

**Einduitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0423
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, mr. A.P. Luitingh, A.E. Tevel, leden en
mr. S. Brugts, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 4 mei 2020
Ingediend door : De consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak : 7 mei 2021
Aard uitspraak : Bindend advies
Uitkomst : Vordering gedeeltelijk toegewezen

Samenvatting

Zorgplicht. Overkreditering. De bank heeft in 2010 een hypothecaire geldlening aan de consument verstrekt. De consument heeft zich op het standpunt gesteld dat hierbij sprake was van overkreditering. De bank heeft dat betwist. De commissie heeft in een tussenuitspraak geoordeeld dat er sprake was van overkreditering, maar dat de consument voor een deel zelf heeft bijgedragen aan de schade ('eigen schuld'). De schade blijft daarom voor de helft voor rekening en risico van de consument en de andere helft moet door de bank worden gedragen. Ten gevolge op de tussenuitspraak van de commissie, waarin partijen in de gelegenheid zijn gesteld om zich nader uit te laten over de schade die de consument heeft geleden als gevolg van de overkreditering door de bank, wordt in deze einduitspraak de schade bepaald.

1. De procedure

- 1.1 De commissie beslist volgens haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat hierbij om: 1) de tussenuitspraak van de commissie van 9 februari 2021 met nummer 2021-0135; 2) de reactie van de consument op de tussenuitspraak van de commissie en 3) de reactie van de bank op de tussenuitspraak van de commissie en de reactie van consument.
- 1.2 De commissie heeft in de tussenuitspraak al vastgesteld dat de einduitspraak in deze procedure bindend is. Dat betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Voor een omschrijving van het geschil tussen partijen en de beoordeling daarvan verwijst de commissie naar haar tussenuitspraak van 9 februari 2021 met het nummer 2021-0135 (hierna: de tussenuitspraak).

3. De verdere beoordeling

De tussenuitspraak

3.1 In de tussenuitspraak heeft de commissie vastgesteld dat de bank een hypothecaire geldlening van € 264.000,- aan de consument heeft verstrekt en dat de betaling door de ouders aan de consument van een bedrag van € 213.958,48 een *lening* was en geen *schenking*. Verder heeft de commissie de partijen in de tussenuitspraak in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over de door de bank aan de consument te vergoeden schade wegens het toerekenbaar tekortschieten van de bank in haar zorgplicht ten opzichte van de consument om overkreditering te voorkomen.

De reactie van de consument op de tussenuitspraak

3.2 In zijn reactie op de tussenuitspraak heeft de consument betoogd dat de bank hem een hypothecaire geldlening van € 282.000,- heeft verstrekt en dat het bedrag dat de bank maximaal aan hem had *mogen* verstrekken, rekening houdend met de lasten die zouden voortvloeien uit de geldleningovereenkomst met zijn ouders, € 38.317,72 bedraagt. De overkreditering door de bank bedraagt daarmee volgens de consument € 243.682,28 (€ 282.000,- minus € 38.317,72). De consument heeft toegelicht dat hij over dit bedrag vanaf het moment van de verstrekking van de hypothecaire geldlening door de bank tot en met 31 januari 2018 € 83.113,02 rente heeft betaald. De renteschade die voor vergoeding door de bank in aanmerking komt, bedraagt daarmee volgens de consument € 41.556,51 (50% van € 83.113,02).

3.3 De consument heeft in zijn reactie op de tussenuitspraak verder aangevoerd dat hij als gevolg van de waardevermindering van de woning waarop het hypotheekrecht van de bank rust € 80.324,50 schade zal lijden, waarvan € 40.162,25 (50%) voor rekening van de bank dient te komen. Daarnaast heeft de consument aangevoerd dat hij na het ontstaan van een restschuld € 4.436,10 schade zal lijden, waarvan de bank € 2.218,05 (50%) moet vergoeden. Daarnaast komen volgens de consument een schadepost van € 3.038,10 ter zake van door de consument gemaakte buitengerechtelijke kosten en een schadepost van € 2.703,11 ter zake van wettelijke rente voor vergoeding door de bank in aanmerking. De som van deze schadeposten bedraagt € 48.121,51.

3.4 Op basis van het voorgaande bedraagt de omvang van zijn schade volgens de consument € 89.678,02 (€ 41.556,51 plus € 48.121,51).

De reactie van de bank op de tussenuitspraak

3.5 In haar reactie op de tussenuitspraak heeft de bank het standpunt ingenomen dat de bank aan de consument een hypothecaire geldlening van € 264.000,- heeft verstrekt.

Als de bank ervan was uitgegaan dat de geldlening van de ouders aan de consument geen *schenking* maar een *lening* betrof, dan zou de consument een leencapaciteit hebben gehad van € 212.018,42, gebaseerd op het vaste inkomen van de consument op het moment van verstrekking. In deze situatie – die volgens de bank hypothetisch is – zou er sprake zijn van een overkreditering van € 264.000,-. Het totaal van de rentelasten over het overgekrediteerde deel van de hypothecaire geldlening over de periode 29 oktober 2010 tot en met 31 januari 2018 komt daarmee volgens de bank uit op € 89.958,- (87 maanden á € 1.034,-). Op dat bedrag dient volgens de bank nog het fiscale voordeel dat de consument in verband met renteaftrek heeft genoten, in mindering te worden gebracht. Het bedrag dat dan resteert dient volgens de bank te worden verminderd met 50% vanwege de eigen schuld aan de zijde van de consument.

- 3.6 Op grond van het voorgaande bedraagt de omvang van de schade van de consument volgens de bank € 44.979,- (50% van € 89.958,-), te verminderen met het belastingvoordeel dat de consument heeft genoten.
- 3.7 De bank heeft verder betoogd – kort samengevat – dat de door de consument aangevoerde schadeposten ‘waardevermindering’ en ‘restschuld’ niet voor vergoeding door de bank in aanmerking komen. Voor zover de commissie aanleiding mocht zien voor toewijzing van een vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten, is volgens de bank hooguit aanleiding voor de vergoeding van één procespunt.

De omvang van de schade

- 3.8 In de tussenuitspraak heeft de commissie vastgesteld dat de bank aan de consument een hypothecaire geldlening van € 264.000,- heeft verstrekt. Zie hiervoor onder 3.1. Alhoewel ten gevolge van de handhaving van de bestaande aflossingsvrij lening van € 18.000,- de totale schuld van de consument aan de bank € 282.000,- bedraagt (zie tussenuitspraak onder 2.9), zal de commissie uitgaan van de verstrekking aan de consument van een hypothecaire geldlening van € 264.000,-. De bank heeft erkend dat *dat* bedrag – uitgaande van het oordeel van de commissie in de tussenuitspraak – op basis van de leencapaciteit van de consument ten tijde van de verstrekking (€ 212.018,42) volledig moet worden beschouwd als overkreditering. Dat zal de commissie dan ook als uitgangspunt overnemen. Met de geldlening van € 213.958,48 van zijn ouders heeft de consument de leencapaciteit van € 212.018,42 volledig ‘opgesoupeerd’. Verder heeft de bank berekend dat het totaal van de rentelasten over het overgekrediteerde deel van de hypothecaire geldlening over de periode 29 oktober 2010 tot en met 31 januari 2018 € 89.958,- bedraagt. Dat bedrag heeft de consument naar het oordeel van de commissie aan schade geleden als gevolg van de overkreditering. Met inachtneming van haar tussenuitspraak komt de helft van dit bedrag, te weten € 44.979,-, voor vergoeding door de bank in aanmerking. Dat bedrag zal de commissie toewijzen. De andere helft blijft voor rekening van de consument.

Het belastingvoordeel van de consument

3.9 De bank heeft het standpunt ingenomen dat het belastingvoordeel dat de consument heeft genoten in de vorm van renteaftrek, op de schade in mindering moet worden gebracht. Dat standpunt faalt. De door de bank in deze zaak aan de consument te vergoeden schade is één-op-één gekoppeld aan de rente die de consument in het verleden van zijn inkomen heeft afgetrokken. De consument zal de schadevergoeding in het jaar waarin hij deze van de bank ontvangt, bij zijn inkomen in box I moeten optellen. De commissie houdt het ervoor dat de Belastingdienst de renteschade zal aanmerken als *correctie* op de eerder in aftrek gebrachte rente en dat de Belastingdienst die schadevergoeding dus als belastbare inkomsten zal aanmerken. De commissie zal de renteaftrek die de consument heeft genoten daarom niet in mindering brengen op de schade die de bank aan de consument moet vergoeden.

De schadeposten 'waardevermindering' en 'restschuld'

3.10 De consument heeft het standpunt ingenomen dat hij schade zal lijden als gevolg van waardevermindering van de woning waarop het hypotheekrecht van de bank rust en na het ontstaan van een restschuld. Deze schadeposten komen niet voor vergoeding in aanmerking. Zie hiervoor hetgeen de commissie onder 3.9 van de tussenuitspraak heeft opgemerkt.

De buitengerechtelijke incassokosten

3.11 Vervolgens komt de commissie toe aan de beoordeling van de vraag of de bank de buitengerechtelijke incassokosten aan de consument moet vergoeden. Volgens de *Vergoedingsregeling buitengerechtelijke incassokosten* van Kifid geldt dat toewijzing van een vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten uitsluitend mogelijk is, als is voldaan aan de 'dubbele redelijkheidstoets'. De eerste vraag van deze toets betreft de vraag of het redelijk was om kosten te maken voor buitengerechtelijke handelingen en welke buitengerechtelijke handelingen voor aparte vergoeding in aanmerking komen. De tweede vraag betreft de vraag of de omvang van de gemaakte of in rekening gebrachte kosten redelijk is. De commissie is van oordeel dat het redelijk was dat de consument buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt. Uit het klachtdossier blijkt dat de gemachtigde van de consument op 5 juni 2019 en op 1 augustus 2019 om betaling binnen twee weken heeft verzocht. In het midden kan blijven of de hoogte van de buitengerechtelijke kosten redelijk was, volgens de staffel van de *Vergoedingsregeling buitengerechtelijke incassokosten* van Kifid heeft de consument slechts recht op een lager bedrag dan hij gevorderd heeft. De commissie zal € 250,- aan buitengerechtelijke incassokosten toewijzen (tarief VI).

De wettelijke rente

3.12 De commissie zal de wettelijke rente over het toe te wijzen bedrag van € 44.979,- toewijzen vanaf 19 juni 2019, de datum waarop de bank in verzuim was, tot de dag der algehele voldoening.

Conclusie

3.13 De conclusie is dat de bank haar zorgplicht ten opzichte van de consument heeft geschonden doordat bij de hypotheekverstrekking sprake was van overkreditering. De bank zal de helft van de schade die de consument daardoor heeft geleden, aan de consument moeten vergoeden. De andere helft van de schade blijft voor rekening en risico van de consument. De bank zal ook de buitengerechtelijke incassokosten en de wettelijke rente aan de consument moeten vergoeden.

4. De beslissing

De commissie:

- beslist dat de bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, een bedrag van € 44.979,- aan de consument betaalt, met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 19 juni 2019 tot de dag der algehele voldoening;
- beslist dat de bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, een bedrag van € 250,- ter zake van buitengerechtelijke incassokosten aan de consument betaalt;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Wet op het financieel toezicht (Wft)

Artikel 4:34 Wft

1. Voor de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet, of een belangrijke verhoging van de kredietlimiet, dan wel de som van de bedragen die op grond van een bestaande overeenkomst inzake krediet aan de consument ter beschikking zijn gesteld, wint een aanbieder van krediet in het belang van de consument informatie in over diens financiële positie en beoordeelt hij, ter voorkoming van overkreditering van de consument, of het aangaan van de overeenkomst onderscheidenlijk de belangrijke verhoging verantwoord is.
2. De aanbieder gaat geen overeenkomst inzake krediet aan met een consument en gaat niet over tot een belangrijke verhoging van de kredietlimiet of de som van de bedragen die op grond van een bestaande kredietovereenkomst aan de consument ter beschikking zijn gesteld indien dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het eerste en tweede lid.

Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: BGfo)

Artikel 113 BGfo

1. Een aanbieder van krediet gaat met een consument geen overeenkomst inzake krediet aan waarvan het totale kredietbedrag meer dan € 1.000,- bedraagt, indien hij niet beschikt over voldoende schriftelijke of op een andere duurzame drager vastgelegde informatie aangaande de financiële positie van de consument om, ter voorkoming van overkreditering, te kunnen beoordelen of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is.
2. (...)
3. (...)

Gedragscode Hypothecaire Financiering 2008 (GHF)

Artikel 6 GHF

1. De hypothecair financier zal iedere aanvraag van een consument voor een hypothecaire financiering individueel beoordelen op basis van de financiële positie en de moraliteit van de consument en de waarde van de aangeboden zekerheden, waaronder het registergoed dat als zekerheid voor de terugbetaling van de hypothecaire financiering is of wordt verbonden. Bij de beoordeling van een aanvraag van een hypothecaire financiering zal de hypothecaire financier geen onderscheid maken op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, nationaliteit, geslacht, burgerlijke staat of sexuele geaardheid.

Voorts zal het enkele feit dat de hypotheccair te verbinden woning is gelegen in een bepaalde wijk of postcodegebied geen grond zijn om de aanvraag af te wijzen.

2. De hypotheccair financier zal bij het bepalen van de leencapaciteit van een consument die een hypotheccaire financiering aanvraagt rekening houden met huidige vaste en bestendige inkomsten, alsmede met toekomstige vrij voor de consument beschikbare inkomsten uit vermogen indien die redelijkerwijs te verwachten zijn. Onder vrij voor de consument beschikbare inkomsten uit vermogen worden verstaan inkomsten die de consument vrij kan besteden zonder dat de vermogensbron wordt aangetast. Voor het bepalen van vrij voor de consument beschikbare inkomsten uit vermogen zal de hypotheccair financier uitgaan van *ten hoogste* een door het Contactorgaan Hypotheccair Financiers vast te stellen percentage, thans vastgesteld op 3% van de waarde van het vermogen. Indien het rentepercentage voor een hypotheccaire financiering lager is dan genoemd percentage zal de hypotheccair financier voor het bepalen van vrij voor de consument beschikbare inkomsten uitgaan van *ten hoogste* het rentepercentage over de hypotheccaire financiering.
Als de hypotheccaire financiering wordt verstrekt aan meer consumenten mag de hypotheccair financier bij het bepalen van de leencapaciteit rekening houden met hun gezamenlijke inkomsten.
3. De hypotheccair financier zal het maximale bedrag van de bruto lasten verbonden aan een hypotheccaire financiering vaststellen op basis van actuele door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) te Utrecht vastgestelde woonlastpercentages. Als de hypotheccaire financiering wordt verstrekt aan meer consumenten zal het woonlastpercentage worden gebaseerd op de consument met de hoogste inkomsten.
4. De hypotheccair financier zal de leencapaciteit van een consument voor een hypotheccaire financiering met een rentevastperiode van korter dan tien jaar berekenen op basis van een door het Contactorgaan Hypotheccair Financiers vastgesteld percentage dat gebaseerd is op de marktrente over leningen aan de Nederlandse staat met een resterende looptijd van tien jaar, te verhogen met een door het Contactorgaan Hypotheccair Financiers vast te stellen opslag. Deze opslag wordt vooralsnog bepaald op 1 procentpunt. De hypotheccair financier mag bij het berekenen van de leencapaciteit van de consument ook een hoger toetsrentepercentage hanteren.
De hypotheccair financier zal de leencapaciteit van een consument voor een hypotheccaire financiering met een rentevastperiode van tien jaar of langer berekenen op basis van het rentepercentage dat de hypotheccair financier gedurende die rentevastperiode daadwerkelijk in rekening brengt.
Bij de bepaling van de leencapaciteit wordt – ongeacht de aflossingsvorm of de rentevastperiode van de hypotheccaire financiering – uitgegaan van ten minste de lasten behorende bij een 30-jarige annuïtaire lening.
5. Als een hypotheccaire financiering hoger is dan de marktwaarde bij onderhandse verkoop van het hypotheccair te verbinden of verbonden registergoed, zal de hypotheccair financier tijdig de consument daarop en op het daaraan verbonden risico van een restschuld wijzen en hem informeren over de gevolgen van een restschuld.

6. Een hypothecair financier mag in bijzondere gevallen bij het verstrekken van een hypothecaire financiering de hiervoor onder 2, 3 en 4 bedoelde normen overschrijden indien hij de consument tijdig in kennis heeft gesteld van die overschrijding en de consument jegens de hypothecair financier schriftelijk heeft verklaard dat de hypothecair financier hem heeft gewezen op de overschrijding van de normen en de daaraan verbonden risico's en dat hij die risico's begrijpt en accepteert. De hypothecair financier legt de overschrijding met de daaraan ten grondslag liggende motivering vast in het financieringsdossier van de consument.

Burgerlijk Wetboek (BW)

Artikel 6:98 BW

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

Artikel 6:101 BW

1. Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.
2. Betreft de vergoedingsplicht schade, toegebracht aan een zaak die een derde voor de benadeelde in zijn macht had, dan worden bij toepassing van het vorige lid omstandigheden die aan de derde toegerekend kunnen worden, toegerekend aan de benadeelde.