

behoudens opzet of grove schuld, beide toezicht-houders niet aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van – kort gezegd – uitoefening van een wettelijke taak of bevoegdheid. Art. 1:25d Wft is ook van toepassing op taakuitoefening op grond van de PW (art. 1:15 Wft).

mr. S.H. Kuiper en mr. J.A. Voerman
verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en
adviseur bij Van Doorne NV respectievelijk advo-
caat financieel recht bij Van Doorne NV

313

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
17 september 2013, zaaknr. 200.097.795,
ECLI:NL:GHARL:2013:6826
(mr. Steeg, mr. Croes, mr. Lock)
Noot mr. J.M. van Poelgeest

Kredietovereenkomst. Tussenpersoon heeft een hoger krediet verschaft dan de maximale kredietruimte toeliet en is daarmee jegens de kredietnemers tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Geen rechtsverwerking.

[BW art. 6:74, 6:89, 6:162]

Bij de beoordeling van de vraag of appellanten hebben voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval. Daarbij is ook van belang of Afab nadeel lijdt door het late tijdstip waarop appellanten hebben geklaagd. Het hof is van oordeel dat, zelfs als ervan zou moeten worden uitgegaan dat appellanten pas voor het eerst bij brief van 26 november 2009 hebben geklaagd over de op 29 oktober 2007 gesloten kredietovereenkomst, Afab zich in de gegeven omstandigheden niet met succes erop kan beroepen dat dit niet binnen bekwame tijd was. Afab heeft als tussenpersoon te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij appellanten een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbrak. Dat verschil in professionaliteit en deskundigheid brengt met zich dat appellanten toen zij in januari 2008 ontdekten dat het krediet ver boven hun kunnen was, niet zonder meer op de hoogte behoefden te zijn van een mogelijke schending van een zorgplicht door Afab. Evenmin behoefde deze omstandigheid voor appellanten zonder meer reden voor onderzoek te

zijn. Appellanten mochten in beginsel ervan uitgaan dat Afab de op haar rustende zorgplicht jegens hen zou naleven. Verder is van belang dat niet is komen vast te staan dat Afab door het tijdsverloop van twee jaar een dusdanig nadeel heeft geleden dat dit het voor appellanten ingrijpende rechtsgevolg van verval van al hun rechten ter zake van de tekortkoming rechtvaardigt. Grief 1 van appellanten begrijpt het hof aldus dat zij bezwaar maken tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat Afab niet heeft gehandeld als van een redelijk bekwame en redelijk handelende tussenpersoon verwacht kan worden, doordat Afab hem niet heeft ontraden de kredietovereenkomst aan te gaan. Het hof oordeelt als volgt. Afab heeft aan appellanten een hoger krediet verschaft dan de maximale kredietruimte toeliet. Dit had Afab, indien zij had voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, redelijkerwijze moeten weten en zij had appellanten vervolgens moeten ontraden de kredietovereenkomst in deze vorm te sluiten. Afab is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht en is aansprakelijk voor de daardoor voor appellanten ontstane schade. Grief 1 slaagt.

1. Appellant sub 1,
2. appellant sub 2,
appellanten,
advocaat: mr. M.J. Meijer,
tegen

Afab Geldservice BV,
geïntimeerde,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

Appellanten zullen hierna afzonderlijk worden aangeduid als [appellant sub 1] respectievelijk [appellante sub 2] en gezamenlijk als [appellanten] (mannelijk enkelvoud). Geïntimeerde zal worden aangeduid als Afab.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep
1.1. Ingevolge het tussenarrest van 22 januari 2013 heeft op 29 mei 2013 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Het van de comparitie opgemaakte proces-verbaal, dat met instemming van partijen en buiten hun aanwezigheid is opgemaakt, bevindt zich in afschrift bij de stukken, evenals de naar aanleiding van dit proces-verbaal gemaakte schriftelijke opmerkingen van partijen en de ten behoeve van de comparitie door het hof van [appellanten] op 19 maart 2013 ontvangen productie 3.

1.2. Partijen hebben tijdens de comparitie verklaard af te zien van fourneren.

1.3. Vervolgens heeft het hof arrest bepaald op het bij het hof reeds aanwezige procesdossier.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1. Het hof blijft bij hetgeen is overwogen en beslist in het onder 1.1 genoemde tussenarrest.

2.2. Voordat het hof aan beoordeling van de grieven toekomt, ligt het verweer van Afab dat [appellanten] in strijd met artikel 6:89 BW te laat heeft geklaagd, ter beoordeling voor.

2.3. Artikel 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit hoofde van overeenkomsten tot het bemiddelen in financiële producten als de onderhavige. Het beroep van [appellanten] ter comparitie in hoger beroep dat artikel 6:89 BW in deze toepassing mist, wordt daarom verworpen.

2.4. Bij de beoordeling van de vraag of [appellanten] heeft voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Daarbij is ook van belang of Afab nadeel lijdt door het late tijdstip waarop [appellanten] heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor [appellanten] ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin Afab is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in haar bewijspositie of een aantasting van haar mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.

2.5. Tijdens de comparitie in hoger beroep heeft [appellant sub 1] verklaard dat hij in januari 2008 begreep dat de op 29 oktober 2007 gesloten kredietovereenkomst ver boven zijn kunnen was. Vaststaat dat [appellanten] voor het eerst bij brief van 26 november 2009 schriftelijk heeft geklaagd over de dienstverlening van Afab. Partijen verschil-

len van mening over de vraag of [appellanten] voorafgaand aan de brief van 26 november 2009 ook telefonisch heeft geklaagd bij Afab, zoals [appellanten] heeft gesteld en Afab heeft betwist. Het hof is van oordeel dat dit in het midden kan blijven, omdat zelfs als ervan zou moeten worden uitgegaan dat [appellanten] voor het eerst bij brief van 26 november 2009 heeft geklaagd, Afab zich in de gegeven omstandigheden niet met succes erop kan beroepen dat dit niet binnen bekwame tijd was.

2.6. Afab heeft als tussenpersoon te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij [appellanten] een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbrak. [appellant sub 1] heeft immers ter comparitie in hoger beroep – onbestreden – verklaard dat hij een LBO-opleiding en vervolgens tijdens bedrijfstijd een MBO-opleiding heeft gevolgd en dat hij, voordat hij werd afgekeurd, als chauffeur werkzaam is geweest bij de gemeentereinigingsdienst. [appellante sub 2] heeft verklaard dat zij een MBO-opleiding heeft gevolgd en in een winkel onder meer als caissière heeft gewerkt. Dat verschil in professionaliteit en deskundigheid brengt met zich dat, anders dan Afab betoogt, [appellanten] toen hij in januari 2008 ontdekte dat het krediet ver boven zijn kunnen was, niet zonder meer op de hoogte behoefde te zijn van een mogelijke schending van een zorgplicht door Afab. Evenmin behoefde deze omstandigheid voor [appellanten] zonder meer reden voor onderzoek te zijn. [appellant sub 1] mocht in beginsel, zonder nadere feiten en omstandigheden die Afab niet heeft gesteld, ervan uitgaan dat Afab de op haar rustende zorgplicht jegens hem zou naleven.

2.7. Verder is van belang dat niet, althans onvoldoende is komen vast te staan dat Afab door het tijdsverloop van twee jaar een dusdanig nadeel heeft geleden dat dit het voor [appellanten] ingrijpende rechtsgevolg van verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming rechtvaardigt. De door Afab gestelde omstandigheden die erop neerkomen dat zij in haar (bewijs)positie wordt benadeeld, doordat ten gevolge van een enorme reorganisatie in september 2009 diverse bedrijfsgegevens verloren zijn gegaan en dat ook niet meer te achterhalen valt met welke adviseurs [appellanten] contact heeft gehad, zijn omstandigheden die alle in haar risicosfeer liggen. Bovendien heeft Afab, in het licht van haar stelling ter comparitie in hoger beroep dat zij geen andere financiële ge-

gevens van [appellanten] heeft ontvangen dan twee bankafschriften, een loonstrookje en een kopie van het identiteitsbewijs, niet onderbouwd welke (andere) gegevens zij nog zou hebben willen overleggen. Aldus heeft zij haar stelling dat zij nadeel heeft geleden onvoldoende concreet onderbouwd. Haar stelling dat zij, indien [appellanten] eerder zou hebben geklaagd eventueel eerder schadebeperkend had kunnen optreden, heeft Afab evenmin onderbouwd en is daarom onvoldoende concreet om daaraan het in 6:89 BW genoemde rechtsgevolg te verbinden. Het verweer van Afab wordt verworpen.

2.8. Grief 1 van [appellanten] begrijpt het hof aldus dat [appellanten] bezwaar maakt tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat Afab niet heeft gehandeld als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon verwacht kon worden, doordat Afab hem niet heeft ontraden de kredietovereenkomst aan te gaan. In het bijzonder verwijt [appellanten] Afab dat:

– Afab van een onjuist gezamenlijk netto inkomen van [appellanten] is uitgegaan, waarmee [appellanten] bezwaar maakt tegen het impliciete oordeel van de rechtbank dat Afab het gezamenlijk netto inkomen van [appellanten] – op basis van de toen vigerende voorwaarden – correct heeft berekend;

– Afab ten onrechte niet is uitgegaan van de reële vaste lasten van [appellanten], waarmee [appellanten] opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat Afab niet met andere lasten dan die zij in haar berekening heeft betrokken, rekening behoeft te houden en daarnaar ook geen nader onderzoek behoeft te doen.

Indien Afab rekening zou hebben gehouden met de juiste inkomensgegevens en deze reële vaste lasten, zou volgens [appellanten] zijn gebleken dat [appellanten] onvoldoende financieringsruimte had en zou Afab het aangaan van het krediet hebben moeten ontraden.

2.9. In zijn memorie van grieven stelt [appellanten] dat Afab had moeten uitgaan van de volgende maandelijks vaste kosten:

- werkelijke termijn hypotheek ASR: € 616,66
- verschuldigde termijn DSB € 273,48
- levensverzekering Reaal € 97,69
- levensverzekering ASR € 60,-
- kosten voor een combiketel € 11,04
- zorgkosten € 228,14.

2.10. Nu Afab gemotiveerd verweer heeft gevoerd tegen deze stellingen en een deel van voornoemde posten, gaat het hof ervan uit dat ook Afab deze grief aldus heeft verstaan.

2.11. Ten aanzien van de vraag of Afab in strijd met een op haar op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld, stelt het hof voorop dat op Afab als bemiddelaar en bij uitstek professioneel en deskundige tussenpersoon bij een kredietovereenkomst, een zorgplicht rustte die in ieder geval met zich bracht dat zij naar behoren onderzoek zou doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van [appellanten] en dat zij hem, indien een door hem voorgenomen kredietovereenkomst niet zou passen bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zou waarschuwen voor eventuele risico's en zou ontraden de kredietovereenkomst in deze vorm te sluiten. Deze plicht strekt mede ter bescherming van [appellanten] met hun in rechtsoverweging 2.6 vermelde opleidings- en beroepsniveau, tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid.

2.12. [appellanten] heeft gemotiveerd (met verwijzing naar de berekening en inkomensgegevens in productie 4 van de inleidende dagvaarding) gesteld dat het gezamenlijk netto maandinkomen van [appellanten] niet het door Afab genoemde bedrag van € 1.915,- (1.749,- voor [appellant sub 1] en € 166,- voor [appellante sub 2]) maar € 1.868,- bedroeg. [appellanten] heeft daartoe verwezen naar het salarisstrookje van oktober 2007, waarop als netto inkomen € 1.383,28, staat en heeft een opsomming gemaakt van de vaste bedragen (de algemene heffingskorting toegekend aan [appellante sub 2], vakantietoelage, reiskostenvergoeding, belastingteruggave, dertiende maand en zorgtoelage) die hier maandelijks nog aan toegevoegd moeten worden. Afab heeft de juistheid van het salarisstrookje en voornoemde bedragen niet gemotiveerd betwist, maar heeft bij conclusie van antwoord volstaan met het overleggen van een berekening van het fictief netto inkomen door middel van een rekenprogramma. Nu Afab zich ook zelf op het standpunt stelt dat zij volgens haar eigen acceptatierichtlijnen en gedragscode diende uit te gaan van het gezamenlijk netto inkomen, valt, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat zij mocht uitgaan van het door haar berekende fictief gezamenlijk netto inkomen. Het hof zal daarom als ongemotiveerd betwist, uitgaan

van de juistheid van het door [appellanten] genoemde gezamenlijk netto maandinkomen van € 1.868,-.

2.13. Wat betreft de in aanmerking te nemen vaste lasten heeft [appellanten] zich onder andere op het standpunt gesteld dat Afab ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de maandelijkse verschuldigde termijn voor het krediet van circa € 55.000,- bij DSB van € 273,48 en premie levensverzekering bij Reaal van € 97,69. Tijdens de comparitie in hoger beroep heeft [appellanten] een toelichting op deze bedragen gegeven en verduidelijkt dat de rentelast na de actierente van € 127,09 gedurende de eerste 12 maanden opliep tot ongeveer € 231,- per maand (het bedrag van € 273,48 berust op een vergissing). Verder heeft hij toegelicht dat het in de memorie van grieven genoemde bedrag van € 97,69 terzake van een levensverzekering bij Reaal, een beleggingsverzekering betrof die was gekoppeld aan het krediet bij DSB. Deze verduidelijking en nadere toelichting komen overeen met de toelichting en berekening van [appellanten], overgelegd als productie 1 bij memorie van grieven. Verder heeft [appellanten] zijn in eerste aanleg naar voren gebrachte stelling dat Afab had moeten begrijpen dat die lage rente wel moest oplopen, tijdens die comparitie herhaald.

Nu Afab tijdens de comparitie geen inhoudelijk bezwaar heeft gemaakt tegen deze aanvulling c.q. verduidelijking van de stellingen in hoger beroep en daartegen zonder voorbehoud inhoudelijk verweer heeft gevoerd, zal het hof deze stellingen van [appellanten] en het verweer van Afab daartegen in zijn beoordeling betrekken.

2.14. Het hof oordeelt als volgt. Vaststaat dat Afab door middel van de door haar uitgevoerde BKR-toets bekend was met de hoogte van het bij DSB afgesloten krediet van € 55.532,-. Daarom was zij ermee bekend, althans diende zij redelijkerwijze bekend te zijn met het feit dat het door haar als uitgangspunt genomen rentetarief van € 127,09 ongeveer overeenkwam met een effectieve rente van 2,7-2,9%. Gelet op de hoogte van het krediet en het feit dat het hier een consumptief krediet betrof, had Afab redelijkerwijze moeten begrijpen dat dit een abnormaal lage rente betrof en dat de rentelasten nog zouden oplopen. Het had dan ook, gelet op haar kennis en ervaring als tussenpersoon en de hiervoor beschreven zorgplicht, op haar weg gelegen om bij [appellanten] navraag te doen of dit percentage correct was en om gegevens

op te vragen omtrent de in de naaste toekomst te verwachten rentelasten behorend bij dit krediet. Indien Afab nader onderzoek had gedaan, dan had zij uit de door [appellanten] in deze procedure overgelegde kredietovereenkomst kunnen afleiden dat in het eerste jaar een actierente gold, maar dat de rente vanaf eind november 2007 zou oplopen tot een effectieve rente van 5,2%, hetgeen ongeveer overeenkomt met de door [appellant sub 1] gestelde maandlast van € 231,-. Verder had zij daaruit redelijkerwijze moeten afleiden dat op [appellanten] nog een maandelijkse aflossings- c.q. premieverplichting rustte van € 97,69. De totale maandlasten voor het krediet bij DSB kwamen dan uit op € 328,69 per maand (€ 231,- + € 97,69). Van dit bedrag had Afab dan ook bij haar berekening in ieder geval dienen uit te gaan. Het betoog van Afab dat zij uitsluitend met de lasten die destijds bestonden rekening behoefde te houden en niet met een latere stijging, wordt verworpen, omdat de kredietovereenkomst met de Nederlandse Voorschotbank op 29 oktober 2007 was afgesloten en de lasten voor het krediet bij DSB nog geen maand later reeds opliepen. Het lag dan op de weg van Afab om rekening te houden met een verdergaande stijging, die immers vrijwel direct van invloed was op de financieringsruimte van [appellanten]

2.15. Indien Afab rekening zou hebben gehouden met de daadwerkelijke lasten voor DSB, zou de berekening van de financieringsruimte van [appellanten] er als volgt hebben uitgezien. Daarbij gaat het hof veronderstellenderwijze ervan uit dat Afab verder met geen andere lasten rekening behoefde te houden dan de door Afab vermelde netto woonlasten van € 250,- en het normbedrag voor levensonderhoud van € 1.000,-.

netto inkomen	€ 1.868,-
norm levensonderhoud	- € 1.000,-
netto woonlasten	- € 250,-
DSB	- € 328,69
Totaal:	€ 289,31.

2.16. Volgens de eigen berekening van Afab zou de financieringsruimte dan maximaal € 289,31 x 50 bedragen, dus: € 14.465,50,-. Vaststaat echter dat Afab een krediet van € 25.000,- heeft verstrekt waarvan € 16.500,- is aangewend voor de herfinanciering van het (toen nog lopende) krediet bij Defam. In feite kwam het door Afab verstrekte krediet erop neer dat aan [appellanten] een extra kredietruimte van € 8.500,- (€ 25.000,- minus € 16.500,-) is verstrekt, die ook daadwerkelijk door

[appellanten] is opgenomen en volledig is besteed aan de reparatie van het dak van zijn woning. Nu de maximale kredietruimte € 14.465,50 bedroeg en volledig werd ingenomen door het Defamkrediet van € 16.500,-, had [appellanten] voor het extra krediet van € 8.500,- in ieder geval onvoldoende financieringsruimte. Dit had Afab, indien zij had voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, redelijkerwijze moeten weten en zij had [appellanten] vervolgens moeten ontraden de kredietovereenkomst in deze vorm te sluiten. Nu partijen het erover eens zijn dat Afab dit heeft nagelaten, is Afab tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht en is zij aansprakelijk voor de daardoor voor [appellanten] ontstane schade. Grief 1 slaagt.

2.17. [appellanten] heeft tijdens de comparitie in hoger beroep gesteld dat zijn schade bestaat uit de opgenomen € 8.500,-, vermeerderd met rente en verminderd met de door de dakreparatie ontstane waardevermeerdering van de woning. [appellanten] heeft ter comparitie verklaard dat op het krediet nog niet is afgelost.

Afab heeft zich op het standpunt gesteld dat er geen schade is, omdat een deel van het krediet is besteed aan oversluiting van een bestaand krediet (tegen wellicht een gunstigere rente) en een deel is besteed aan de verbetering van de woning.

2.18. Het hof stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat het opgenomen bedrag van € 16.500,- en de daarover betaalde en nog verschuldigde rente niet als schade dient te worden aangemerkt, aangezien dit bedrag betrekking heeft op de herfinanciering van een reeds lopend krediet bij Defam. Partijen verschillen van mening over de volgende schadeposten:

- i. het extra opgenomen krediet van € 8.500,-;
- ii. de over € 8.500 betaalde en nog verschuldigde rente.

Het hof is van oordeel dat het opgenomen bedrag van € 8.500,- niet als schade kan worden aangemerkt. Tegenover de schuld die voor [appellant sub 1] is ontstaan staat immers een actief van € 8.500,-, dat [appellant sub 1] ook daadwerkelijk heeft ontvangen. Van schade is daarom geen sprake. Het bedrag van € 8.500,- komt daarom niet voor vergoeding in aanmerking.

De door [appellanten] reeds betaalde rentetermijnen en nog verschuldigde rentetermijnen over het opgenomen kredietbedrag van € 8.500,- vormen wel schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Nu Afab geen, althans onvoldoende

feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot een vermindering van de schadevergoedingsplicht kunnen leiden, zal het hof Afab veroordelen de hiervoor genoemde schade aan [appellanten] te vergoeden. Het hof realiseert zich dat deze rente gemakkelijk de hoofdsom van € 8.500,- kan overschrijden, maar het is aan Afab om dit probleem bij de financier op te lossen.

2.19. Aan het – algemeen geformuleerde – bewijsaanbod van Afab gaat het hof voorbij, nu haar stellingen, ook indien bewezen, niet tot een ander oordeel kunnen leiden.

3. De slotsom

3.1. Grief 1 slaagt, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. Het hof zal voor recht verklaren dat Afab toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar (pre)contractuele zorgplicht en zal Afab veroordelen tot vergoeding aan [appellanten] van de door [appellanten] uit hoofde van de kredietovereenkomst betaalde en nog verschuldigde rentetermijnen, voor zover deze betrekking hebben op het verstrekte kredietbedrag van € 8.500,-. Gelet op dit oordeel behoeft grief 2 geen bespreking meer.

3.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof Afab in de kosten van beide instanties veroordelen. Grief 3 slaagt.
(...; red.)

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: vernietigt het vonnis van de rechtbank Utrecht van 20 juli 2011 en doet opnieuw recht: verklaart voor recht dat Afab toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar (pre)contractuele zorgplicht jegens [appellanten]; veroordeelt Afab om aan [appellanten] te betalen alle door [appellanten] uit hoofde van de kredietovereenkomst betaalde en nog verschuldigde rentetermijnen, voor zover deze betrekking hebben op het door NVB verstrekte kredietbedrag van € 8.500,-.

veroordeelt Afab in de kosten van beide instanties (...; red.);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In deze zaak gaat het om een via een tussenpersoon (Afab) verstrekt consumptief krediet, waarbij naar het oordeel van appellanten sprake is van overkreditering. In deze zaak zijn drie onderwerpen van belang: 1. Is er door appellanten tijdig geklaagd?, 2. Heeft de tussenpersoon in strijd gehandeld met de op haar rustende zorgplicht door appellanten niet te ontraden de kredietovereenkomst aan te gaan? en 3. Wat is de schade als er in strijd is gehandeld met de zorgplicht met betrekking tot overkreditering?

2. Uit art. 6:89 BW volgt dat op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan worden gedaan indien de schuldeiser niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken bij de schuldenaar heeft geprotesteerd. In deze zaak is beoordeeld of door appellanten (leningnemers) geen beroep meer kon worden gedaan op het schenden van de zorgplicht door de tussenpersoon omdat zij te laat hadden geklaagd. Het hof acht van belang dat een tussenpersoon zoals Afab een professionele en deskundige dienstverlener is, terwijl bij leningnemers een dergelijke professionaliteit en deskundigheid ontbrak. Dit betekent dat leningnemers, toen zij ontdekten dat het krediet verlag boven wat zij konden dragen, niet zonder meer op de hoogte hoefden te zijn van een mogelijke schending van een zorgplicht door Afab. Tevens acht het hof van belang dat Afab door het tijdsverloop van twee jaren niet een dusdanig nadeel heeft geleden dat dit het gevolg rechtvaardigt dat de rechten van leningnemers vervallen.

3. Met betrekking tot de vraag of door Afab in strijd is gehandeld met de zorgplicht, hebben appellanten gesteld dat Afab uit is gegaan van een te hoog inkomen (onder meer door uit te gaan van een fictief, met een rekenprogramma vastgesteld inkomen en door uit te gaan van de (lage) rentelasten van een doorlopend krediet) en niet is uitgegaan van reële vaste lasten. Het hof oordeelt dat voor de vraag of Afab in strijd met de zorgplicht heeft gehandeld van belang is dat Afab professioneel en deskundig is, welke zorgplicht betekende dat Afab in ieder geval onderzoek had moeten doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen en dat als een kredietovereenkomst daar niet bij

zou passen, Afab had moeten waarschuwen voor de risico's en had moeten ontraden de kredietovereenkomst aan te gaan. Volgens het hof had Afab moeten uitgegaan van de werkelijke netto inkomsten, moeten onderzoeken of het rentepercentage van het lopende krediet wel correct was en gegevens moeten opvragen omtrent de in de toekomst te verwachten rentelasten van dat krediet.

4. Het hof concludeert dat Afab in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht en acht Afab aansprakelijk voor de geleden schade. Het hof oordeelt dat de schade bestaat uit betaalde en nog verschuldigde rente over het teveel geleende bedrag.

5. Het oordeel van het hof met betrekking tot art. 6:89 BW sluit aan op uitspraken van de Hoge Raad van 8 februari 2013, «JOR» 2013/106 en 107, m.nt. Van der Wiel waarin de Hoge Raad met betrekking tot een bank overwoog dat op de cliënt pas een onderzoeksplicht rust met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten en dat ook van belang is of er nadeel wordt geleden doordat laat is geklaagd. Het hof legt deze interpretatie in het voordeel van de consument uit door te oordelen dat zelfs als de consument wist dat hij teveel had geleend, hij daarmee nog niet op de hoogte is van het bestaan van een zorgplicht, en door te oordelen dat Afab door het niet klagen van de consument niet een dusdanig nadeel had geleden dat dit in verval van de rechten van de consument kon resulteren. Deze uitleg brengt met zich dat als consumenten in een late fase klagen over schending van zorgplicht in verband met overkreditering, dit in het algemeen niet snel tot verval van rechten lijkt te kunnen leiden.

6. Het hof neemt daarnaast een vergaande onderzoeksplicht aan naar de lasten van de consument. Bij het in kaart brengen van de financiële positie dient niet alleen te worden gekeken naar de huidige lasten (bij benadering) maar zal, als daar enige aanleiding toe is, onderzocht moeten worden of de lasten kunnen wijzigen. Op zichzelf is het vanzelfsprekend dat ook naar de periode gedurende de looptijd moet worden gekeken om te beoordelen of de consument ook dan het kredietbedrag kan dragen, bijvoorbeeld door te onderzoeken of iemand minder wil gaan

werken en of er verzekeringen zijn met betrekking tot ziekte en werkloosheid. Een onderzoeksplicht naar mogelijke wijzigingen in huidige kredietovereenkomsten is vergaand, mede aangezien ook andere vaste lasten immers kunnen wijzigen, zoals de huur of de energierekening. Het is de vraag in hoeverre een tussenpersoon met dergelijke toekomstige zaken rekening moet en kan houden.

7. Deze uitspraak is echter voor de rechtspraak vooral van belang in verband met de vaststelling van de schade. Er is namelijk weinig (gepubliceerde) rechtspraak waaruit volgt wat de schade is in het geval van overkreditering, terwijl over dit onderwerp wel veel geschillen zijn. Er zijn wel enkele uitspraken van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening/de Commissie van Beroep, bijvoorbeeld waarin is bepaald dat de rente en het teveel geleende kredietbedrag door de kredietgever moest worden terugbetaald respectievelijk kwijtgescholden (2011, nr. 212 en 2012, nr. 14) en dat een hypothecaire lening moest worden aangepast (2011, nr. 68). Het hof oordeelt mijns inziens terecht dat het teveel geleende bedrag niet als schade kan worden aangemerkt. Het bedrag is immers door de consument ontvangen en aangewend. Met betrekking tot de rente geldt dat de rente niet door de consument zou zijn betaald als er niet teveel zou zijn geleend/de zorgplicht niet zou zijn geschonden. Echter, in het algemeen geldt dat de consument het geld heeft kunnen aanwenden en daarvan heeft kunnen profiteren, bijvoorbeeld door het bedrag op een spaarrekening te zetten, een andere lening af te lossen of door de waarde van de woning te verhogen door een investering te doen. De vraag is of dit bij overkreditering niet in de schadeberekening moet worden betrokken (door genoten voordeel te betrekken in het berekenen van de schade of door ongerechtvaardigde verrijking) door bijvoorbeeld het renteschadebedrag te verminderen met het genoten/geschatte voordeel of bijvoorbeeld met de wettelijke rente over het teveel geleende bedrag. Ook is maar de vraag of de nog komende rentetermijnen in de schadeberekening moeten worden meegenomen aangezien die mogelijke schade beïnvloedbaar is door eerder (gedeeltelijk of volledig) af te lossen. Eigen schuld zal bij

overkreditering bij eenvoudige kredietovereenkomsten veelal resulteren in een verdeling van de schade.

J.M. van Poelgeest
advocaat bij Finnius advocaten BV

314

Gerechtshof Amsterdam
24 september 2013, zaaknr. 200.120.300/01,
ECLI:NL:GHAMS:2013:3014
(mr. Van der Reep, mr. Van Achterberg, mr.
Tillema)
Noot mr. C.W.M. Lieveerse

Icesave. Toezicht. DNB heeft niet onrechtmatig gehandeld jegens gedupeerde Icesave-spaarders. Bekrachtiging van Rb. Amsterdam 19 september 2012, «JOR» 2012/322, m.nt. Lieveerse.

[BW art. 6:162; Wft art. 3:63, 3:64]

Met grief I keert Icesaving-vereniging gedupeerde Icesave spaarders ("de Vereniging") zich tegen de verwerping door de rechtbank van haar verwijs dat DNB het Nederlandse bijkantoor niet, althans niet zonder meer in Nederland had mogen toelaten. De vraag is of – en zo ja welke – mogelijkheden DNB had om de introductie van Icesave via dat bijkantoor te blokkeren of aan voorwaarden te binden en of, indien deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord, DNB onrechtmatig heeft gehandeld door dit achterwege te laten. Het Europees-rechtelijk kader brengt mee dat DNB slechts tot taak had doorlopend – repressief – toezicht te houden op de liquiditeit van het bijkantoor. De Vereniging betoogt dat DNB uit hoofde van haar toezichthoudende taak op basis van de art. 3:63 jo. 3:64 Wft ten aanzien van het bijkantoor maatregelen had kunnen nemen, meer in het bijzonder de maatregelen bedoeld in art. 1:75 lid 2 (aanwijzing) en 1:76 lid 3 Wft (benoeming curator). De Vereniging stelt zich op het standpunt dat het type liquiditeitstoezicht waar het hier om gaat niet beperkt is tot het bepalen of het bijkantoor strikt genomen voldoet aan de regels omtrent de minimumomvang voor de liquiditeit die gelden voor het bijkantoor als zodanig, maar dat de beoordeling van de liquiditeit voor een bijkantoor voor een wezenlijk deel afhangt van de financiële positie