Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-307
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. dr. D.P.C.M. Hellegers, mr. T.I. van Bommel-Scheffer, leden mr. L.T.A. van Eck, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 9 november 2018
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Cooperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 6 april 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument klaagt over overkreditering ten aanzien van de verstrekking van een geldlening in 1999 alsmede in 2007. De Commissie concludeert in beide gevallen dat het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW slaagt, waardoor niet wordt toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling. Verder klaagt Consument over de hypotheekadviezen uit 1999 en 2007. In deze klachtprocedure is niet komen vast te staan dat deze hypotheekadviezen onjuist en onvolledig waren. De Bank heeft de op haar rustende doorlopende zorg- en informatieverplichting niet geschonden. De vordering tot vergoeding van kosten van rechtsbijstand, kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en reiskosten wordt afgewezen. De klacht is ongegrond.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het namens Consument (digitaal) ingediende klachtformulier, met bijlagen;
- het verweerschrift en de aanvulling daarop van de Bank, met bijlagen;
- de repliek en de aanvulling daarop namens Consument, met bijlagen;
- de dupliek van de bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 11 februari 2020 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft de Bank in 1999 benaderd voor een financiering van een nog te bouwen woning.

De Bank heeft op 20 mei 1999 een hypotheekofferte aan Consument en zijn echtgenote uitgebracht, waarin een Opmaat hypotheek voor een bedrag van NLG 1.140.000,- met daaraan gekoppeld een OpMaat Verzekering werd geoffreerd. Consument en zijn echtgenote zijn met die offerte akkoord gegaan. De Bank heeft de hypothecaire geldlening (hierna: de geldlening) aan Consument en zijn echtgenote verstrekt.

2.2 In 2007 heeft de Bank een aflossingsvrije geldlening van € 70.000,- aan Consument en zijn echtgenote verstrekt (hierna: de verhoging). De verhoging is in 2015 geheel afgelost.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot betaling van € 362.017,-. Dit bedrag bestaat uit € 181.783,- voor overkreditering en € 180.234,- voor overige schadeposten.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Zowel ten aanzien van de verstrekking van de geldlening in 1999 als de verhoging in 2007 was sprake van overkreditering. De hypotheekadviezen in 1999 en 2007 waren onjuist en onvolledig. Consument wil inzicht in de door de Bank ontvangen doorlopende provisie. Consument vordert de kosten voor rechtsbijstand, kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en reiskosten (van € 4.500,- en € 234,-).

Verweer van de Bank

3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Consument heeft initieel een klacht tegen de Bank én een klacht tegen Interpolis aanhangig gemaakt. De klacht tegen Interpolis zag op de wijze waarop de OpMaat Verzekering heeft gefunctioneerd. Hieronder vallen onder meer de rendementen op de gelden, het hefboom- en inteereffect en de kosten. Consument en Interpolis zijn tot een oplossing gekomen, waarna dat klachtdossier is afgesloten. Deze klachtprocedure is gericht tegen de Bank. In deze uitspraak wordt alleen ingegaan op de tegen de Bank gerichte vorderingen en de daaraan ten grondslag liggende stellingen.

Overkreditering in 1999

4.2 De Bank heeft in 1999 een geldlening aan Consument en zijn echtgenote verstrekt. Volgens Consument was sprake van overkreditering. Alvorens de Commissie ingaat op de meest verstrekkende verweren van de Bank, te weten de beroepen op de klachtplicht en verjaring, ziet zij (met het oog op de uitvoerige stellingen van Consument op dit punt) aanleiding eerst het beoordelingskader voor dit klachtonderdeel te schetsen.

4.3 In 1999 bestond nog geen specifieke regelgeving ter voorkoming van overkreditering bij een hypothecair krediet. Op de Bank rustte wel een bijzondere zorgplicht uit hoofde van haar maatschappelijke functie. Die zorgplicht gold zowel in de contractuele verhouding met consumenten als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze (civielrechtelijke) zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd.

4.4 Om van een onverantwoorde kredietverstrekking uit te kunnen gaan, had het voor de Bank duidelijk moeten zijn dat consumenten in ernstige (financiële) problemen konden komen. Een Bank is (als ter zake kundige) in de regel beter dan consumenten in staat de kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of consumenten in staat zullen zijn de lasten van de kredietverstrekking te (blijven) dragen. De bijzondere zorgplicht van de Bank toentertijd bracht mee dat de Bank voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van hypothecaire krediet inlichtingen diende in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie om overkreditering van consumenten te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen.

4.5 Indien uit het onderzoek van de Bank bleek dat consumenten de aan de geldlening verbonden lasten niet (geheel) uit hun inkomen zou kunnen voldoen, diende de Bank na te gaan of consumenten de lasten voor het overige met voldoende zekerheid zou kunnen en willen voldoen uit hun vermogen. In dat geval diende rekening te worden gehouden met inteereffecten. Als de geleende gelden zouden worden belegd, en de opbrengst van die beleggingen nodig was om aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van het krediet te voldoen, diende de Bank naast de veronderstelde opbrengsten ook de risico's van de belegging in haar onderzoek te betrekken. De zorgplicht van de Bank om te waken tegen overkreditering bracht verder mee dat de Bank consumenten over de resultaten van haar onderzoek diende te informeren op een zodanige wijze dat de consument kon beoordelen of hij de verplichtingen uit de kredietovereenkomst zou kunnen (blijven) dragen.

Bovendien diende de Bank Consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was, daarop te wijzen, en hem voor het daaraan verbonden risico te waarschuwen. Daarbij komt het aan op de destijds geldende inzichten over verantwoorde kredietverstrekking. Vergelijk Hoge Raad 16 juni 2017 ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.1.-4.2.9.

4.6 De overwegingen **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** tot en met 4.5 schetsen de maatstaf die de Commissie hanteert om te beoordelen of sprake was van overkreditering in 1999. Deze maatstaf dient te worden ingevuld op basis van de omstandigheden van het geval. Dat betekent dat Consument dient te onderbouwen op basis waarvan hij tot overkreditering komt en de Bank hier dan vervolgens gemotiveerd op dient te reageren.

4.7 De Bank brengt naar voren dat zij de stukken over de hypotheekverstrekking (en het daaraan ten grondslag liggende advies) niet meer voorhanden heeft. Zij doet een beroep op artikel 6:89 BW, waarin is opgenomen dat Consument zich binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek in de prestatie (hier overkreditering) heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken moet beklagen. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende klachtplicht acht te worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval. Daarbij is ook van belang of de Bank nadeel lijdt door het late tijdstip waarop Consument heeft geklaagd. (zie HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600). De Bank valt voor het niet meer voorhanden hebben van de relevante stukken geen rechtens relevant verwijt te maken. De bewaartermijn van dergelijke stukken bedraagt immers zeven jaar en die termijn was in 2006 reeds verstreken. Zie daarvoor onder meer artikel 2:10 lid 1 en 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en Commissie van Beroep Kifid, nr. 2018-012. De Bank is geschaad in haar bewijspositie door het late klagen van Consument en haar valt daarvan geen verwijt te maken. Daarbij is van belang dat Consument veel eerder had kunnen en moeten klagen over de gestelde overkreditering. Partijen zijn in 2006 en 2007 uitvoerig in gesprek geweest over het risico van de hypotheekconstructie, te weten het mogelijk niet halen van de beoogde eindkapitalen. Consument heeft toen niet geklaagd over de overkreditering in 1999, maar heeft zijn geldlening juist verhoogd. Had hij toen wél geklaagd, waren de stukken over de hypotheekverstrekking waarschijnlijk nog wel voorhanden geweest.

4.8 Het beroep op artikel 6:89 BW van de Bank slaagt. De Commissie kan dit klachtonderdeel daarom verder niet inhoudelijk beantwoorden.

Overkreditering in 2007

4.9 Consument richt zijn beroep op overkreditering ook op de verhoging in 2007. Het voor dat klachtonderdeel relevante beoordelingskader verschilt van het hiervoor geschetste beoordelingskader voor de gestelde overkreditering in 1999 en wordt hierna uiteen gezet.

4.10 Op 1 januari 2006 heeft de wetgever een zorgplicht in de wet geïntroduceerd, die kredietverstrekkers ertoe verplicht te waken voor overkreditering (artikel 51 Wet financiële dienstverlening (Wfd)). Met overkreditering wordt de situatie bedoeld waarin aan consumenten een krediet wordt verstrekt waarvan deze gezien zijn financiële situatie de lasten niet kan (blijven) dragen. De zorgplicht om te waken voor overkreditering verplicht geldverstrekkers ertoe voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst met consumenten inlichtingen in te winnen met betrekking tot hun inkomens- en vermogenspositie zodat overkreditering wordt voorkomen. Zie Hoge Raad 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.6. Deze verplichting vindt haar oorsprong in de opvatting dat de verstrekker van hypothecair krediet in de regel beter in staat wordt geacht dan kredietvragende consumenten om de gevolgen van de kredietverstrekking te overzien, en om te beoordelen of consumenten in staat zullen zijn en blijven de lasten van dat krediet te dragen. Tot welke verplichtingen deze zorgplicht leidt, dient naar vast oordeel van de Commissie te worden beoordeeld op basis van de wet- en regelgeving en de inzichten ten tijde van verstrekking of in dit geval de verhoging van de geldlening.

4.11 Ten tijde van de verhoging van het verstrekking van het hypothecair krediet aan Consument in 2007 was deze zorgplicht inmiddels wettelijk verankerd in artikel 4:34 Wet op het financieel toezicht (Wft) dat artikel 51 Wfd had vervangen. Daarnaast waren normen voor verantwoorde kredietverstrekking opgenomen in zelfregulering, te weten de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2007 (GHF). De normen uit die gedragscode worden als minimumnormen gehanteerd voor beantwoording van de vraag of sprake is van overkreditering. Zie Rb. Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBOT:2011:BQ3835. Tot slot kunnen kredietverstrekkers interne verstrekkingsnormen hanteren. Hierin worden onder meer regels gegeven voor de financieringen die op basis van artikel 6 lid 6 GHF mogen worden verstrekt. Daarbij wordt in afwijking van de door NIBUD vastgestelde woonlastpercentages een hoger maximumpercentage van het bruto-inkomen toegestaan dat aan hypotheeklasten mag worden besteed. Partijen verschillen ook van mening over de vraag of de GHF daadwerkelijk van toepassing is op het verstrekken van de geldlening in 2007. Omdat het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW (zie 4.12 en 4.14) is geslaagd, kan beantwoording van deze vraag achterwege blijven.

4.12 Of vervolgens sprake is van overkreditering, dient te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Consument zal de overkreditering daarbij dienen te onderbouwen, waarna de Bank daar gemotiveerd op dient te reageren.

4.13 Ook ten aanzien van de door Consument gestelde overkreditering in 2007, brengt de Bank naar voren dat zij de stukken over de hypotheekverstrekking (en het daaraan ten grondslag liggende advies) niet meer voorhanden heeft. Zij doet een beroep op artikel 6:89 BW. De Commissie verwijst naar haar eerdere overwegingen in 4.7. De Bank heeft de relevante stukken niet meer voorhanden en ook ten aanzien van het hypotheekadvies uit 2007 geldt dat haar daarvan geen verwijt valt te maken. De bewaartermijn van zeven jaar is in 2014 verstreken. De Bank is geschaad in haar bewijspositie door het late klagen van Consument en haar valt daarvan geen verwijt te maken. Ook voor de gestelde overkreditering in 2007 had Consument *eerder kunnen en moeten klagen*. Vanaf 2010 spreken partijen over de geldlening en de betaalbaarheid daarvan, mede door een aanbeveling van de Ombudsman over de OpMaat Hypotheek. Weliswaar heeft Consument de Bank op 23 oktober 2011 een aansprakelijkheidsstelling gestuurd voor gebrekkige dienstverlening, maar die brief wordt door Consument op geen enkele wijze opgevolgd of nader gespecificeerd. In de jaren daarna hebben partijen meerdere malen contact zonder dat Consument refereert aan de aansprakelijkheids-stelling. Dan dient Consument in 2018 een klacht in. Het tijdsverloop tussen het contact in 2010 en de uiteindelijke klacht in 2018 is dermate lang, dat de Bank niet meer van een klacht hoefde uit te gaan.

4.14 Ook hier slaagt het beroep op artikel 6:89 BW van de Bank. De Commissie komt ook bij dit klachtonderdeel niet aan de inhoudelijke beoordeling toe.

Onjuiste hypotheekadviezen in 1999 en 2007

4.15 Het derde klachtonderdeel van Consument betreft de door de Bank verstrekte hypotheekadviezen in 1999 en 2007. De geadviseerde hypotheekconstructie zou niet aansluiten bij de risicowens van Consument en de Bank zou de financiële situatie van Consument (toen en op langere termijn) onvoldoende hebben geïnventariseerd en geanalyseerd. Ook zou de Bank slechts één hypotheekvoorstel hebben voorgelegd aan Consument.

4.16 Bij de beoordeling van de juistheid en volledigheid van een hypotheekadvies geldt als uitgangspunt dat een adviseur jegens consumenten de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. De adviseur dient te beschikken over de nodige deskundigheid en vakkennis, hij dient de financiële belangen van consumenten naar beste weten te behartigen en bij de advisering de nodige

zorgvuldigheid te betrachten.
Hij is daarbij gehouden informatie in te winnen bij consumenten omtrent hun kennis en ervaring, wensen, doelen, risicobereidheid en mogelijkheden om zich ervan te verzekeren dat de door hem verstrekte adviezen aansluiten bij de wensen en mogelijkheden van consumenten. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag ook worden verwacht dat hij consumenten zodanig informeert over de aard van het product en de risico's van hun keuzes, dat consumenten vóór het sluiten van een (verhoging van een) hypothecaire geldlening een weloverwogen beslissing kunnen nemen (zie Geschillencommissie 2014-411 en 2017-680).

4.17 Of de hypotheekadviezen in 1999 én 2007 juist en volledig zijn geweest is afhankelijk van het verloop en de inhoud van het adviestraject. Het adviestraject is door het tijdsverloop echter niet meer te reconstrueren. Consument heeft enkele adviesdocumenten overgelegd. Op basis van die documenten kan de Commissie niet vaststellen of de hypotheekadviezen aansloten bij de wensen en mogelijkheden van Consument toentertijd en of de Bank Consument volledig heeft voorgelicht over de hypotheek-constructie(s) en de daarmee samenhangende risico's. De Bank kan de volledige advies-dossiers niet meer overleggen en is daartoe ook niet gehouden. De bewaartermijn van dergelijke stukken bedraagt immers zeven jaar en is voor beide adviesmomenten inmiddels verstreken. Dit maakt dat niet is komen vast te staan dat de hypotheek-adviezen in 1999 en 2007 onjuist en onvolledig waren. Als Consument slechts één hypotheekconstructie voorgesteld zou hebben gekregen, hetgeen niet is komen vast te staan, betekent dit niet dat het hypotheekadvies onjuist was. Dat hangt af van onder meer de door Consument toentertijd uitgesproken financierings- en risicowensen, de geldende (financiële) mogelijkheden en hetgeen partijen hierover hebben besproken. Juist over die onderwerpen bestaat geen volledig beeld.

4.18 Gelet op voornoemde overwegingen is niet komen vast te staan dat de hypotheek-adviezen uit 1999 en 2007 onjuist en onvolledig waren. Dit klachtonderdeel is ongegrond.

Doorlopende zorg- en informatieplicht

4.19 Consument stelt gedurende de looptijd van de geldlening (en verhoging) niet door de Bank te zijn geïnformeerd over de status en de risico's van die geldlening. Uit de door partijen overgelegde stukken leidt de Commissie echter een ander beeld af. Consument ontving met enige regelmaat brieven van de Bank over de stand van zaken van zijn geldlening. In de overgelegde brieven wordt verder melding gemaakt van tussen partijen gevoerde gesprekken en daarop volgende voorstellen voor gewijzigde risicoprofielen. De brieven wijzen op de mogelijkheid dat het beoogde vermogen niet wordt behaald. Consument erkent ook dat op terugkerende basis gesprekken tussen partijen

plaatsvonden.
Bovendien stond het Consument vrij in contact te treden met de Bank bij vragen of onduidelijkheden. De Commissie komt op basis van de door partijen ingediende stukken tot de conclusie dat Consument doorlopend is geïnformeerd door de Bank. Zij komt tot de conclusie dat de Bank de op haar rustende doorlopende zorg- en informatie-verplichting niet heeft geschonden. Dit klachtonderdeel is ongegrond.

Provisie

4.20 Consument verzoekt om inzicht in de door de Bank ontvangen provisie en ander inkomsten. Deze klacht heeft geen directe relatie met de vordering tot schadevergoeding van Consument. Bovendien is deze klacht voor het eerst bij pleidooi door Consument naar voren gebracht en daarmede te laat om in deze procedure nog inhoudelijk behandeld te worden. De Commissie gaat dan ook aan dit klachtonderdeel voorbij.

Kosten voor rechtsbijstand, kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en reiskosten

4.21 Consument vordert kosten voor rechtsbijstand in verband met het aanhangig maken van de klacht en de klachtbehandeling. Nu de vorderingen van Consument worden afgewezen en de Commissie geen andere gronden aanwezig acht om tot een kostenveroordeling over te gaan, wordt deze vordering afgewezen (artikel 38.11 Reglement).

4.22 Consument vordert verder kosten voor de vaststelling van schade en aansprakelijkheid. De kosten van een gemachtigde van Consument in het voortraject ter incasso van de vorderingen kunnen in aanmerking komen voor vergoeding. Daarvoor is wel vereist dat de vorderingen van Consument worden toegewezen (artikel 6:96, aanhef en sub c Burgerlijk Wetboek). Nu hiervan geen sprake is, komen deze kosten ook niet voor toewijzing in aanmerking.

4.23 Voor een veroordeling tot het vergoeden van de reiskosten kent het Reglement geen grondslag, zodat deze zullen worden afgewezen (Geschillencommissie Kifid 2020-117).

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.