

Uitspraak Commissie van Beroep 2012-14 d.d. 21 juni 2012

(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. A. Bus, mr. R.J.F. Thiessen, mr. A. Rutten-Roos en drs. P.H.M. Kuijs AAG, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Overkreditering. Verwerping van verweer dat belanghebbende in elk geval de gehele hoofdsom dient terug te betalen. Voordeelverrekening? Ongerechtvaardigde verrijking? Een bank dient bij kredietovereenkomsten als hier aan de orde in elk geval vóór het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de kredietnemer te controleren. Daaraan doet niet af dat een dergelijke kredietovereenkomst geen ingewikkeld product vormt en afnemers vooraf geïnformeerd worden over de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Op belanghebbende rustte ook een eigen verantwoordelijkheid ter voorkoming van overkreditering. Belanghebbende behoefde echter niet in dezelfde mate als de bank zich ervan bewust te zijn dat de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zijn financiële draagkracht te boven zouden gaan. Om die reden is een schadeverdeling aangewezen in evenredigheid met de mate waarin de aan de bank resp. aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (60%-40%). Dit is ook in overeenstemming met de billijkheid, bedoeld aan het slot van art. 6:101 lid 1 BW. Omdat er voor belanghebbende geen reden bestond het ontvangen bedrag niet consumptief aan te wenden, acht de Beroepscommissie het niet redelijk om dit als een te verrekenen voordeel in aanmerking te nemen of om belanghebbende te verplichten tot vergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

I. De procedure in hoger beroep

- I.1 De bank heeft bij een op 18 oktober 2011 door KiFiD ontvangen brief met bijlagen op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (KiFiD) (verder: Reglement Geschillencommissie) in verband met artikel 5.3 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (KiFiD) (verder: Reglement Beroepscommissie) aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Beroepscommissie) een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 5 september 2011 ter toetsing voorgelegd.
- I.2 De bank heeft bij beroepsschrift van 19 december 2011 met bijlagen haar beroep onderbouwd.
- I.3 Namens belanghebbende is op 1 maart 2012 een verweerschrift met bijlagen ingediend.

1.4 De Beroepscommissie heeft het hoger beroep mondeling behandeld op 19 maart 2012. Het beroep is toegelicht aan de hand van een pleitnotitie. Deze pleitnotitie is in het geding gebracht.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Ontvankelijkheid van het beroep

3.1 De Geschillencommissie heeft in overweging 4.1 van de uitspraak, in hoger beroep niet bestreden, verstaan (nu belanghebbende geen duidelijke vordering formuleert) dat belanghebbende vordert te bepalen dat de hierna nader te noemen lening niet verstrekt had mogen worden. De Geschillencommissie heeft, uitgaande van de door de bank berekende maximale leencapaciteit van belanghebbende, op grond van een daarop door haar aangebrachte correctie geconcludeerd dat de lening niet verstrekt had mogen worden. Nu de lening voor een deel strekte tot overneming van een door belanghebbende reeds eerder bij een andere aanbieder afgesloten lening, heeft de Geschillencommissie voorts overwogen dat de overkreditering in zoverre niet aan de bank kan worden toegerekend. Het bedrag van € 5.100,- waarmee de lening de eerdere lening overtrof, had de bank naar het oordeel van de Geschillencommissie echter niet mogen verstrekken.

3.2 De Geschillencommissie heeft vervolgens bij bindend advies bepaald dat de bank belanghebbende dient te crediteren voor € 5.100,-, te vermeerderen met de op dat bedrag betrekking hebbende en door haar in rekening gebrachte rente en kosten, met veroordeling van de bank tot betaling aan belanghebbende van de door hem betaalde eigen bijdrage voor de behandeling van het geschil.

3.3 De bank heeft aangevoerd dat de bestreden beslissing ziet op een voor haar dusdanig principiële kwestie, dat het daarmee gemoeide belang voor de bank en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid de grens van € 5.000.000,- zal overschrijden. Op grond daarvan heeft zij verzocht om de zaak op de voet van art. 5.3 van het Reglement Beroepscommissie te behandelen.

3.4 De bank heeft in het bijzonder bezwaar tegen de beslissing van de Geschillencommissie dat de bank belanghebbende dient te crediteren voor het volledige bedrag van de overkreditering, voor zover deze aan haar is toegerekend. Indien een kredietnemer in geval van overkreditering niet verplicht zou zijn het te veel uitbetaalde terug te betalen, zou het volgens de bank voor kredietnemers lonen om de bank op het verkeerde been te zetten en vervolgens te profiteren van overkreditering, waardoor overkreditering in de hand zou worden gewerkt.

- 3.5 Nu met de verlening van krediet aan consumenten aanzienlijke bedragen gemoeid zullen zijn, ligt het voor de hand dat de bank en/of de bedrijfstak groot belang heeft bij beantwoording van de vraag in hoeverre een kredietnemer aan wie tot boven een verantwoord niveau krediet is verleend, kan worden verplicht tot terugbetaling van hetgeen de kredietnemer boven dat niveau heeft ontvangen. In dit geding is daarom aannemelijk dat de uitspraak van de Geschillencommissie zo principieel moet worden geacht, dat het daarmee gemoeide belang voor de bank en/of de bedrijfstak in haar algemeenheid het in art. 5.3 van het Reglement Beroepscommissie genoemde bedrag van € 5.000.000,- zal overschrijden.
- 3.6 De bank kan derhalve in haar hoger beroep worden ontvangen. Daarbij komen op grond van evengenoemde bepaling de voor belanghebbende met het hoger beroep samenhangende kosten voor rechtsbijstand voor rekening van de bank en dient de bank jegens belanghebbende de uitspraak van de Geschillencommissie gestand te doen.

4. Inleiding op de beoordeling van het beroep

4.1 De Beroepscommissie gaat op grond van:

- hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld,
- de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en
- hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken,

uit van het volgende:

- (i) In september 2005 hebben belanghebbende en zijn (toenmalige) echtgenote met een aanbieder een overeenkomst gesloten waarbij aan hen een lening ten bedrage van € 49.000,- werd verstrekt. De lening is grotendeels aangewend ter aflossing van andere kredieten. Een bedrag van € 5.040,- is uitgekeerd aan belanghebbende en zijn echtgenote.
- (ii) In november 2005 zijn belanghebbende en zijn echtgenote met een rechtsvoorganger van de bank overeengekomen dat hun een aflossingsvrije lening ten bedrage van € 54.100,- werd verstrekt. De lening is grotendeels aangewend ter aflossing van de in september 2005 verkregen lening. Een bedrag van € 5.100,- is uitgekeerd aan belanghebbende en zijn echtgenote.
- (iii) In de loop van 2009 is belanghebbende geruime tijd niet meer in staat geweest om aan de financiële verplichtingen uit hoofde van het krediet te voldoen. Als gevolg daarvan is de bank overgegaan tot opzegging van de lening en heeft zij betaling gevorderd van de openstaande hoofdsom van € 68.977,08.
- (iv) In november 2005 was op de financiële dienstverlening van de bank een gedragscode van toepassing, vastgesteld door de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (hierna: Gedragscode VFN 2004).

(v) Art. 4 Gedragscode VFN 2004 houdt onder meer in:

“4. Behandeling van kredietaanvragen

1. De financier verstrekt kredieten alleen na:

(...)

- serieus onderzoek, in het bijzonder naar de kredietwaardigheid, de financiële positie en de draagkracht van de kredietaanvrager, op basis van de gegevens zoals aangeleverd door de kredietnemer, en voor de juistheid en volledigheid waarvan deze verantwoordelijk is. Voor overkreditering zal worden gewaakt.

2. Voor de beoordeling van de aflossingscapaciteit van de kredietnemer gaat de financier uit van een maandelijkse betaling door de kredietnemer van tenminste 2% van de kredietruimte (bij doorlopend krediet) of het kredietbedrag (bij aflopend krediet), ook als de werkelijke periodieke betaling door de kredietnemer kleiner is. Eventueel reeds lopende kredieten herberekent financier volgens dezelfde norm om de reeds bestaande verplichtingen van de kredietnemer vast te stellen.

3. De financier verstrekt geen krediet indien:

- de uit het te verstrekken krediet voortvloeiende werkelijke, of volgens het voorgaande lid berekende theoretische verplichtingen indien deze hoger zijn, ertoe leiden dat de kredietnemer van zijn inkomsten, na aftrek van vaste lasten, minder overhoudt dan de voor de kredietnemer geldende bijstandsnorm onder aftrek van de normhuur zoals bepaald in de artt. 16.1 en 17.2 Huursubsidiewet. (...).”

(vi) De bank heeft in eerste aanleg bij brief van 21 januari 2011 de volgende onderbouwing verstrekt van de door haar vastgestelde maximale leencapaciteit van belanghebbende en zijn echtgenote:

| | |
|--|-------------------------|
| “Netto inkomen | EUR 1.631,00 |
| Netto inkomen partner | EUR 1.328,00 |
| Voorlopige teruggaaf | EUR 355,00 |
| Bruto hypotheeklast 1 ^e hypotheek | EUR 820,00 -/- |
| Lopende leningen | EUR 412,00 -/- |
| Norm levensonderhoud | <u>EUR 1.000,00 -/-</u> |
| Bestedingsruimte | EUR 1.082,00 |
| Maximale leencapaciteit (bestedingsruimte x 50) | EUR 54.100,00” |

(vii) In de onder (vi) genoemde brief van 21 januari 2011 vermeldde de bank voorts: “(...) Zoals u uit deze kopie kunt opmaken had [de bank] ten tijde van de kredietaanvraag voor het berekenen van de maximale leencapaciteit moeten uitgaan van een nettosalaris van EUR 1.283,26 in plaats van de hiervoor genoemde EUR 1.328,00. Hiervan uitgaande kan [de bank] niet anders dan concluderen dat de maximale leencapaciteit had moeten worden vastgesteld op EUR 51.750,00 in plaats van EUR 54.100,00. [De bank] is bereid om het verschil van EUR 2.350,00 in mindering te brengen op de thans openstaande vordering.”

4.2 Nadat partijen over de berekening van de maximale leencapaciteit van belanghebbende hadden gedebatteerd, heeft de Geschillencommissie overwogen dat de bank in haar berekening van de maximale leencapaciteit in verband met twee hypothecaire leningen van belanghebbende ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de in art. 4 lid 2 van de Gedragscode VFN 2004 bedoelde 2% van de som van de hypothecaire leningen in plaats van het ter zake in aanmerking genomen bedrag van € 412,-. Op grond daarvan heeft de Geschillencommissie geconcludeerd dat de lening niet verstrekt had mogen worden. Zoals hiervoor onder 3.1 overwogen, heeft de Geschillencommissie de overkreditering voor het gedeelte van de lening dat strekte tot overneming van de in september 2005 door belanghebbende bij een andere aanbieder aangegane lening, niet aan de bank toegerekend.

5. Beoordeling van het beroep

5.1 In hoger beroep heeft de bank als meest verstrekkende grief tegen de beslissing van de Geschillencommissie aangevoerd dat belanghebbende niet tijdig heeft geprotesteerd tegen de door hem gestelde overkreditering (art. 6:89 BW) en reeds om die reden in verband met art. 10.1 sub a van het (toenmalige) Reglement Geschillencommissie niet in zijn klachten kon worden ontvangen. Bij de mondelinge behandeling is de bank voorgehouden dat als deze grief zou slagen, de Beroepscommissie niet meer toekomt aan beoordeling van de voor de bank principiële kwestie van de civielrechtelijke gevolgen van overkreditering. Naar aanleiding daarvan heeft de bank dit verweer ingetrokken.

5.2.1 De bank heeft verder een grief gericht tegen het oordeel van de Geschillencommissie dat de bank op grond van art. 4 van de Gedragscode VFN 2004 bij de berekening van de maximale leencapaciteit van belanghebbende 2% van de hoofdsom van de tweede en derde hypothecaire lening in aanmerking had moeten nemen. Hetgeen de bank dienaangaande heeft aangevoerd, kan haar in verband met het navolgende niet baten.

5.2.2 In de eerste plaats blijkt uit de hiervoor onder 4.1 onder (vi) en (vii) aangehaalde brief dat de bank achteraf zelf van oordeel is dat de aan belanghebbende verstrekte lening diens maximale leencapaciteit met een bedrag van € 2.350,- te boven ging.

5.2.3 In de tweede plaats heeft de bank in de berekening van de maximale leencapaciteit van belanghebbende rekening gehouden met een “norm levensonderhoud” ten bedrage van € 1.000,-. Zij heeft aangevoerd dat dit bedrag gebaseerd was op de voor belanghebbende geldende bijstandsnorm. Belanghebbende heeft er evenwel terecht op gewezen dat de voor hem in november 2005 geldende bijstandsnorm geen € 1.000,- beliep maar € 1.098,57 (exclusief vakantietoeslag). Dit brengt mee dat de door de bank berekende bestedingsruimte € 98,57 lager had moeten uitvallen en ook de maximale leencapaciteit, die gesteld werd op 50 x de bestedingsruimte, lager had moeten uitvallen. De maximale leencapaciteit van belanghebbende valt, uitgaande van deze gegevens, aldus te berekenen:

| | |
|---|-------------------------|
| Door de bank berekend | EUR 54.100,00 |
| Correctie voor netto inkomen partner | EUR 2.350,00 -/- |
| Correctie voor bijstandsnorm (50 x € 98,57) | <u>EUR 4.948,50 -/-</u> |
| Gecorrigeerde maximale leencapaciteit | EUR 46.801,50 |

5.2.4 Nu de Geschillencommissie derhalve terecht heeft vastgesteld dat de onderhavige lening wegens overschrijding van de maximale leencapaciteit niet had mogen worden verstrekt, behoeft de wijze waarop de bank in het licht van de Gedragscode VFN 2004 met de hypothecaire leningen rekening had te houden, niet verder besproken te worden.

5.3.1 De bank bestrijdt vervolgens dat op haar een zorgplicht rust om belanghebbende te beschermen tegen overkreditering, en dat zij bij verzaking daarvan gehouden is tot schadevergoeding.

5.3.2 Anders dan de bank, is de Beroepscommissie van oordeel dat op de bank als aanbieder van krediet aan consumenten een zorgplicht rust ter voorkoming van overkreditering. Op banken rust op grond van hun maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht, strekkende tot bescherming van (potentiële) cliënten tegen eigen lichtvaardigheid en ondeskundigheid. Deze bijzondere zorgplicht vloeit voort uit hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen, gelet op de aard van de verhouding tussen banken en hun particuliere cliënten. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de verleende dienst, de daaraan verbonden risico's alsmede de regelgeving tot nakoming waarvan de bank is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels.

5.3.3 Een bank dient bij kredietovereenkomsten als hier aan de orde in het kader van haar bijzondere zorgplicht in elk geval vóór het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de kredietnemer te controleren. Een verplichting tot het vooraf controleren van de kredietwaardigheid van de consument lag ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst in november 2005 behalve in art. 28 van de Wet op het consumentenkrediet ook besloten in art. 4 lid 1 Gedragscode VFN 2004. In elk geval laatstbedoelde norm strekte mede ter bescherming van de belangen van belanghebbende, zoals blijkt uit de omstandigheid dat art. 9 van de Gedragscode VFN 2004

ook voor cliënten de mogelijkheid opende om klachten in te dienen over handelen in strijd met de gedragscode. Voorts had de wetgever in november 2005 reeds besloten tot vastlegging van een (publiekrechtelijke) verplichting voor aanbieders om zich te onthouden van met het oog op het voorkomen van overkreditering onverantwoorde overeenkomsten (art. 51 lid 2 Wet op de financiële dienstverlening, in werking getreden op 1 januari 2006, nadien vervangen door art. 3:34 lid 2 Wet op het financieel toezicht). In het licht van dit een en ander moet worden aangenomen dat ook in november 2005 gold dat een aanbieder van krediet die naliet de kredietwaardigheid van een (potentiële) cliënt serieus te onderzoeken of naliet om aan een uit zodanig onderzoek blijkend gevaar van overkreditering passende gevolgen te verbinden, in strijd handelde met zijn bijzondere zorgplicht jegens de cliënt.

- 5.3.4 Aan het bestaan van een bijzondere zorgplicht als hiervoor overwogen doet niet af dat een kredietovereenkomst als door belanghebbende gesloten, geen ingewikkeld product vormt en de afnemers van een dergelijk krediet vooraf geïnformeerd worden over de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Weliswaar waren de verplichtingen als zodanig ook in dit geval voor belanghebbende zelf vooraf te overzien, maar dat geldt niet in dezelfde mate voor zijn eigen financiële draagkracht en derhalve voor de vraag in hoeverre zijn financiële omstandigheden het aanvaarden van die verplichtingen onverantwoord maakten. Op dat punt rustte op de bank dan ook een bijzondere zorgplicht, die ertoe strekte belanghebbende te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.
- 5.3.5 In de gegeven omstandigheden was het onzorgvuldig van de bank om, op grond van een te hoge berekening van de draagkracht van belanghebbende, aan belanghebbende tot een bedrag van € 54.100,- krediet te verlenen. Met de Geschillencommissie is de Beroepscommissie daarom van oordeel dat de bank in beginsel gehouden is de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.
- 5.4.1 De bank heeft betoogd dat belanghebbende een eigen verantwoordelijkheid heeft om te voorkomen dat hij te hoge financiële lasten aangaat en heeft in dat verband een beroep gedaan op art. 6:101 BW. De bank meent dat belanghebbende daarom in elk geval de gehele hoofdsom zal moeten terugbetalen. Belanghebbende heeft bestreden dat van eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW sprake is.
- 5.4.2 De Beroepscommissie is met de bank van oordeel dat op belanghebbende een eigen verantwoordelijkheid rustte ter voorkoming van overkreditering. Het was aan belanghebbende immers duidelijk dat hij door het sluiten van de overeenkomst met de bank aanzienlijke financiële verplichtingen aanging, zowel in de vorm van rente gedurende de looptijd van de overeenkomst, als in de vorm van aflossing van de hoofdsom aan het eind van de overeenkomst. Om die reden is een verdeling van de schade aangewezen. Uitgangspunt bij toepassing van art. 6:101 BW is een verdeling in evenredigheid met de mate waarin de aan de bank respectievelijk aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Deze maatstaf geeft

geen aanleiding voor een andere dan gelijke verdeling van de schade. Belanghebbende behoefde echter niet in dezelfde mate als de bank zich ervan bewust te zijn dat de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zijn financiële draagkracht te boven zouden gaan. Op grond hiervan dient een andere verdeling van de schade plaats te vinden en wel aldus dat de bank 60% van de schade dient te vergoeden en 40% van de schade voor rekening van belanghebbende blijft. Dit resultaat is ook in overeenstemming met de billijkheid, bedoeld aan het slot van art. 6:101 lid 1 BW, en sluit aan bij hetgeen de Hoge Raad als uitgangspunt heeft geformuleerd voor de verdeling van schade tussen aanbieders en afnemers van effectenlease-overeenkomsten in gevallen dat de aanbieder heeft moeten begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen van de overeenkomst voor de afnemer een onverantwoord zware last vormen (HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, r.o. 5.7). Hiermee verwerpt de Beroepscommissie derhalve het verweer dat belanghebbende in elk geval de gehele hoofdsom dient terug te betalen.

- 5.5.1 De bank heeft zich er nog op beroepen dat het in november 2005 aan belanghebbende uitgekeerde bedrag van € 5.100,- waarmee de lening het eerdere krediet overtrof, dient te worden beschouwd als een voordeel dat belanghebbende ten gevolge van de overkreditering heeft genoten. Dit voordeel dient, aldus de bank, op de voet van art. 6:100 BW te worden verrekend met de op de bank rustende vergoedingsplicht.
- 5.5.2 De Beroepscommissie volgt de bank hierin niet. Belanghebbende heeft het bedrag van € 5.100,- in november 2005 of kort nadien besteed aan gewone huishoudelijke kosten. Op dat moment bestond er voor belanghebbende geen reden om het geleende bedrag niet consumptief aan te wenden, omdat hij toen nog niet voorzag (of had behoren te voorzien) dat hij zijn betalingsverplichtingen jegens de bank niet zou kunnen volhouden. De financiële kwetsbaarheid van belanghebbende werd hem, als gevolg van de omstandigheid dat de bank haar bijzondere zorgplicht verzaakte, pas veel later duidelijk. Nu het aldus aan de bank te wijten is dat het ontvangen bedrag niet meer in het vermogen van belanghebbende aanwezig is, acht de Beroepscommissie het niet redelijk om dit voordeel als een te verrekenen voordeel in aanmerking te nemen.
- 5.6.1 Ten slotte heeft de bank zich erop beroepen dat belanghebbende door het bedrag van € 5.100,- dat hem in november 2005 is uitgekeerd, ongerechtvaardigd is verrijkt. Ook deze grief van de bank faalt. Voor zover al geoordeeld kan worden dat belanghebbende door de ontvangst van het uitgekeerde bedrag ongerechtvaardigd is verrijkt, kan dit ingevolge art. 6:212 lid 1 BW slechts aanleiding geven tot een verplichting tot vergoeding voor zover dit redelijk is. In aansluiting op hetgeen hiervoor in 5.5.2 is overwogen met betrekking tot voordeelverrekening, is de Beroepscommissie van oordeel dat ook een verplichting tot vergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking in de gegeven omstandigheden niet redelijk is.

6. Slotsom

- 6.1 De Beroepscommissie komt tot de slotsom dat de bestreden beslissing in zoverre juist is, dat de lening in november 2005 niet verstrekt had mogen worden, doch dat zij onjuist is voor zover daaraan de gevolgtrekking is verbonden dat de bank gehouden is tot vergoeding van de volledige schade die belanghebbende door de verhoging van het krediet met € 5.100,- heeft geleden. Van die schade is een deel (40%) naar het oordeel van de Beroepscommissie toe te rekenen aan belanghebbende.
- 6.2 Op grond van het bepaalde in artikel 5.3 van het Reglement Beroepscommissie dient de bank echter volledig te voldoen aan hetgeen de Geschillencommissie haar bij bindend advies heeft opgedragen ter zake van creditering van belanghebbende alsmede ter zake van vergoeding van diens kosten.

7. Beslissing

De Beroepscommissie:

- beslist dat het beroep slaagt als voormeld;
- verstaat dat de bank verplicht is de door belanghebbende in verband met het hoger beroep gemaakte kosten van rechtsbijstand te vergoeden.