, zelfs expliciet door de rechtbank wordt verworpen:

‘Anders dan [de kredietnemer] is de rechtbank van oordeel dat de Wet op het financieel toezicht en de Gedragscode Hypothecaire Financieringen geen rol spelen bij de bepaling van de inhoud van de op de bank rustende verplichtingen ten opzichte van haar cliënten. Deze regelingen zijn slechts normbepalend in het kader van het financieel toezicht op banken. Voor de beantwoording van de vraag of Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar jegens [de kredietnemer] rustende verplichtingen als hypotheekverstrekker dient dan ook te worden beoordeeld of Rabobank aan de hiervoor onder 3.4. genoemde norm [zoals hierboven reeds geciteerd] heeft voldaan.’⁸⁰

Volgens de rechtbank kunnen de bestuursrechtelijke bepalingen inzake kredietverstrekking dus niet doorwerken in het civiele recht omdat ze slechts voor het toezicht op banken zijn geschreven. Het antwoord op de vraag wat verantwoorde kredietverstrekking betekent, moet dan uitsluitend in het civiele recht worden gezocht. De rechtbank zelf verschaft echter onvoldoende duidelijkheid over de inhoud van dit begrip.

Gezien in beide hier besproken zaken *niet* is gebleken dat het verstrekken van een hypothecair krediet tot overkreditering had kunnen leiden en daarom onverantwoord was, was noch Hof Arnhem-Leeuwarden noch Rechtbank Breda genoodzaakt om tevens antwoord te geven op een andere belangrijke vraag: welke verplichtingen zouden op de kredietverstrekker rusten indien dat *wel* degelijk het geval was geweest? De bestaande jurisprudentie inzake overkreditering bij hypothecair krediet lijkt voor dit geval enkel uit te gaan van de informatie- en adviesplichten van de kredietverstrekker. Hij moet de consument op de hoogte brengen van de negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidstoets en hem adviseren de kredietovereenkomst niet aan te gaan.⁸¹ Van de meest vergaande verplichting van de kredietverstrekker de kredietovereenkomst met de consument *niet* aan te gaan is geen sprake. De bestuursrechtelijke bepalingen uit de financiële toezichtwetgeving, waar een dergelijke verplichting wel is aangenomen, hebben dus niet alleen bij consumptief krediet maar ook bij hypothecair krediet (alsnog) geen invloed gehad op het civiele recht.

5. Kifid

Tot slot nog enkele opmerkingen over de jurisprudentie van de geschillenbeslechtingsorganen van het Kifid – de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening en de Commissie van Beroep – waarin overkreditering aan de orde is geweest. Ook hun rechtspraak vertoont geen eenduidigheid over de wijze waarop met dergelijke ge-

77. Rb. Breda 7 september 2011, *JOR* 2012/367, m.nt. C.W.M. Lieverse.

78. Rb. Breda 7 september 2011, *JOR* 2012/367, r.o. 3.2.

79. Rb. Breda 7 september 2011, *JOR* 2012/367, r.o. 3.4.

80. Rb. Breda 7 september 2011, *JOR* 2012/367, r.o. 3.5.

81. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 12 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2941, r.o. 4.10.

schillen moet worden omgegaan. Enerzijds zijn er uitspraken waarin de vraag of er sprake was van overkreditering in het concrete geval, wordt beantwoord aan de hand van de normen inzake verantwoorde kredietverstrekking neergelegd in de financiële toezichtwetgeving en/of de relevante gedragscodes.⁸² De civielrechtelijke leerstukken lijken in deze zaken geen enkele rol te hebben gespeeld. Anderzijds zijn er ook uitspraken te vinden waarin heil juist in het civiele recht wordt gezocht, en meer in het bijzonder in de bijzondere zorgplicht van de kredietverstrekker. In sommige uitspraken spelen de regels vervat in de financiële toezichtwetgeving en/of gedragscodes een doorslaggevende rol bij het beoordelen of de bijzondere zorgplicht is geschonden.⁸³ In andere uitspraken is dat ook weer niet het geval.⁸⁴ Er zijn ten slotte ook enkele uitspraken waaruit helemaal niet blijkt welk normatief kader wordt toegepast bij het oplossen van een geschil.⁸⁵

6. Hoe nu verder?

Als de lijnen worden samengetrokken, dan ontstaat het volgende beeld. Op alle niveaus van wet- en regelgeving in het EU- en Nederlandse recht wordt het belang van verantwoorde kredietverstrekking aan de consument ter voorkoming van overkreditering veelal erkend. Er zijn echter belangrijke verschillen tussen diverse rechtsbronnen in de wijze waarop het begrip verantwoorde kredietverstrekking wordt ingekleurd en de mate waarin financiële dienstverleners onverantwoorde kredietverstrekking tegen moeten gaan. Daarbij komt dat op nationaal niveau verschillende rechtsbronnen over elkaar zijn gelegd. Als gevolg hiervan is er een bonte lappendeken aan regels inzake verantwoorde kredietverstrekking ontstaan. De vraag die in dat verband opkomt is hoe het nu verder moet met de normstelling op dat terrein. Meer in het bijzonder: in hoeverre is een toenadering tussen verschillende regelcomplexen gewenst en is de consument gebaat bij een meer uniforme aanpak?

Op Europees niveau springt in het oog het verschil in benadering tussen de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn woningkredietovereenkomsten. Niet alleen bevat de laatste een veel concretere verplichting van kredietverstrekkers dan de eerste om de kredietwaardigheid van de consument te toetsen vóór het aangaan van een kredietovereenkomst. Het meest opvallende verschil tussen beide betreft de gevolgen van de negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidsbeoordeling. Terwijl de Richtlijn consumentenkrediet daar geen enkele consequentie aan verbindt, bevat de Richtlijn woningkredietovereenkomsten voor dat geval een verplichting van de kredietverstrekker om het krediet te weigeren. Het is ons inziens de vraag in hoeverre een verschillende aanpak van een gewoon consumptief krediet enerzijds en een hypothecair krediet anderzijds inhoudelijk gerechtvaardigd is. Een consument kan immers in een problematische

schuldsituatie terecht komen niet alleen door de onverantwoorde verstrekking van één groot krediet waaraan een hypothecaire zekerheid is verbonden, maar ook door een opeenstapeling van kleine consumptieve kredieten. Het ligt dan ook voor hand om de EU-regels inzake verantwoorde kredietverstrekking bij consumptief krediet en hypothecair krediet meer met elkaar in overeenstemming te brengen.

Ook het Nederlandse recht vertoont een verscheidenheid van regels inzake verantwoorde kredietverstrekking. Enerzijds zijn er algemene financieel toezichtrechtelijke voorschriften die nader worden uitgewerkt in de gedragscodes van brancheorganisaties en ministeriële regelingen. Wat opvalt is dat deze bestuursrechtelijke wet- en regelgeving veel verder gaat in de bescherming van de consument tegen overkreditering dan op grond van de Europese Richtlijn consumentenkrediet is vereist. Er gelden zowel voor consumptief als hypothecair krediet aangescherpte regels ter voorkoming van overkreditering. Uitgangspunt daarbij is dat consumenten, ondanks het aangaan van een kredietovereenkomst, nog steeds voldoende middelen hebben om niet alleen aan hun basisbehoeften te voldoen, maar ook hun vaste lasten te dragen. Voor een hypothecair krediet gelden daarnaast ook strenge regels voor wat betreft de verhouding tussen de hoogte daarvan en de waarde van de woning. Ook wordt in het Nederlandse bestuursrecht gekozen voor de meest ingrijpende beperking van de contractsvrijheid indien de uitkomst van de kredietwaardigheidstoets negatief is: voor kredietverstrekkers geldt in dat geval een contracteerverbod. Gezien het reeds bestaande financieel toezichtrechtelijke kader, zal de komst van de aangescherpte regels voor kredietverstrekking uit hoofde van de Richtlijn woningkredietovereenkomsten hoogstwaarschijnlijk weinig nieuws onder de zon brengen voor de Nederlandse financiële sector.

Anderzijds zijn er echter ook regels inzake verantwoorde kredietverstrekking die vooral in de jurisprudentie van de civiele rechter tot ontwikkeling zijn gekomen. Ook de civiele rechter lijkt in de meeste gevallen – althans impliciet – als uitgangspunt te nemen dat krediet op een verantwoorde wijze moet worden verleend zodat de consument in zijn primaire levensbehoeften kan voorzien en zijn vaste lasten kan dragen. In vergelijking met hun bestuursrechtelijke pendanten bestaat er echter nog veel onduidelijkheid over de grondslag en inhoud van dergelijke regels in het civiele recht. Het verdient aanbeveling dat bij de beoordeling binnen de civielrechtelijke leerstukken of het krediet in het individuele geval op een verantwoorde wijze werd verstrekt, de civiele rechter expliciet aansluiting zoekt bij de financieel toezichtrechtelijke normen inzake verantwoorde kredietverstrekking zoals geconcretiseerd in de gedragscodes en ministeriële regelingen. Deze gedetailleerde *ex-antere* regels kunnen als minimumregels in de civiele procedure worden beschouwd zodat de rechter de mogelijkheid heeft om daarvan *ex*

82. Zie bijv. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 5 september 2011, nr. 2011-212; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 4 juli 2012, nr. 2012-199; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 14 januari 2013, nr. 2013-17; Uitspraak Commissie van Beroep 11 maart 2013, nr. 2013-10; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 10 juli 2013, nr. 2013-219.

83. Zie bijv. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 10 augustus 2011, nr. 2011-189; Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 1 april 2011, nr. 2011-68; Uitspraak Commissie van Beroep 21 juni 2012, nr. 2012-14.

84. Zie bijv. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 31 oktober 2012, nr. 2012-308.

85. Zie bijv. Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 16 mei 2012, nr. 2012-155.

post af te kijken gelet op de omstandigheden van het concrete geval. Daarmee kan worden gewaarborgd dat de in de toezichtspraktijk en zelfregulering vergaarde kennis over de wijze waarop kan worden bepaald of het verlenen van het krediet voor de consument verantwoord is, in het civiele recht wordt meegenomen zonder dat dit laatste als het ware wordt 'dichtgetimmerd' met de desbetreffende bestuursrechtelijke voorschriften. Een dergelijke doorwerking van het bestuursrecht in het civiele recht zou zowel de consumentenbescherming als de kwaliteit en voorspelbaarheid van de civiele rechtspraak alleen ten goede komen.

Een interessante vraag daarbij is of de civiele rechter die bij een negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidstoets thans op zijn hoogst uitgaat van een civielrechtelijke verplichting van de kredietverstrekker om de consument te adviseren een kredietovereenkomst niet aan te gaan, in navolging van de financiële toezichtwetgeving een contracteerverbod in dit geval moet gaan opleggen. Het staat vast dat door het contracteerverbod af te wijzen het huidige civiele recht veel minder bescherming biedt aan de consument tegen overkreditering dan het bestuursrecht. Daarmee is het niet in lijn met de aankomende Richtlijn woningkredietovereenkomsten voor zover het een hypothecair consumentenkrediet betreft. Ook wordt met de uiteenlopende regels op dit belangrijke punt de rechtszekerheid niet gediend. Daar staat echter tegenover dat deze stand van zaken ook voordelen kan hebben. Nu een gewaarschuwde en/of goed geadviseerde consument die een onverantwoord krediet toch heeft genomen, met lege handen kan komen te staan in de civiele procedure, worden niet-professionele kredietnemers geprikkeld meer waakzaam en zorgvuldig te zijn. Op deze manier lijkt een middenweg te zijn gevonden waarbij de consument nog steeds een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het aangaan van een kredietovereenkomst, terwijl bij de kredietverstrekker door de AFM erop wordt toegezien dat er geen onverantwoord krediet aan de consument wordt verstrekt.

Het beeld van een bonte lappendeken van regels inzake verantwoorde kredietverstrekking wordt versterkt door de jurisprudentie van het Kifid die ook geen eenduidige aanpak vertoont. De ene keer wordt een geschil opgelost aan de hand van de bestuursrechtelijke regels al dan niet in combinatie met een relevante gedragscode, een andere keer wordt het civiele recht toegepast, waarbij al dan niet betekenis wordt toegekend aan de gedragscode. Een dergelijke situatie is ongewenst. De rechtszekerheid zowel voor consumenten als kredietverstrekkers vergt een meer consistente benadering. Heil kan ons inziens worden gezocht in de civielrechtelijke leerstukken met inachtneming van de relevante bestuursrechtelijke regels en zelfregulering. Enkele verschillen tussen de jurisprudentie van de civiele rechter en die van het Kifid zijn echter onvermijdelijk. De consument zou daarvan kunnen profiteren door voor een rechtsgang te kiezen die hem meer bescherming kan bieden.

Wellicht de belangrijkste les die uit het bovenstaande kan worden getrokken is dat er een dialoog op gang moet komen tussen de verschillende actoren die actief zijn in de invulling van het complexe begrip verantwoorde kredietverstrekking. Hierbij is een belangrijke taak weggelegd voor wetenschappers die de verschillende regelcom-

plexen 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 overkreditering worden gediend.