

Hypothecair krediet: de klant centraal of soms toch niet?

De invloed op de civielrechtelijke verhouding tussen particulier en hypothecair financier van overheidsregulering voor de precontractuele fase

*Mr. drs. M. van Eersel**

1 Inleiding

‘A bank is a place that will lend you money if you can prove that you don’t need it.’

Deze uitspraak van de bekende Amerikaanse komiek Bob Hope moge enigszins cynisch klinken, als er enige waarheid in schuilt, dan lijkt het erop dat de Nederlandse geldzoeker momenteel in een lastige bewijspositie zit. Dat de consument weinig geld loskrijgt van de banken zou dan komen doordat hij onvoldoende kan ‘bewijzen’ dat te allen tijde de volledige hoofdsom met rente kan worden terugbetaald. Dat is echter niet het hele verhaal. Dat banken momenteel weinig scheutig zijn met financieren is eerder het gevolg van de verplichting om de bankbalans te versterken.¹ Hierbij komt dat op grond van diverse gedetailleerde toezichtregels in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en daarop gebaseerde lagere regelgeving de ‘bewijslast’ ten aanzien van de kredietwaardigheid van de consument inmiddels zo ongeveer lijkt te zijn omgekeerd. Hierna zal worden uiteengezet op welke wijze deze regels de civielrechtelijke verhouding bepalen tussen hypothecair financiers (doorgaans banken) enerzijds en (toekomstig) woningeigenaren anderzijds. Deze regels doen dit onder meer door de precontractuele fase te reguleren, meer in het bijzonder door eisen te stellen aan:

1. informatieverstrekking;
2. maximale omvang van de aan te bieden lening;
3. ‘passendheid’ van het ‘leningproduct’ en de daarop betrekking hebbende dienstverlening; en
4. advisering en in dat kader vereiste ‘geschiktheid’ van het geadviseerde product.

Hoewel toezichtregels ook een belangrijke rol spelen voor de fase *na* de totstandkoming van de kredietovereenkomst, zal hierop in deze bijdrage niet worden ingegaan. Evenmin zal ik ingaan op de rol van tussenpersonen – in casu de bemiddelaars

in hypothecair krediet – bij de totstandkoming, ook al is deze zeker vóór de invoering van het provisieverbod substantieel geweest.² Behandeling van de bijzondere regelingen voor overeenkomsten op afstand³ en oneerlijke handelspraktijken⁴ blijft eveneens achterwege.

Alvorens op de toezichtregels in te gaan en op de civielrechtelijke gevolgen van schending daarvan zal ik eerst kort de marktontwikkelingen schetsen alsmede het toepasselijke civiele recht en de publiekrechtelijke regulering. Onder meer vanwege de huidige marktsituatie zal geen specifieke aandacht worden besteed aan bijzondere constructies als beleggings- of spaarhypotheken.

2 Marktontwikkelingen

In de afgelopen jaren is veel rumoer geweest rondom de financiering van de eigen woning. Dit begon met de zogenoemde ‘woekerpolisaffaire’. Sinds medio jaren negentig zijn miljoenen

* Mr. drs. M. van Eersel is advocaat bij Holland Van Gijzen te Amsterdam.

1. Ingevolge de verplichtingen voortvloeiend uit ‘Bazel III’, neergelegd in de Capital Requirements Directive IV (2013/36/EU), inmiddels geïmplementeerd in de Wft.

2. Zie voor een uitgebreide behandeling van de rol van tussenpersonen in civielrechtelijke verhoudingen Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009/229 e.v.

3. Ingevolge art. 1:1 Wft zou het daarbij gaan om overeenkomsten inzake (hypothecair) krediet tussen een kredietverstrekker en een consument die worden gesloten in het kader van een door de financiële onderneming georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, waarbij tot en met de totstandkoming van deze overeenkomst uitsluitend gebruik gemaakt wordt van één of meer technieken voor communicatie op afstand, zoals internet. Omdat het bij financieringen voor de aanschaf van een eigen woning voor consumenten doorgaans gaat om grote – *once in a lifetime* – beslissingen zullen deze voorlopig nog niet zo snel uitsluitend op afstand tot stand komen.

4. Afdeling 3A Boek 6 BW. Oneerlijke handelspraktijken hebben kort gezegd betrekking op ondeugdelijke informatieverstrekking en agressieve verkoopmethoden. Door de Wft spelen de regels hieromtrent in het kader van het aanbieden van hypotheekleningen aan consumenten nauwelijks een (aanvullende) rol. Zie evenwel nog art. 6:193f BW, waarin is bepaald dat voor de beoordeling in elk geval essentieel is de informatie als bedoeld in art. 4:20 Wft (zie hierna onder ad 1).

beleggingsverzekeringen⁵ afgesloten in combinatie met de afsluiting van hypothecaire leningen voor aanschaf van de eigen woning.⁶ De instorting van de beurzen vanaf 2001 en het voortdurend slechte beursklimaat leidden evenwel tot onvrede over de informatieverstrekking, de kosten, de hoogte van de overlijdensrisicopremie en de werking van de beleggingsverzekering.⁷ Zeker in combinatie met hypotheekleningen worden al geruime tijd nauwelijks nog beleggingsverzekeringen gesloten. Ditzelfde geldt voor andere als 'beleggingshypotheek' aangeduide constructies waarin aflossing aan het eind van de looptijd moet komen uit een (aan de bank verpand) effectendepot, zijnde een door de leningnemer zelf opgebouwde beleggingsportefeuille of beleggingsrekening.

Deze ontwikkelingen zullen overigens mede verband houden met de doorlopend kritische uitlatingen door de Autoriteit Financiële Markten (AFM), waarbij met name is gehamerd op het terugbrengen van de maximale leningbedragen om het risico op restschulden te beperken.⁸ De vrees voor overkreditering bereikte een dubieus hoogtepunt bij het algemeen bekend raken van financieringspraktijken bij DSB Bank. In de periode die volgde, zijn nadere grenzen gesteld ten aanzien van de maximale omvang van leningen in zowel de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (zelfregulering) als de wet (zie hierover hierna ad 2). Daarnaast zijn de regels ten aanzien van bemiddeling in en advisering over krediet aangescherpt en is een vergaand provisieverbod⁹ ingesteld.

In dit klimaat zijn voorts wijzigingen van de fiscale wetgeving opgekomen die ertoe leiden dat de gecompliceerde hypotheekvormen van de afgelopen decennia niet meer relevant zullen zijn.¹⁰ Kort gezegd gaat het er hierbij om dat:

1. de rente over een lening die is aangegaan na 1 januari 2013 alleen nog fiscaal aftrekbaar is als die lening contractueel

5. Een beleggingsverzekering of kapitaalverzekering is een levensverzekering als bedoeld in art. 7:975 BW, waarbij het voor belegging in aanmerking komende deel van de premie door de verzekeraar op eigen naam wordt belegd in (een combinatie van) beleggingsfondsen of andere beleggingscategorieën en waarbij het risico van beleggen geheel of gedeeltelijk bij de verzekeringnemer ligt. In de combinatie met een hypothecaire financiering betrof het doorgaans een zogenoemde 'gemengde' verzekering, inhoudende dat in één polis zowel het overlijdensrisico van de leningnemer wordt afgedekt als vermogen wordt opgebouwd voor (al dan niet volledige) aflossing van de lening aan het eind van de looptijd (dekking bij overlijden én bij leven). Hypotheekvormen waarvan een dergelijke gemengde verzekering verplicht onderdeel uitmaakte (alsook hypotheekvormen waarbij het afsluiten van een enkele overlijdensrisicoverzekering verplicht was), beoogden het risico voor de bank omlaag te brengen, waardoor ook een lagere rente kon worden overeengekomen.

6. Zie o.m. AFM, Feitenonderzoek beleggingsverzekeringen deel 1, Amsterdam 9 oktober 2008, p. 16 e.v.

7. Zie hierover meer uitgebreid W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 7, p. 229 e.v.

8. Zie bijv. <www.afm.nl/nl/nieuws/2011/mrt/aangescherpte-norm-hypotheek.aspx>.

9. Art. 86c en 86h BGfo.

10. Wet van 20 december 2012 tot wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en enige andere wetten in verband met de herziening van de fiscale behandeling van de eigen woning (Wet herziening fiscale behandeling eigen woning), Stb. 2012, 670. Zie hierover o.m. M.J.J.R. van Mourik, *De nieuwe eigenwoningsschuld*, WPNR 2013, p. 663-675.

en feitelijk in maximaal 360 maanden (dertig jaar) ten minste volgens een annuïtair aflossingsschema *volledig* wordt afgelost;

2. specifiek voor aflossing van de 'eigenwoningsschuld' – met het oog op maximalisering van de renteaftrek – gecreëerde vermogensopbouwproducten (zowel beleggings- als spaarproducten)¹¹ geen voordelig fiscaal regime meer geldt. Dit betekent dat de waarde van deze producten onverkort wordt belast in box 3.¹² Voorheen werden dergelijke producten belast in box 1, waardoor niet jaarlijks over de waarde hoefde te worden afgerekend, maar slechts over de uitkeringen en slechts voor zover de bedragen daarvan de vrij substantiële vrijstellingsmaxima overschreden.

Onder deze omstandigheden zullen naar verwachting geen andere hypotheekvormen meer in beeld komen dan zogenoemde annuïteitenhypotheek¹³ en lineaire hypotheek.¹⁴ Ingevolge het toepasselijk overgangsrecht geldt overigens wel eerbiedigende werking ten aanzien van de renteaftrek voor bestaande leningen alsmede voor de fiscale behandeling van bestaande aan de eigenwoningsschuld gekoppelde vermogensopbouwproducten.

3 Civiel recht versus regulering

3.1 *Civiel recht*

Hypothecaire financiering ziet in de kern op het aangaan (en uitvoeren) van een overeenkomst van geldlening met als bijzonderheid dat tot zekerheid van de nakoming van de betalingsverplichtingen uit hoofde daarvan een hypotheekrecht is gevestigd op enig onroerend goed, in casu de woning, van de leningnemer (of eventueel een derde). Daarmee is sprake van een hybride constructie van deels verbintenisrechtelijke en deels goederenrechtelijke aard.¹⁵ Voor wat betreft de verbintenisrechtelijke kant gelden enkele (regelendrechtelijke) antieke regels omtrent verbruikleen in Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (BW).¹⁶ Anders dan voor consumentenkrediet¹⁷ is voor hypothecair krediet in het BW over de verhouding tussen leninggever en leningnemer niet meer geregeld. Dat betekent

11. Kapitaalverzekering Eigen Woning (KEW), Spaarrekening Eigen Woning (SEW) en Beleggingsrecht Eigen Woning (BEW).

12. Tegen een jaarlijks terugkerend percentage van 1,2% (30% over een fictief rendement van 4%) voor zover het totale box 3-vermogen uitkomt boven het vrijgestelde bedrag.

13. Dit is een productvorm waarbij het maandbedrag zo wordt gekozen dat de som van rente en aflossing per termijn hetzelfde is en tevens aan het einde van de looptijd de gehele lening is terugbetaald.

14. Dit is een productvorm waarbij gelijkmatig wordt afgelost en de rentecomponent (bijgevolg) lineair daalt.

15. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2009, p. 584.

16. Art. 7A:1793 BW bepaalt slechts dat de uit geldlening voortspruitende schuld alleen bestaat in de bij de overeenkomst uitgedrukte geldschuld. Op betaling daarvan mag de schuldeiser vertrouwen, hetgeen aansluit bij het Latijnse *creditum*, dat 'het toevertrouwd' betekent.

17. Hypothecair krediet valt strikt genomen wel onder de definitie van consumentenkrediet (art. 7:57 BW), maar de overeenkomst van hypothecair krediet is expliciet buiten de reikwijdte gebracht van de bepalingen in titel 2a Boek 7 BW, die gelden voor consumentenkrediet (art. 7:58 lid 2 sub a BW).

dat de algemene regels van contractenrecht van toepassing zijn.¹⁸ De kredietovereenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.¹⁹ In de praktijk worden de contracten ingevuld met tamelijk gedetailleerde specifieke afspraken aangevuld met de Algemene Bankvoorwaarden.

Reeds gelet op de regeling omtrent het wilsgebrek voortvloeiend uit dwaling rust in de precontractuele fase op zowel de leninggever als de leningnemer niet alleen een zekere mededelingsplicht maar ook een zekere onderzoeksplicht. Hieruit volgt immers dat contractspartijen elkaar over en weer behoren in te lichten, voor zover zij weten of behoren te begrijpen dat de overeenkomst tot stand dreigt te komen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou worden gesloten.²⁰

Verder vloeien nadere verplichtingen voort uit hetgeen de redelijkheid en billijkheid en de aard van de (bijzondere) contractuele – ongelijkwaardig geachte – verhouding tussen de professionele leningverstrekker/dienstverlener en de particuliere afnemer meebrengen. Men spreekt in dit verband ook wel van een ‘bijzondere zorgplicht’, ter onderscheiding van de verplichting die contractspartijen standaard hebben tot het betrachten van redelijkheid en billijkheid (‘zorg’) tegenover elkaar. Deze behelst onder meer diverse in de jurisprudentie uitgekristalliseerde informatie-, onderzoeks- en waarschuwingplichten. Voor zover tevens sprake is van een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW – wat het geval kan zijn als de bank de particulier het krediet niet alleen aanbiedt, maar tevens adviseert – zal de bank de zorg moeten betrachten die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde situatie in acht zou nemen. De omvang en inhoud van de zorgplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de aard van de kredietovereenkomst (het financieringsproduct) en van de bijbehorende dienstverlening. Als de bank aan deze norm niet voldoet, dan is sprake van toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad en is de bank voor de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aansprakelijk.²¹

3.2 Regulering

Het voor deze bijdrage relevante regulatoire kader steunt op het begrip krediet, onderdeel van de verzameling financiële producten, waaronder bijvoorbeeld ook verzekeringen, finan-

ciële instrumenten (zoals effecten) en spaarrekeningen vallen. Diverse regels gelden voor partijen die zich bezighouden met het aanbieden²² van krediet (waaronder met name banken), alsook voor partijen die zich bezighouden met het bemiddelen in of adviseren over krediet. Dergelijke activiteiten vallen onder de reikwijdte van de regels die gelden voor (het verlenen van) financiële diensten. Voor zover deze regels betrekking hebben op de relatie met de particuliere klant, in de Wft consument geheten, zijn deze uitgewerkt in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Hierbij gelden specifieke regels als het gaat om hypothecair krediet,²³ in afwijking van de regels die gelden waar het gaat om consumptief krediet.

De handhaving van bedoelde publiekrechtelijke regels is opgedragen aan de AFM. Zij kan aan banken een – niet tot aantasting van door hen gesloten overeenkomsten strekkende²⁴ – aanwijzing geven, een last onder dwangsom of bestuurlijke boete opleggen, dan wel een door haar verleende vergunning voor het aanbieden van krediet²⁵ wijzigen of intrekken.

3.3 Verhouding civiel recht en regulering – algemeen

Zowel het civiele recht als het toezichtrecht (bestuursrecht) is dus relevant. De verhouding tussen deze rechtssferen is tamelijk complex. Auteurs die zich meer in het bijzonder met deze materie bezig hebben gehouden, lijken het erover eens dat het hier gescheiden domeinen betreft.²⁶ Het in de Wft bepaalde maakt in beginsel geen deel uit van de privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen financiële instellingen en hun cliënten. Het is ook daarom dat de Wft bepaalt dat de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels in beginsel ‘niet uit dien hoofde aantastbaar’ is.²⁷ Dit betekent dat zulke rechts-

18. Zie hierover W.H. van Boom, Hypotheken als consumentenrechtelijk thema, in: T.M. Berkhout & A.A. van Velten (red.), Vastgoedfinanciering in woelige tijden, Amsterdam: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 75-102, alsmede meer in detail J.G. Gräler, Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2012, p. 65 e.v.

19. Art. 6:217 BW.

20. Zie art. 6:228 lid 1 sub b BW.

21. Zie hierover meer uitgebreid A.C.W. Pijls, De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener, in: F.G.M. Smele & M.A. Verbrugh (red.), Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 167-193, alsmede T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

22. Gedefinieerd in art. 1:1 Wft als het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst inzake een financieel product, niet zijnde een financieel instrument.

23. Definitie van ‘hypothecair krediet’ (art. 1:1 Wft): overeenkomst inzake krediet met een consument, bij het aangaan waarvan een recht van hypotheek wordt gevestigd strekkende tot verhaal bij voorrang van de vordering tot voldoening van de door de consument verschuldigde betaling, dan wel met betrekking waartoe reeds een zodanig recht is gevestigd en waarbij het krediet wordt verleend tegen een voor hypothecaire financieringen van de aanbieder gebruikelijk jaarlijks kostenpercentage (art. 1 BGfo). Consumptief krediet is krediet niet zijnde hypothecair krediet.

24. Art. 1:75 lid 3 Wft.

25. Benodigd ingevolge art. 2:60 Wft, waarbij onder meer geen separate vergunning ex art. 2:60 Wft vereist is als de aanbieder/hypothecair financier beschikt over een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank of verzekeraar (art. 2:61 lid 1 Wft).

26. Zie o.m. Pijls 2010, O.O. Cherednychenko, Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ en zijn betekenis voor het verbintenisrecht, RMThesis 2012, afl. 5, p. 223 e.v., F.W.J. van der Eerden, P. Heemskerk, J.M. Sprecher, B.B. Bierman & L.J. Silverentand, Wisselwerking tussen toezichtrecht en civiel recht, in: L.J. Silverentand (red.), Hoofdpijnen Wft (Recht en Praktijk – Financieel recht, deel FR6), Deventer: Kluwer 2013, par. 1.8.3, C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 en W.H.F.M. Cortenraad, Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht? Ondernemingsrecht 2012/128.

27. Art. 1:23 Wft.

handelingen in beginsel niet aan nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW onderworpen zijn. De handhaving van de Wft is ook niet op privaatrechtelijke leest geschoeid en staat niet in dienst van particuliere belangen, maar van het *publieke* belang bij naleving van die voorschriften.

Dit neemt niet weg dat de publiekrechtelijke toezichtregels ‘doorwerken’ in het verbintenissenrecht. Dit gebeurt rechtstreeks doordat een schending van toezichtregels kan worden aangemerkt als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en daarmee direct een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) kan opleveren jegens een (potentiële) consument. De doorwerking kan tevens op een meer indirecte wijze geschieden voor zover toezichtregels die de bescherming van de consument tot doel hebben (zoals de onderhavige) een ‘uitstralend’²⁸ of ‘sturend’ effect hebben op dan wel ‘inkleuring’²⁹ geven aan open privaatrechtelijke normen en concepten, zoals de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW, dwaling (art. 6:228 BW), redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW).

Als gevolg hiervan is de mate waarin de consument door die regels wordt beschermd niet geheel afhankelijk van handhaving daarvan door de AFM. In de praktijk grijpen consumenten de toezichtregels die de precontractuele fase reguleren in civiele procedures veelal aan ter onderbouwing van een beroep op dwaling respectievelijk schending van de bijzondere zorgplicht van de aanbieder.

Met het oog op dwaling zullen die toezichtregels relevant kunnen zijn, die een argument vormen voor de stelling dat in de aanloop naar de ‘koop’ van een financieel product, namelijk in de fase van het aanbieden van het krediet, enigerlei mededelingsplicht is geschonden, op grond waarvan de onderliggende overeenkomst kan worden vernietigd wegens dwaling. Dit betreft met name de informatieverplichtingen, die hierna aan de orde zullen komen, maar ook de diverse waarschuwingsverplichtingen, al was het maar omdat waarschuwen feitelijk niets anders is dan een gekwalificeerde vorm van meedelen. Opgemerkt wordt dat de civielrechtelijke wederzijdse beïnvloeding van mededelingsplicht en onderzoeksplicht geen pendant lijkt te hebben in het toezichtrecht. De toezichtregels kennen in dit verband alleen de kredietverstrekkers als normadressaat; zij schrijven aan de consument dus ook geen expliciete mededelings- en onderzoeksplicht voor. Schending van een informatie-inwinningsvereiste – waaronder de hierna aan de orde komende onderzoeksplichten in het kader van ‘ken uw consument’ (ad 2, 3 en 4) – door de kredietverstrekker zal doorgaans niet direct civielrechtelijke betekenis hebben, maar wel de grondslag kunnen vormen voor het aannemen van een (dan eveneens geschonden) mededelingsplicht, met name voor zover de kredietverstrekker behoorde te weten van de onjuiste

voorstelling van zaken bij de consument. Mijns inziens is overigens reeds sprake van een onjuiste voorstelling van zaken bij de consument als deze niet beschikt over alle informatie die relevant is voor een adequate beoordeling van het product.³⁰ Aangezien dit precies de maatstaf is van de wetgever bij het vaststellen van de diverse informatieplichten zal bij schending daarvan al snel sprake zijn van dwaling bij de consument. De vraag resteert dan in hoeverre de consument, als hij wel over alle relevante informatie had beschikt, de overeenkomst desondanks zou zijn aangegaan.

Om schending van de zorgplicht te adstrueren – om daarlangs de aanbieder met succes aan te kunnen spreken tot schadevergoeding – zijn die toezichtregels relevant, die de zorgplicht inkleuren. Te denken valt meer in het bijzonder aan het achterwege blijven van vereiste waarschuwingen, onverantwoorde kredietverstrekking (schending van de weigeringsplicht), alsook schending van de ‘passendheidsregels’ en ‘geschiktheidsregels’. Niet elke overtreding van een toezichtnorm brengt een schending van de zorgplicht mee. Dit kan alleen aan de orde komen voor zover het aan de toezichtnorm ten grondslag liggende beschermingsbeginsel is geschonden en de consument als gevolg van de overtreding daadwerkelijk in zijn belangen is geschaad.³¹ Tezelfdertijd geldt overigens dat de privaatrechtelijke zorgplicht van financiële instellingen onder omstandigheden ook *verder* kan reiken dan de normen zoals vervat in de toezichtregels.³² Als schending van de zorgplicht wordt aangenomen, zal in de praktijk overigens lang niet altijd evident zijn welke schade in de vereiste mate causaal verband houdt met de specifieke normovertreding. Hier komt bij dat zeker waar het gaat om informatie- en adviesverplichtingen de consument vaak ook wel het nodige valt aan te rekenen, hetgeen zich zou moeten vertalen in een afslag op het bedrag van de schadevergoeding wegens eigen schuld (art. 6:101 BW).

Om welke regels gaat het nu meer precies? In aansluiting op de in paragraaf 1 gehanteerde onderverdeling volgt hierbij een – lang niet volledige – greep hieruit.

Ad 1. Precontractuele informatieverstrekking

Voorafgaand aan de totstandkoming van de kredietovereenkomst verstrekt de financier (hierna zo consequent mogelijk aan te duiden als de ‘aanbieder’) aan de consument informatie voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van het specifieke kredietproduct.³³ Dit vereiste is in ruime mate uitgewerkt in het BGfo. Voor de reikwijdte van de verplichtingen is relevant of het aangeboden kwalificeert als ‘complex product’. Dat is in dit kader onder meer het geval als dat wat *hij* aanbiedt, kwalificeert als:

30. Art. 4:20 lid 1 Wft.

31. Zo volgt uit HR 4 december 2009, NJ 2010/67.

32. Zie het baanbrekende arrest inzake De Treek/Dexia over de zorgplicht van de bank tegenover de consument bij aandelenleaseproducten, HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, r.o. 4.11.5, NJ 2012/183, r.o. 4.5.8 en NJ 2012/184.

33. Art. 4:20 Wft.

28. Zie Cherednychenko 2012.

29. Zie Cortenraad 2012.

1. een combinatie van twee of meer financiële producten waarbij de waarde van ten minste één product afhankelijk is van de ontwikkelingen op financiële markten of andere markten; of
2. een combinatie van een hypothecair krediet met een levensverzekering (een overlijdensrisicoverzekering, kapitaalverzekering of gemengde levensverzekering) of met een spaarrekening.³⁴

Voor het aanbieden van complexe producten gelden verdergaande informatievereisten. Vraag is wanneer precies sprake is van het aanbieden van een (gecombineerd/samengesteld) product, al dan niet door twee partijen (bijvoorbeeld een bank en een verzekeraar) gezamenlijk. Mijns inziens is hiervan in elk geval nog geen sprake als bijvoorbeeld de voorwaarden van een krediet slechts inhouden dat 'naar genoegen van de bank' een overlijdensrisicoverzekering moet worden afgesloten. In de praktijk komt het vaak voor dat een dergelijk product niet van dezelfde aanbieder (of groep waartoe deze behoort) wordt afgenomen. Hierbij speelt een rol dat financiële ondernemingen het verwijt van koppelverkoop zullen willen vermijden.³⁵

Gedetailleerde vereisten gelden voor reclame-uitingen en andere *onverplichte* precontractuele informatie over krediet. Als sprake is van een complex product moeten de belangrijkste financiële risico's worden weergegeven met een zogenoemde risico-indicator³⁶ en moet worden verwezen naar een te verstrekken financiële bijsluiters.^{37,38}

In elke reclame-uiting over hypothecair krediet met een variabele rente (complex of niet) moet een waarschuwing worden opgenomen met betrekking tot de risico's die zijn verbonden aan de daaruit voortvloeiende (mogelijk) schommelende maandlasten.³⁹ Als in de reclame meer in het algemeen melding wordt gemaakt van een debetrentevoet of andere gegevens betreffende de kosten van een krediet moet daarover informatie worden verstrekt alsmede over het totale kredietbedrag, het jaarlijks kostenpercentage, de duur van de kredietovereenkomst, het totale door de consument te betalen bedrag en het termijnbedrag.⁴⁰

Verplicht te verstrekken informatie heeft betrekking op de aanbieder zelf en de totale prijs van het krediet over de gehele

looptijd, waarin *niet* de advieskosten en distributiekosten mogen worden opgenomen, maar *wel* met inbegrip van alle andere bijbehorende kosten.⁴¹ Nog meer informatie moet worden verstrekt als het aangeboden kwalificeert als complex product.⁴² Bij krediet met een variabele rente moet ten minste informatie worden verstrekt over de risico's daarvan, de componenten waaruit de rentevoet is opgebouwd,⁴³ alsmede of deze componenten als zodanig vast of variabel zijn.⁴⁴

Of het achterwege blijven van de verstrekking van informatie er in het concrete geval toe heeft geleid dat een overeenkomst is gesloten die de consument bij verstrekking niet zou hebben gesloten, zal afhangen van de kenmerken van de consument, meer in het bijzonder van hetgeen de consument weet en begrijpt. Zoals uit het voorgaande volgt, gaat het er niet alleen om *of* bepaalde informatie wordt verstrekt, maar ook *hoe*. Een en ander behoort de aanbieder te onderzoeken in het kader van de voorkoming van overkreditering, passendheid van de dienstverlening en geschiktheid van het product in geval van advisering.

Ad 2. Voorkoming van overkreditering

Voorafgaand aan de totstandkoming van de kredietovereenkomst moet de aanbieder in het belang van de consument informatie inwinnen over diens financiële positie en beoordeelt hij, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst *verantwoord* is.⁴⁵ De aanbieder mag de overeenkomst niet aangaan als dit met het oog op overkreditering *onverantwoord* is (weigeringsplicht).⁴⁶ In het BGfo zijn deze normen aldus uitgewerkt dat de aanbieder verplicht is (1) zich van het aangaan van een overeenkomst te onthouden als hij niet beschikt over voldoende informatie om te kunnen beoordelen of het aangaan ervan verantwoord is,⁴⁷ (2) het Bureau Krediet Registratie (BKR) te raadplegen over al aan de consument verleende kredieten⁴⁸ en (3) de criteria vast te leggen die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument en deze criteria toe te passen bij de beoordeling van een kredietaanvraag.⁴⁹ In ditzelfde kader moet de aanbieder bij de beoordeling de vigerende inkomenscriteria toepassen⁵⁰ en rekening

34. Zie art. 1 BGfo voor de definitie van 'complex product'. Deze definitie behelst ook de spaarrekening eigen woning en beleggingsrecht eigen woning, maar zoals gezegd bestaan deze producten vanwege het wijzigen van de fiscale regelgeving in de praktijk niet meer.

35. Zie hierover o.m. Kalkman 2013, hoofdstuk 11, p. 349.

36. Dit is een pictogram met waarschuwingstekst op de wijze als valt te downloaden van <www.afm.nl/reclamatekst>.

37. Art. 53 BGfo jo. art. 2:3 van de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (NRGfo) jo. bijlage 1.4 NRGfo.

38. Zie voor de financiële bijsluiters art. 65 e.v. BGfo.

39. En wel op de wijze als voorgeschreven door art. 2:2 NRGfo, zoals weergegeven op <www.afm.nl/kredietwaarschuwing>. Dit betreft onder meer de tekst 'Let op! Geld lenen kost geld.' Met het waarschuwingssymbool van het figuurtje met een euroblok aan het been.

40. Art. 53 lid 1 BGfo.

41. Art. 59a lid 1 BGfo.

42. Art. 59a lid 2 BGfo.

43. Te denken valt aan een component in verband met de beschikbaarheid van middelen voor de aanbieder, een component in verband met het risico voor de aanbieder op wanbetaling en vervroegde aflossing, een component in verband met dienstverleningskosten (zoals administratie- en beheerkosten) en een discretionaire component die is gerelateerd aan de winstdoelstellingen en concurrentieverhoudingen.

44. Art. 59aa lid 1 BGfo.

45. Art. 4:34 lid 1 Wft.

46. Art. 4:34 lid 2 Wft.

47. Art. 113 lid 1 BGfo.

48. Art. 114 BGfo.

49. Art. 115 lid 1 BGfo.

50. De financieringslast (bruttorente en aflossing) mag niet hoger zijn dan een van het inkomen afhankelijk maximum (*loan to income-ratio*, LTI), berekend op basis van een hypothecair krediet met een annuïtair aflossingschema met een looptijd van dertig jaar, ook als het hypothecair krediet een andere vorm of looptijd heeft.

houden met de maximale hoogte van het krediet (in verhouding tot de waarde van de woning),⁵¹ zoals beide bij ministeriele regeling⁵² zijn vastgesteld. Gevolg van de hieruit voortvloeiende – binair uitwerkende – weigeringsplicht zal mijns inziens een sterk argument vormen voor de stelling dat de civielrechtelijke zorgplicht is geschonden. In elk geval acht ik in een dergelijk geval het aan de toezichtnorm ten grondslag liggende beschermingsbeginsel geschonden. Vraag is wel in hoeverre de consument daardoor daadwerkelijk in zijn belangen is geschaad. Dit zal sterk afhangen van de omstandigheden van het specifieke geval, meer in het bijzonder in hoeverre argumenten bestaan voor het oordeel dat in het concrete geval overtreding van de toezichtnorm mogelijk nog geen schending van de zorgplicht met zich brengt.

Ad 3. (Aanvullende) zorgplicht zonder advisering

Als de aanbieder het krediet uitsluitend aanbiedt en niet tevens daarover adviseert, dan moet deze allereerst de consument erop wijzen dat hij de consument niet adviseert.⁵³

Daarnaast moet de aanbieder informatie inwinnen over de kennis en ervaring van de consument om te beoordelen of deze dienst (het uitsluitend aanbieden en vervolgens uitvoering geven aan de bestelling door de consument van een krediet) en het betreffende krediet(product) passend zijn voor de consument.⁵⁴ Als de aanbieder van mening is dat de dienst *niet* passend is (en de consument bijgevolg advies zou moeten inwinnen), of als de consument onvoldoende informatie verschaft om dit te kunnen beoordelen, moet hij de consument waarschuwen. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm geschieden. De informatie die de aanbieder moet inwinnen, is nader uitgewerkt en omvat in elk geval informatie over de financiële producten waarmee de consument al bekend is, het inzicht van de consument in de eigenschappen en risico's van het krediet en de dienst, de mate waarin de consument inzicht heeft in zijn eigen financiële situatie en de behoefte van de consument aan advies.⁵⁵ Dit moet eraan bijdragen dat de consument zich bewust wordt van de risico's van het hypotheekproduct en deze kan vertalen naar zijn eigen financiële situatie. Hierbij is relevant dat de wetgever hypothecair krediet als zodanig weliswaar niet heeft aangemerkt als complex product, maar desalniettemin relatief complex acht.⁵⁶ De aanbieder mag vertrouwen op de door de consument verstrekte informatie, tenzij hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat

deze informatie gedateerd, onnauwkeurig of onvolledig is.⁵⁷ Voorts moet de aanbieder sinds 1 januari 2014 op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht nemen.⁵⁸ Dit betekent dat de aanbieder nog wel andere (commerciële) belangen mag meewegen. In feite is hiermee op de aanbieder een algemeen geformuleerde zorgplicht geladen, die aan de orde kan komen als er geen meer specifiek voorschrift aan de orde is dat de grondslag kan vormen voor wenselijk geacht handhavend optreden door de AFM. Wat de rol kan zijn van een zodanig open publiekrechtelijk voorschrift op de inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht zal de tijd moeten leren.

Ad 4. (Aanvullende) zorgplicht bij advisering

Het komt voor dat de aanbieder niet alleen aanbiedt, maar tevens de consument in verband met diens kredietbehoefte adviseert. In dat geval moet de aanbieder in het belang van de consument informatie inwinnen over diens financiële positie, kennis en ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor zijn advies. Vervolgens draagt hij er zorg voor dat zijn advies, voor zover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de aldus verkregen informatie en licht hij de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan zijn advies, voor zover dit nodig is voor een goed begrip van zijn advies.⁵⁹ In de jurisprudentie over beleggingsdiensten (waaronder ter zake van beleggingsadvies) is al uitgemaakt dat niet-naleving van precies deze vereisten leidt tot schending van de civielrechtelijke zorgplicht.⁶⁰ Daarom mag worden verwacht dat niet-naleving van deze vereisten bij de advisering over hypothecair krediet eveneens zal kunnen leiden tot het oordeel dat de civielrechtelijke zorgplicht is geschonden. De vraag is evenwel in hoeverre aan deze nadere adviesvereisten in de praktijk betekenis toekomt naast de vereisten ter voorkoming van overkreditering, zoals hiervoor onder ad 2 reeds aan de orde gekomen.

Voor niet specifiek geregelde situaties geldt sinds 1 januari 2014 de algemene regel dat de aanbieder/adviseur moet handelen in het belang van de consument.⁶¹ Anders dan de aanbieder die niet adviseert, mag de aanbieder die wel adviseert geen andere belangen meewegen. Reden daarvoor is dat de consument nu juist de adviseur inschakelt om zijn belangen te behartigen, in de relatie met de adviseur een relatief grote 'informatiescheefheid' bestaat en zich relatief snel conflicten kunnen voordoen tussen de belangen van de aanbieder-adviseur en de consument.⁶² Gelet op de hiervoor bedoelde meer specifieke toezichtnormen die gelden bij advisering zal aan een beroep op deze generieke zorgplichtbepaling naar verwachting echter niet snel worden toegekomen.

51. De maximale hoogte van het hypothecair krediet ten opzichte van de waarde van de woning (*loan to value*-ratio, LTV) bedraagt vanaf 1 januari 2014 104%, af te bouwen naar 100% vanaf 1 januari 2018. Voorgesteld wordt dit percentage daarna geleidelijk te verlagen tot 80%.

52. Thans de sinds 2013 van kracht zijnde Tijdelijke regeling hypothecair krediet, waarop de zelfregulering neergelegd in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen moet worden aangepast, hetgeen blijktens de website van de Nederlandse Vereniging van Banken (<www.nvb.nl>) op de datum van deze bijdrage nog niet is gebeurd.

53. Art. 4:23 lid 2 Wft.

54. Art. 4:24 lid 1 Wft.

55. Art. 80e BGfo.

56. Stb. 2012, 695, p. 83.

57. Art. 80e lid 4 BGfo.

58. Art. 4:24a lid 1 Wft.

59. Art. 4:23 lid 1 Wft.

60. Zie bijv. HR 8 februari 2013, JOR 2013/108 m.nt. B.T.M. van der Wiel, r.o. 3.4.2 en HR 8 februari 2013 RvdW 2013/250.

61. Art. 4:24a lid 2 Wft.

62. Kamerstukken II 2012/13, 33632, 3, p. 78-79.

4 Slotbeschouwing

Een vraag die opkomt, is of met alle toezichtregels de klant meer centraal is komen te staan. Of veeleer het door de banken te leveren bewijs dat aan alle regels is voldaan bij het aanbieden van hun producten en diensten. In het civiele recht speelt hierbij – anders dan in het toezichtrecht – de verantwoordelijkheid van de consument nog wel een rol. Hierin is in elk geval nog relevant of de klant de aan te leveren bergen aan informatie daadwerkelijk leest en zich ervan vergewist dat hij deze begrijpt alsmede dat hij het concrete aanbod bestudeert en een eventueel gegeven advies op zijn merites beoordeelt. Afgezien van een verdere aansluiting in dit verband van civiel recht op publiekrecht en vice versa zal dit op de korte termijn naar verwachting niet veel veranderen. Ook de implementatie van de Europese hypotheekrichtlijn⁶³ zal op dit punt naar mijn inschatting in elk geval in Nederland weinig spectaculairs opleveren.

Saillant is dat in het geweld van de civielrechtelijke debatten en regulering de keuzevrijheid van zowel aanbieders als consumenten *de facto* inmiddels sterk is beperkt door een derde rechtssfeer, namelijk de fiscale. Hierdoor kan nog maar worden gekozen voor twee relatief simpele hypotheekvormen en alleen voor leningbedragen die onder concreet uitgewerkte maxima blijven. Dit plaatst het belang van in elk geval de regels omtrent informatieverstrekking, passendheid van de dienstverlening en beoordeling van de geschiktheid van het product bij advisering in een zwakker licht.

Belangrijker is dat deze ontwikkeling de consument dwingt te sparen voor de woning in plaats van deze slechts te financieren en daarmee uitsluitend tijd te overbruggen tot het moment van verkoop, herfinanciering of aflossing uit andere bron dan een afgedwongen bakstenen spaarpot. Dit betekent dat de inzichten van de klant omtrent de ontwikkelingen op de woningmarkt, zijn wensen, de risico's die hij bereid is te nemen en de persoonlijke omstandigheden die zijn financiële mogelijkheden op langere termijn bepalen (verwachte inkomensontwikkelingen, erfenissen, wijziging van de samenstelling van het huishouden enzovoort), buiten beeld verdwijnen. Niet alleen is aldus een merkwaardig onderscheid ontstaan tussen klanten van voor 2013 en klanten van daarna, heel centraal staan zij hierdoor überhaupt niet meer...

63. Richtlijn inzake woningkredietovereenkomsten, voorstel van het Europees Parlement en de Raad (2011/0062 (COD)).