

Barmhartigheid in het burgerlijk recht

Barmhartigheid in het burgerlijk recht

Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening
en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2017

Prof. mr. J.W.A. Biemans
Prof. mr. A.G. Castermans

Zutphen 2017



UITGEVERIJ *Paris*

Barmhartigheid in het burgerlijk recht

ISBN 978-94-6251-153-8
NUR 822

© 2017 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Tot hier en niet verder — Prof. mr. J.W.A. Biemans en
prof. mr. A.G. Castermans / 9

Afkortingenlijst / 11

Deel I Barmhartigheid / 13

- 1 Barmhartigheid en privaatrecht** — Prof. mr. J.W.A. Biemans
en prof. mr. A.G. Castermans / 15
 - 1.1 Barmhartigheid in de Bijbel / 15
 - 1.2 Barmhartigheid en de wet / 17
 - 1.3 Vertaling van barmhartigheid naar het privaatrecht / 20
 - 1.4 Opzet en verantwoording / 23

Deel II Grenzen aan kredietverlening / 25

- 2 De zachtmoedige uitlener: geldlening tussen particulieren
onderling** — Prof. mr. J.W.A. Biemans / 27
 - 2.1 Inleiding / 27
 - 2.2 Daadwerkelijke verstrekking of op schrift / 27
 - 2.3 Geen rente (tenzij op schrift) vs. woekerrente / 29
 - 2.4 Op de grens met schenking; terugbetaling ‘wanneer daartoe
in staat’ / 31
 - 2.5 Overdracht en verboden bedingen / 33
 - 2.6 Problemen met opeisbaarheid / 35
 - 2.7 Langs de notaris; zekerheidsrechten en/of executoriale titel / 37
- 3 Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking
aan consumenten** — Prof. mr. J.W.A. Biemans / 39
 - 3.1 Inleiding / 39
 - 3.2 Ontwikkelingen / 40
 - 3.2.1 Europese richtlijnen, nationale wetgeving en financiële
gedragcodes / 40
 - 3.2.2 Wat heeft tien jaar rechtspraak inzake effectenlease
opgeleverd? / 42
 - 3.2.2.1 Inleiding en achtergrond / 42

3.2.2.2	Wettelijk kader: effectenlease is consumentenkrediet én goederenkrediet; Wck (oud) en afd. 7.2A.2 BW niet van toepassing / 43
3.2.2.3	In beginsel geen nietigheid of vernietigbaarheid / 46
3.2.2.4	Schending van de bijzondere zorgplicht en aansprakelijkheid / 47
3.2.2.5	Bescherming van het gezin / 53
3.2.2.6	Conclusie / 54
3.2.3	Verborgten consumentenkrediet: telefoonabonnementen / 54
3.2.3.1	Inleiding / 54
3.2.3.2	Kwalificatie en rechtsgevolgen / 55
3.2.3.3	Conclusie / 60
3.2.4	Hypothecair krediet: ‘eigen haard is goud waard’ / 60
3.2.4.1	Inleiding / 60
3.2.4.2	Mogelijke oorzaken van restschuld / 61
3.2.4.3	Europese kredietwaardigheidsbeoordeling onzichtbaar in het BW / 64
3.2.4.4	Overkreditering (en sanctie?): <i>SNS/Stichting W&P</i> / 65
3.2.4.5	Begrenzing van opeisbaarheid bij tussentijdse beëindiging / 68
3.2.4.6	Verbod van executoriale verkoop? / 69
3.2.4.7	Voorkomen: extra restschuld door wijze van gedwongen verkoop / 73
3.2.4.8	Restschuld: hypotheekakte als executoriale titel? / 76
3.2.4.9	Conclusie / 77
3.2.5	Pandbelening: geen restschuld, maar evenmin waarderingsregels / 78
3.3	Thematisch / 80
3.3.1	Weten dat en wat je leent en voor welke vergoeding / 80
3.3.2	Effectieve sancties tegen overkreditering en restschuld / 81
3.3.3	Begrenzing van kredietvergoeding en andere rente en kosten / 85
3.3.4	Ambtshalve toetsing / 90
3.3.5	Overdracht van consumentenkredietvorderingen / 93
4	‘Between a rock and a hard place’: (het gezin van) de ‘kleine ondernemer’ – Prof. mr. J.W.A. Biemans / 97
4.1	Inleiding / 97
4.2	Tussen grote onderneming en consument / 98
4.2.1	Inleiding / 98
4.2.2	Algemene voorwaarden / 99
4.2.3	Richtlijn betalingsachterstanden handelstransacties / 100
4.2.4	Ambtshalve toetsing / 102
4.2.5	Colportage / 103
4.2.6	Renteswaps / 105

4.2.7	Opzeggen van krediet / 108
4.2.8	Andere uitwerkingen van de bancaire zorgplicht; kredietwaardigheidsbeoordeling? / 110
4.3	Verstrekken van zekerheidsrechten op goederen van de onderneming / 111
4.3.1	Onbegrensde verpanding / 111
4.3.2	Verdeling van de pijn tussen schuldeisers; de positie van de pandgever / 114
4.4	Bescherming van (de woning van) het gezin / 116
4.4.1	Inleiding / 116
4.4.2	Wet Beperking wettelijke gemeenschap van goederen / 116
4.4.3	Wet Bescherming erfgenamen tegen schulden / 119
4.4.4	Bezint eer ge begint: art. 1:88 jo. art. 1:89 BW / 121
4.4.5	Belgisch recht: 'onbeslagbaarheid' van de gezinswoning / 123

Deel III Behoud van bestaanszekerheid / 127

5	Bestaanszekerheid — Prof. mr. A.G. Castermans / 129
5.1	Geen kwestie van verdelende rechtvaardigheid / 129
5.2	Recht op behoorlijke levensstandaard en vrijwaring armoede / 130
5.3	Armoede en armoedebestrijding / 135
5.4	De zwarte madonna: verbod van onderscheid / 140
5.5	Het brood van de bisschop: armoede als rechtvaardigingsgrond / 143
6	De armlastige schuldenaar — Prof. mr. A.G. Castermans / 147
6.1	Inleiding / 147
6.2	Consumentenrecht; the law of the poor? / 147
6.3	Zorgplicht van financiële instelling / 153
6.4	Nakoming, misbruik van bevoegdheid en <i>terme de grâce</i> / 159
6.5	Overmacht / 164
6.6	Matigingsbevoegdheid: art. 6:109 BW / 165
6.7	Uitgestelde opeisbaarheid / 171
7	Beslagverboden — Prof. mr. A.G. Castermans / 173
7.1	Inleiding / 173
7.2	Beslagverboden / 174
7.3	Beslagvrije voet / 178
7.4	Bankbeslag / 182
7.5	Afronding / 185

Tot hier en verder — Prof. mr. J.W.A. Biemans en
prof. mr. A.G. Castermans / 187

- 1 Barmhartigheid / 187
- 2 Barmhartigheid in het privaatrecht / 187
- 3 Autonomie en eigendom / 188
- 4 Uitgestelde opeisbaarheid als privaatrechtelijk beginsel en
 neerslag van barmhartigheid / 188
- 5 De particuliere kredietgever / 190
- 6 De professionele kredietnemer: de MKB'er en zijn gezin / 190
- 7 De consument-kredietnemer / 191
- 8 De armlastige schuldenaar / 193
- 9 De verhouding tussen kredietvergoeding en krediet-
 verlening / 193
- 10 Bankbeslag / 194
- 11 Implementatie van Europese regels en Nederlandse zorg-
 plicht / 195
- 12 De barmhartige overheid / 195

Tot hier en niet verder

Prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans

Barmhartigheid en burgerlijk recht hebben op het oog niets met elkaar te maken, en tegelijk alles. De ontwerper van de Faillissementswet 1893, Molengraaff, over het in 1915 geldende overmachtsbegrip:

‘Wie geld schuldig is, moet betalen, op straffe van veroordeeling daartoe met executie of van faillietverklaring. Verklaart hij geen geld te hebben en zich geen geld te kunnen verschaffen, omdat hij geen crediet heeft, hij wordt niet gehoord, doch desondanks veroordeeld. (...) Wie geld schuldig is, moet maar zorgen, dat hij het heeft.’¹

Het citaat geeft een beeld van de harde, onbarmhartige wet die vanwege de autonomie van de burger en het belang van rechtszekerheid, toch rechtvaardig mag heten. Dezelfde Molengraaff noteerde eerder een rechtsontwikkeling waarin van de schuldeiser per saldo enig mededogen met de schuldenaar wordt gevraagd:

‘Meer en meer wint de overtuiging veld, dat het dogma der contractsvrijheid, dat (...) wetgeving en wetenschap in deze eeuw was gaan beheerschen, niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is op nieuw gaan inzien, dat er hogere beginselen zijn dan het *pacta esse servanda*, dat het recht slechts dan een *ars boni et aequi* mag heten, als het in overeenstemming is met ethische beginselen en tot doorvoering daarvan medewerkt. De contractsvrijheid mag niet leiden tot den economischen ondergang van een der partijen, tot het opleggen van verplichtingen, die de krachten van den schuldenaar te boven gaan, tot wat de Duitschers noemen “Ausbeutung”, uitzuiging van de tegenpartij. Waar dat geschiedt trede de rechtsorde, welke tevens behoort te wezen eene zedelijke orde, tusschen beide en roepe een tot hier en niet verder toe, die hare instellingen tracht te misbruiken tot door ons zedelijkheids- en billijkheidsgevoel gewraakte doeleinden.’²

1. W.L.P.A. Molengraaff, *De gevolgen van den oorlog op handelsovereenkomsten, in het bijzonder op leveringscontracten* (rede voor het Rotterdam leeskabinet), Utrecht: A. Oosthoek 1915.
2. W.L.P.A. Molengraaff. ‘Oude en nieuwe woekerwetten’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

Tot hier en niet verder. In dit preadvies verkennen wij waar de grens ligt, eerst en vooral in het contractenrecht, maar ook daarbuiten, op het brede terrein van het burgerlijk recht. Moet er ruimte voor barmhartigheid in het burgerlijk recht zijn, is die ruimte er? Deze vragen vergen onontkoombaar een definitie van barmhartigheid en een onderzoek naar de verhouding ervan tot het recht in het algemeen en het vermogensrecht in het bijzonder (deel I). Vervolgens spitsen wij het onderzoek toe op de grenzen aan kredietverlening (deel II) en de mogelijkheden voor een bijdrage van het burgerlijk recht aan het behoud van bestaanszekerheid (deel III). Wij sluiten af met conclusies en aanbevelingen.

Wij danken Niels Dempster, student assistent bij de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden, voor zijn inspirerende bijdragen aan de totstandkoming van dit preadvies.

Afkortingenlijst

AA	Ars Aequi
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
ACM	Autoriteit Consument en Markt
A-G	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
AFM	Autoriteit Financiële Markten
art.	artikel(en)
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
diss.	dissertatie
DNB	De Nederlandsche Bank
e.a.	en andere(n)
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europese Gemeenschappen
e.v.	en volgende
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FR	Tijdschrift voor Financieel Recht
GHF	Gedragscode Hypothecaire Financieringen
Gw	Grondwet
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
jo.	juncto of junctis
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot
Mon.	monografie(ën)
MvV	Maandblad van Vermogensrecht
NHG	Nationale Hypotheek Garantie

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
n.m.m.	naar mijn mening
nr.	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
o.a.	onder andere
O&F	Onderneming en Financiering
p.	pagina('s)
par.	paragra(a)f(en)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
plv.	plaatsvervangend
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SCP	Sociaal Cultureel Planbureau
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
t/m	tot en met
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken
UN	United Nations
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
V&D	Vroom & Dreesmann
vgl.	vergelijk
WAO	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wck	Wet op het consumentenkrediet
Wfd	Wet financiële dienstverlening
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wna	Wet op het notarisambt
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Deel I Barmhartigheid

‘Let us not fall into humiliating indifference or a monotonous routine that prevents us from discovering what is new! Let us ward off destructive cynicism! Let us open our eyes and see the misery of the world, the wounds of our brothers and sisters who are denied their dignity, and let us recognize that we are compelled to heed their cry for help! May we reach out to them and support them so they can feel the warmth of our presence, our friendship, and our fraternity! May their cry become our own, and together may we break down the barriers of indifference that too often reign supreme and mask our hypocrisy and egoism!’

Paus Franciscus, *Misericordiae Vultus*³

3. Bul met de afkondiging van het buitengewoon jubileum van de barmhartigheid (2015), onder 15. Zie: https://w2.vatican.va/content/francesco/en/bulls/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html.

Hoofdstuk 1

Barmhartigheid en privaatrecht

Prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans

1.1 Barmhartigheid in de Bijbel

Aan de vraag of barmhartigheid zich laat vertalen naar privaatrecht, en zo ja, op welke wijze, gaat de vraag vooraf wat barmhartigheid inhoudt. Het concept zal onderzocht worden aan de hand van de christelijke traditie, waaraan de barmhartigheid in de westerse cultuur haar bekendheid dankt. Dit neemt niet weg dat ook andere godsdiensten en culturen barmhartigheid niet vreemd is,⁴ en dat er in onze multiculturele samenleving behoefte bestaat aan een seculiere fundering van barmhartigheid en vergeving.⁵

Op 8 december 2015 opende paus Franciscus het jubeljaar met de opening van de Heilige Deur van de Sint-Pieter.⁶ Het jubeljaar stond in het teken van de barmhartigheid en de paus riep de kerk op gehoor te geven aan de Bijbelse opdracht van barmhartigheid:

‘In this Holy Year, we look forward to the experience of opening our hearts to those living on the outermost fringes of society: fringes which modern society itself creates. How many uncertain and painful situations there are in the world today! (...) During this Jubilee, the Church will be called even more to heal these wounds, to assuage them with the oil of consolation, to bind them with mercy and cure them with solidarity and vigilant care.’⁷

4. Zoals in de boeddhistische, islamitische en oosters-orthodoxe traditie, zie A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 29-53.

5. N.J.H. Huls, *Vergeef ons vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0* (afscheidscollege Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 91-92, die voor de seculiere fundering van schuldvergeving een beroep doet op de filosofen Hannah Arendt en François Ost, zoals o.a. uitgewerkt in N.J.H. Huls, ‘Schuldvergeving als rechtsprincipe’, *R&R* 2003/3, p. 257-270. Voorts: B. Wessels, ‘Waarom vergeven wij onze schuldenaren?’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011/8, p. 3-11.

6. <https://nos.nl/artikel/2073810-paus-franciscus-opent-heilig-jaar.html>.

7. Zie Paus Franciscus, *Misericordiae Vultus*, *Het gelaat van de Barmhartigheid – Afkondiging van het Buitengewone Jubileum van de Barmhartigheid* (8 december 2015), onder 15, geraadpleegd op https://w2.vatican.va/content/francesco/en/bulls/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html. Ook: Paus Franciscus, *Misericordia et misera. Barmhartigheid en ellende – na de sluiting van het Heilig Jaar van de Barmhartigheid* (20 november 2016), https://w2.vatican.va/content/francesco/en/apost_letters/documents/papa-francesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.html en Paus Franciscus, *De naam*

Hierin klinkt een definitie door van barmhartigheid als ‘de onvoorwaardelijke toewijding tot een mens die zich op den een of andere manier in een zwakke positie bevindt’.⁸ Deze onvoorwaardelijke toewijding toont zich praktisch in de zeven werken van barmhartigheid zoals te vinden in het Mattheüs-evangelie: het spijzen van de hongerigen, het laven van de dorstigen, het kleden van de naakten, het herbergen van vreemdelingen, het verzorgen van de zieken, het bezoeken van de gevangenen en – zoals later toegevoegd – het begraven van doden.⁹ In de middeleeuwen ontstonden daarnaast de zeven geestelijke werken: de zondaars vermanen,¹⁰ de onwetenden beleren,¹¹ de bedroefden troosten,¹² in moeilijkheden goede raad geven, het onrecht geduldig lijden,¹³ beledigingen vergeven;¹⁴ en voor de levenden en overledenen bidden.¹⁵

De barmhartigheid kenmerkt zich door daden. Daarmee onderscheidt het zich van gevoelens als compassie of medelijden. De zeven lichamelijke en geestelijke werken van barmhartigheid vragen steeds om concrete handelingen van de barmhartige jegens degene die in nood verkeert.

Het verlenen van barmhartigheid is geen zaak van hooghartigheid:

‘Niet als het trotse werk van degene die alles in huis heeft en daarom kan helpen – dat zal de zwakke mens alleen maar nog meer vernederen – maar als echte menselijke toewijding van iemand die weet dat hij net zo goed in een situatie van zwakheid terecht kan komen, dat hij vroeg of laat de barmhartige is, die barmhartigheid nodig heeft. Dan is het werk gedragen door waardering; dan knapt de zwakke ook op van de kwetsuur van zijn waardigheid.’¹⁶

van God is genade. De paus in gesprek met Andrea Tornielli, Amsterdam: The House of Books 2016. Zie over de sociale rechten en plichten, zoals die mede bepaald worden door de werken van barmhartigheid, het compendium van de sociale leer van de kerk, te vinden op www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_nl.html.

8. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 4 (lezing gegeven op 14 december 2016 te Merkelbeek voor de religieuze gemeenschap ‘Het Werk’; manuscript raadpleegbaar bij de auteur). Vgl. C.M. Wulf, ‘Vergebung schenken und empfangen – eine ganzmenschliche Herausforderung’, *Theologie der Gegenwart* 2016, 59/2, p. 94-105; C.M. Wulf, *Een antropologie van de christelijke ethiek. Beschuldigd – bevrijd – bemind. Inleiding in de moraaltheologie*, Almere: Parthenon 2013, p. 76 e.v.
9. Zie Mattheüs 25:34-46. Het begraven van de doden is ontleend aan het (apocriefe) Bijbelboek Tobit 1:20.
10. Vgl. Lukas 10:15.
11. Vgl. Markus 4:34.
12. Vgl. Johannes 11:1-44.
13. Vgl. Mattheüs 9:36. Dat doet de vredestitcher.
14. Vgl. Lukas 23:34. Dat doen de zachtmoedigen.
15. Vgl. Markus 6:46; Lukas 5:16 en 11:1.
16. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 4.

Hooghartigheid zou te minder relevant zijn, indien barmhartigheid in verband kan worden gebracht met het recht.

1.2 Barmhartigheid en de wet

De eerste associatie bij de verhouding tussen barmhartigheid en recht zal zijn dat een barmhartige oplossing in het concrete geval een afwijking van de toepasselijke wettelijke regel zal inhouden. Dit lijkt ook te volgen uit de woorden van de paus:

‘Perhaps we have long since forgotten how to show and live the way of mercy. The temptation (...) to focus exclusively on justice made us forget that this is only the first, albeit necessary and indispensable step. But [we need] to go beyond and strive for a higher and more important goal.’¹⁷

Toch geldt *justice* als uitgangspunt, aldus de paus, waarbij hij ook het oog zou kunnen hebben op wat het positief recht meebrengt:

‘Yet this does not mean that justice should be devalued or rendered superfluous. On the contrary: anyone who makes a mistake must pay the price.’¹⁸

Dit volgt ook uit het Nieuwe Testament, waarin Jezus pleit voor de ‘blijvende geldigheid’ van de wet.¹⁹ God kan een streng vonnis vellen over degene die de wet niet naleeft, bijvoorbeeld over de ‘mensen die de huizen van de weduwen opeten’.²⁰ Ongerechtigheid moet bij naam genoemd worden en duidelijk moet zijn wie de dader en wie het slachtoffer is, omdat anders ‘de verwondingen van de ongerechtigheid niet kunnen helen. Dus: niet te snel in de barmhartigheid schieten, want anders wordt de barmhartigheid tot ongerechtigheid.’²¹ Toch vormt de schuld of de erkenning van de door de schuldenaar te betalen prijs slechts het begin van de kennismaking met de goddelijke rechtvaardigheid:

17. *Misericordiae Vultus*, onder 10.

18. *Misericordiae Vultus*, onder 21.

19. Vgl. Mattheüs 5:17-48. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 8-11.

20. Vgl. Markus 12:38-40.

21. Zie C.M. Wulf, ‘Barmhartigheid in het Nieuwe Testament’, p. 11. Vgl. in het kader van de schuldvergeving (WSNP) ook B. Wessels, ‘Waarom vergeven wij onze schuldenaren?’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011/8, p. 3-11, die betoogt dat de schone lei geen gemakkelijke uitweg mag worden voor de berekende burger die slechts zijn eigen belang najaagt.

‘God does not deny justice. He rather envelops it and surpasses it with an even greater event in which we experience love as the foundation of true justice.’²²

God is barmhartig én rechtvaardig.²³ Het Nieuwe Testament legt de nadruk vooral op de barmhartigheid en bevat dan ook tal van voorbeelden, zowel in de verhalen die Jezus vertelt over het barmhartig handelen van andere mensen,²⁴ als in handelingen die Jezus zelf verricht.²⁵ Centraal staan daarbij de noties van liefhebben en vergeving.²⁶ Die zijn niet in strijd met de wet: de geest van de wet is juist gelegen in de liefde voor God én de naaste.²⁷ Niet alleen de letter, maar ook de geest van de wet moet in acht worden genomen.²⁸

Deze laatste gedachte, dat de geest van de wet soms boven de letter van de wet gaat, sluit aan bij de ideeën van de Griekse filosoof Aristoteles, waarnaar bijvoorbeeld ook Paul Scholten en Hans Nieuwenhuis verwijzen.²⁹ De wet zonder barmhartigheid leidt tot ongerechtigheid volgens de bekende stel-

22. *Misericordiae Vultus*, onder 21.

23. Vgl. bijvoorbeeld de Heidelbergse Catechismus, Zondag 4, vraag 11, die ingaat op de perceptie dat een intrinsiek conflict zou bestaan tussen barmhartigheid en rechtvaardigheid. Deze perceptie komt ook naar voren in de religieuze traditie van Anselmus, Abelard, Van Aquino, Luther en Calvijn: ‘they all retained [Anselm’s] crucial premise that justice is the baseline against which mercy must be defined: it is an act of liberality that goes beyond or even contradicts what justice requires. None of them would go so far as to say that justice is the opposite of mercy because they all believed that justice and mercy are essential attributes of God, making it problematic to call them opposites’ (A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 264).

24. Zie naast de eerdergenoemde werken van barmhartigheid in Mattheüs 25:34-46, bijvoorbeeld Mattheüs 7:1-6 (‘Oordeel niet!’); Lukas 17:3b-4 (Vergeven); Mattheüs 9:12-13 (Arts voor de zieken); Lukas 15:11-22 (De verloren zoon; barmhartigheid van de vader tegenover de jongere zoon); Lukas 15:23-32 (Barmhartigheid van de vader tegenover de oudere zoon); Lukas 10:29-37 (Barmhartige Samaritaan).

25. Zie bijvoorbeeld Markus 1:40-45 (Reiniging van een melaatse); Mattheüs 14:13-21 (Jezus geeft vijfduizend mensen te eten); Lukas 7:36-50 (Aan tafel bij een farizeeër; een zondige vrouw); Johannes 10:11-16 (De goede herder); Mattheüs 11:25-27 (Een dankgebed). Jezus’ ultieme daad van barmhartigheid voor de mensheid is gelegen in zijn kruisdood; vgl. Hebreëën 10:10.

26. Bijvoorbeeld Johannes 13:34: ‘Een nieuw gebod geef ik u, namelijk dat u elkaar liefhebt; zoals Ik u liefgehad heb, moet u ook elkaar liefhebben.’ en Mattheüs 6: 22: ‘En vergeef ons onze schulden, zoals ook wij onze schuldenaren vergeven.’

27. Vgl. Mattheüs 22:34-40.

28. Vgl. Lukas 10:25-37.

29. Zie Aristoteles, *Ethica Nicomachea* (350 v. Chr.) V, 7 en V, 14, waarover P. Scholten, ‘Rechtsbeginselen’, in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof.mr. Paul Scholten – Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 409 en 411. ‘Rechtsbeginselen’ was een voordracht gehouden voor de K.N.A.W. in 1935 en J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 7 e.v.

ling: ‘summum ius, summa iniuria’.³⁰ De meest rechtvaardige rechtsregel kan toegepast op een bijzonder geval, zonder met de bijzonderheden van dat bijzondere geval rekening te houden, tot onrechtvaardigheid leiden. De barmhartigheid heeft hier dan ook een aanvullende functie ten opzichte van de wet. Terwijl de wet aan iedereen hetzelfde recht tracht te geven, kijkt barmhartigheid naar het bijzondere geval en de enkeling, en probeert de barmhartigheid aldus een ieder het zijne te geven (‘suum cuique tribuere’), rekening houdend met de mogelijkheden en de beperkingen van iedereen, of, zoals juristen het zouden zeggen, met de omstandigheden van het geval. De wet en de barmhartigheid zijn daarmee beide verschijningsvormen van dezelfde gerechtigheid, waarbij de rechter de rol van barmhartige vervult.³¹ Dit doet denken aan het Engelse *Court of Equity*, waarin de rechter recht sprak op grond van de redelijkheid (*equity*), zulks in tegenstelling tot het rechtspreken op grond van het recht (*the law*), waarvoor een andere rechtsgang openstond.³² De barmhartigheid komt dan van een ander dan een partij zelf, namelijk van de rechter die in het concrete geval dient te beslissen en die in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen over barmhartigheid kan vertalen in privaatrechtelijke rechtsregels en aanverwante instituten.

Toch zal de barmhartigheid als onderdeel van het recht bij menig jurist de wenkbrauwen doen fronsen.³³ Is nu niet typerend voor de barmhartigheid dat het betonen ervan ter discretie van de barmhartige staat? Staat of valt de barmhartigheid niet juist met het persoonlijk initiatief?³⁴ Voor hen is opgelegde barmhartigheid – in de vorm van een afdwingbare rechtsplicht – geen barmhartigheid *meer*. Genade wordt dan recht.³⁵ Bijkomend

30. Cicero, *De Officiis I* (44 v. Chr.), 10, 33.

31. Zie P. Scholten, ‘Rechtsbeginselen’, in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof. mr. Paul Scholten – Deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 409.

32. Vgl. W.J. Zwolve, C.Æ. Uniken Venema’s *common law & civil law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 42-58.

33. Zie bijvoorbeeld de afwijzing van barmhartigheid ter fundering van de rechterlijke matiging: C.D. Boeschoten, *HNJV* 1964, II, p. 42; P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Mon. BW nr. A16), Deventer: Kluwer 2014, nr. 11, p. 14-16; J.M.M. Maeijer, boekbespreking *Rechterlijke matiging van schulden* van P. Abas, *NJB* 1984/42, p. 1335-1336; H.C.F. Schoordijk, boekbespreking *Rechterlijke matiging van schulden* van P. Abas, *WPNR* 1984, 5719, p. 715-717.

34. Vgl. A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 251-256, die stellen dat barmhartigheid ‘discretionary power’ met zich meebrengt.

35. Ontleend aan minister Klompé bij de invoering van de Algemene Bijstandswet, aangehaald door staatssecretaris Rutte bij de behandeling van de Wet Werk en Bijstand (28960) in de Eerste Kamer op 7 oktober 2003: ‘Zij is immers degene geweest die het beste heeft kunnen omschrijven waar het in het wetsontwerp in die tijd om ging, namelijk de kanteling van genade naar recht’; *Handelingen I* 2003/04, p. 2-43. Artikel 28

voordeel hiervan is het voorkomen van de willekeur die de particuliere, vrijwillige barmhartigheid – ingegeven door geloof, levensovertuiging of anderszins – met zich meebrengt. Dat risico bestaat in de woorden van Langemeijer hierin:

‘Iemand wordt dan in zijn nood wél of niet, meer of minder, bijgestaan, naarmate hij het geluk heeft in zijn omgeving wel of niet altruïstische gezinden aan te treffen, en aan de andere kant dragen deze meer dan hun evenredig deel aan onmisbare bijstand naarmate meer anderen daarbij tekortschieten. Ook kan men niet zeker zijn dat aldus alle bijstand, die onmisbaar is, ook wordt verleend.’³⁶

De willekeur waarvan sprake kan zijn bij ‘buitenwettelijke’ barmhartigheid, doet er evenwel niet aan af dat daden die volgens de wet afdwingbaar zijn – afzien van inning van vorderingen (Besluit breed moratorium), afzien van beslag op essentiële bestaansmiddelen (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) – nog steeds voldoende trekken van barmhartigheid vertonen, dat ze als zodanig kunnen worden aangemerkt. Het wezen van barmhartigheid is immers gelegen in de handeling in een specifieke context – de onvoorwaardelijke toewijding tot een mens die zich op den een of andere manier in een zwakke positie bevindt – zodat het uiteindelijk niet uitmaakt of de barmhartigheid in rechte afdwingbaar is of niet. Bovendien is de grens tussen wet en vrijwilligheid niet altijd scherp: wettelijke normen die open zijn geformuleerd, kunnen worden ingevuld mede aan de hand van door een schuldeiser vrijwillig onderschreven codes die kunnen getuigen van barmhartigheid. Ten slotte kan het, zoals gezegd, de rechter zijn die bij het hanteren van wettelijke bevoegdheden de ruimte heeft barmhartigheid te tonen. Zo bezien heeft het zin barmhartigheid in het burgerlijk recht te bestuderen.

1.3 Vertaling van barmhartigheid naar het privaatrecht

Spitsen we de barmhartigheid toe op de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, dan zal er sprake zijn van verlening van een voordeel of vermindering van nadeel door de schuldeiser ten behoeve van de schuldenaar. Deze begunstiging vindt plaats in een context van ongelijkheid tussen deze twee partijen.³⁷

van de Armenwet 1912 bepaalde dat ondersteuning *kan* worden verleend aan wie van anderen geen hulp kan krijgen. www.canonsociaalwerk.eu/nl/details.php?canon_id=31.

36. G.E. Langemeijer (bewerkt door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 10.

37. Vgl. A. Tuckness & J.M. Parrish, *The Decline of Mercy in Public Life*, New York: Cambridge University Press 2014, p. 251-256. Het derde kenmerk dat zij onderscheiden is de ‘discretionary power’ zoals aan bod kwam in de vorige paragraaf.

Een dergelijke begunstiging resulteert er uiteraard in dat de ongelijkheid tussen schuldenaar en schuldeiser iets afneemt. In die zin is barmhartigheid in het privaatrecht controversieel voor civilisten. Het burgerlijk recht leent zich immers niet zonder meer voor het overbruggen van de kloof tussen arm en rijk of het verlenen van voordeel aan degene die in een benarde positie verkeert ten laste van een meer gefortuneerde. Zo betoogde Van Oven dat het privaatrecht niet dient te worden gebruikt voor herverdeling van vermogen tussen rijken en armen. Het dient eerder de status quo te beschermen. Indien vermogen op een juiste manier is verworven, wordt het beschermd door het contracten- en aansprakelijkheidsrecht, ongeacht hoe de totale welvaart vervolgens is verdeeld.³⁸ Ook Hartlief concludeerde dat een fundamenteel andere verdeling van de welvaart moeilijk via het vermogensrecht te realiseren valt.³⁹ Zij stonden en staan niet alleen in hun betoog. Het burgerlijk recht draait eerst en vooral om vergeldende rechtvaardigheid.⁴⁰

Eerst en vooral, maar niet louter:

‘Met de beste wil van de wereld kunnen privaatrechtelijke verschijnselen als ongelijkheidscompensatie, bescherming van zwakkeren, onevenredig getroffenen en andere miserabilae personae, schuldsaneringshulp, rechterlijke matiging en wellicht zelfs de categorie van ongelukkige samenloop van omstandigheden in het recht van gevaarstelling, niet worden verklaard met een beroep op zuivere vergeldende rechtvaardigheid — in welke omschrijving dan ook.’⁴¹

38. A. van Oven, *Aere Perennius, over de vergankelijkheid van het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 20-21.
39. T. Hartlief, ‘Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenissenrecht’, *WPNR* 2004/6564, p. 107.
40. C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973, p. 5 en 18; F.A.J. Gras, ‘Privaatrecht en problematische schulden; de nieuwe gerechtigheidsgedachte in het burgerlijk vermogensrecht’, *RMThemis* 1991, p. 442; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 5-10 en ‘Autonomie en Solidariteit: bewegingen in het verbintenissenrecht’, *WPNR* 2004/6564, p. 106-116; P.A.M. Meijknecht, ‘Armoede en rijkdom in het privaatrecht’, in: J. van Nieuwenhove e.a., *Armoede, rijkdom en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 33-46.
41. W.H. van Boom, *Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 90-91. Valkhoff sprak in 1938 al over een ontwikkeling waarin het privaatrecht minder individualistisch en meer sociaal is geworden: J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: Arbeiderspers 1938. Als belangrijk aspect hiervan noemde Langemeijer beschermingsgedachte, ‘de enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte’ die zich na de totstandkoming van het BW van 1838 in het vermogensrecht een plaats veroverd heeft. G.E. Langemeijer (bewerkt door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 90.

De bescherming van het kwetsbare individu is dus wel degelijk van belang voor de inhoud en toepassing van het burgerlijk recht.

De redenen hiervoor zijn divers, gelegen in bijvoorbeeld een soepel lopend rechtsverkeer, de autonomie van de persoon of de verwezenlijking van de menselijke waardigheid, de billijkheid in concrete gevallen. Toch zijn in allerlei wettelijke bepalingen ook trekken van het gelaat van de barmhartigheid zichtbaar. Een te laag loon of te hoge huurprijs kan worden geconverteerd in het minimum- of juist maximumbedrag. Hierbij gaat het in de kern om het bieden van toegang tot een behoorlijk inkomen en een dak boven het hoofd. De beslagverboden zorgen ervoor dat een aan lager wal geraakte schuldenaar een bestaansminimum overhoudt en dat essentiële bestaansmiddelen onaangetast blijven. Het is niet moeilijk hierin een vorm van lichamelijke barmhartigheid — het spijsen van hongerigen, het laven van dorstigen, het kleden van naakten, het herbergen van vreemdelingen — te herkennen.

Ook geestelijke werken van barmhartigheid — met name het vermanen van zondaars, beleren van onwetenden en geven van goede raad in moeilijkheden, het onrecht geduldig lijden — zijn recht geworden in verschillende regelingen binnen het privaatrecht: regels inzake ingebrekestelling, precontractuele en contractuele informatieverplichtingen, bijzondere zorgplichten in het kader van toetsing van kredietwaardigheid en uitwinning van zekerheden, limitering van incassokosten en kredietvergoeding en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij het opzeggen van duurovereenkomsten. Gaat het om het vergeven van schulden of het geduldig lijden van onrecht, dan komt de afstand van schuldvorderingen, het breed moratorium en de schuldsanering natuurlijke personen in beeld.

Daarbij bieden open normen de rechter de mogelijkheid in het concrete geval barmhartigheid te tonen. Het privaatrecht bevat daar tal van: misbruik van bevoegdheid, nietigheid wegens strijd met goede zeden, aanvullende of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, onredelijk bezwarende bedingen, matiging van boete of schadevergoedingsverplichting, gewijzigde omstandigheden, ambtshalve toetsing en verdeling van bewijslast.⁴² De rechter kan zo ook de brug slaan tussen onverplichte daden van

42. Zie resp. art. 3:13, 3:40, 6:2, 6:248, 6:233 onder a, 6:162, 6:74, 6:94, 6:109 en 6:258 BW, vgl. art. 139 en 150 Rv. Denk ook aan bijzondere bepalingen, zoals in het erfrecht art. 4:5 BW, dat bepaalt dat de rechter op verzoek van de schuldenaar (de erfgenaam) 'wegens gewichtige redenen' kan bepalen dat een vordering tot voldoening van een geldsom (in verband met de (wettelijke) verdeling) pas na verloop van een bepaalde tijd opeisbaar is, hetzij ineens, hetzij in termijnen. Dat sprake is van barmhartigheid blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de rechter op een financiële instelling een bijzondere zorgplicht legt, die 'er toe strekt particulieren wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht', en die volgt uit 'hetgeen waartoe de eisen van

barmhartigheid en de afdwingbare variant: indien in een bepaalde branche of sector sprake is van een onverplichte, maar steeds weerkerende vorm van barmhartigheid, dan kan de rechter een verkeersopvatting of rechts-overtuiging vinden, in het kader van bijvoorbeeld de toepassing van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en de maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW).⁴³

1.4 Opzet en verantwoording

Het heeft zin barmhartigheid in het burgerlijk recht te bestuderen. Wij spitsen het onderzoek toe op de grenzen aan kredietverlening, waarbij achtereenvolgens wordt ingegaan op de geldlening tussen particulieren onderling (hoofdstuk 2), de kredietverlening door banken aan consumenten (hoofdstuk 3) en de financiering aan het MKB (hoofdstuk 4), waarbij met name de positie van de ondernemer als natuurlijke persoon achter de onderneming centraal zal staan. Hoewel kredietverlening niet de enige oorzaak is van schuldenproblematiek,⁴⁴ omdat bijvoorbeeld steeds vaker ook de overheid als belangrijkste schuldeiser fungeert, neemt de kredietverlening daarin een belangrijke plaats in en verdient het als zodanig aandacht. In de hoofdstukken 5 en 6 wordt vervolgens ingegaan op hoe het burgerlijk recht aan het behoud van bestaanszekerheid kan bijdragen respectievelijk de armlastige schuldenaar kan helpen door bestaande instituties in het burgerlijk recht in dat kader aan een nader onderzoek te onderwerpen. In hoofdstuk 7 komt de absolute minimumgrens in het beslag- en insolventierecht aan bod. Wij sluiten af met conclusies en aanbevelingen voor de wetgever vanuit het oogpunt van de barmhartigheid.

Het preadvies is een gedeeld project van beide preadviseurs geworden. Voorwoord, hoofdstuk 1, par. 7.4 over bankbeslag en de afsluiting zijn gezamenlijk geschreven; de hoofdstukken 2 t/m 4 zijn van de hand van Biemans; de hoofdstukken 5 t/m 7 zijn van de hand van Castermans. Het onderzoek is afgesloten per 1 september 2017. Nadien verschenen rechtspraak en literatuur zijn slechts sporadisch verwerkt.

redelijkheid en billijkheid een [financiële instelling], in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid [lees: overwicht], verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een dergelijke overeenkomst te willen aangaan'. Zie de rechtspraak inzake de effectenleaseovereenkomsten, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

43. Zoals *soft law* kan veranderen in *hard law*. Zie I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 56-75 en A.G. Castermans, 'Nederlandse rechtsovertuigingen gevat in *soft law*', TPR 2014, p. 834-842.

44. Vgl. N.J.H. Huls, *Vergeef ons vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0* (afscheidscollage Leiden), Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2016, p. 92-93.

Deel II Grenzen aan kredietverlening

Hoofdstuk 2

De zachtmoedige uitlener: geldlening tussen particulieren onderling

Prof. mr. J.W.A. Biemans

2.1 Inleiding

De overeenkomst van geldlening tussen particulieren⁴⁵ is geregeld in de per 1 januari 2017 in werking getreden titel 7.2C BW inzake geldlening.⁴⁶ De regeling kent enkele bijzondere bepalingen inzake geldlening tussen particulieren.⁴⁷ Naast de bepalingen van titel 7.2C BW zijn onder andere de regels van Boek 3 en 6 BW van toepassing.

De wetgever neemt blijkens de parlementaire geschiedenis aan dat bij geldlening tussen particulieren een particulier in beginsel een geldsom zal lenen aan een vriend of familielid, en dat daarom sprake zal zijn van een ‘vriendendienst’.⁴⁸ Zoals hieronder zal blijken, heeft, omdat het om een vriendendienst gaat, met name de *uitlener* behoefte aan bescherming. De wetgever biedt deze bescherming bij het aangaan van de geldlening; daarna is de uitlener aan zijn lot overgelaten.⁴⁹

2.2 Daadwerkelijke verstrekking of op schrift

Bij het aangaan van de geldlening wordt de *uitlener* beschermd, doordat de overeenkomst hem niet bindt voordat hij het geld daadwerkelijk aan de lener heeft verstrekt of zich schriftelijk tot de verstrekking verbonden heeft (art. 7:129b BW). Indien het geld nog niet is verstrekt, is een toezegging

45. De natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt duidt de wetgever aan als ‘particulier’ (*Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 44). Een particulier kan zowel ‘uitlener’ als ‘lener’ zijn (art. 7:129 BW).

46. Wet Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening, *Stb.* 2016, 360; *Kamerstukken* 34442; *Stb.* 2016, 4238.

47. Art. 7:129b en 7:129c BW. Twee particulieren kunnen een overeenkomst van goederenkrediet (art. 7:84 BW) of huurkoop onroerende zaken (art. 7:101 BW) aangaan; dit blijft buiten beschouwing.

48. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 44-45.

49. Het is denkbaar dat géén sprake is van een vriendendienst bij geldlening tussen particulieren; dit blijft buiten beschouwing. Van een ‘vriendendienst’ is in beginsel niet meer sprake indien een bedrag wordt geleend aan een ‘vriend’ die daarmee gaat beleggen. Vgl. het piramidespel in HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495; en HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:395. De ‘vriend’ kan handelen in uitoefening van beroep of bedrijf. Van een vriendendienst hoeft evenmin sprake te zijn bij ‘crowdfunding’ tussen particulieren.

om geld uit te lenen derhalve alleen afdwingbaar, indien de overeenkomst van geldlening schriftelijk is aangegaan.⁵⁰ De ratio van de bepaling ligt blijkens de parlementaire geschiedenis in de bescherming van de particulier als uitlener.⁵¹ Volgens de wetgever dient voorkomen te worden dat de mondelinge belofte van een particulier aan een vriend of familielid om aan deze een geldsom te lenen, wellicht in een emotionele sfeer gedaan, tot financiële gevolgen kan leiden die de betrokken partijen achteraf onvoldoende tot zich hebben laten doordringen.⁵² Wat deze financiële gevolgen zijn, benoemt de wetgever niet, maar deze zijn denkbaar de volgende.

Volgens de website van het Nibud kan het moeilijk zijn om een verzoek om geld te lenen, te weigeren.⁵³ Het Nibud waarschuwt dat geld lenen aan familie of vrienden vaak goed gaat, maar dat het kan gebeuren ‘dat u het geleende bedrag niet meer terugkrijgt’. De uitlener helpt de ander bovendien niet altijd door een lening te verstrekken; hij kan bijvoorbeeld beter helpen door de ander hulp te bieden bij het op orde brengen van de administratie of hem door te verwijzen naar schuldhulpverlening, indien de ander al schulden heeft. Nibud raadt het lenen aan een ander uitdrukkelijk af als sprake is van financiële problemen, onder andere omdat altijd een risico bestaat dat het geld niet wordt terugbetaald, een lening vaak slechts (tijdelijk) een deel van het probleem oplost en bij het niet nakomen van afspraken ‘spanningen tussen u en uw bekende kunnen ontstaan’.⁵⁴ Kortom, de afdwingbaarheid van de terugbetalingsverplichting kan problemen opleveren. Het is niet prettig om een familielid of vriend in rechte te dwingen een lening terug te betalen. Zoals hieronder zal blijken kunnen bovendien bedingen (of de nietigheid daarvan) en/of de redelijkheid en billijkheid aan opeising in de weg staan.

Ook andere nadelen zijn denkbaar. De zachtmoedige uitlener kan niet langer over het geld beschikken, terwijl hij dat mogelijk zelf nodig heeft.⁵⁵ In dat kader is het opmerkelijk dat het *uitlenen* van geld niet onder de op-

50. Vgl. art. 7:859 BW (borgtocht).

51. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 44. Bij commerciële overeenkomsten zijn partijen aan hun toezeggingen gebonden (*Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 16).

52. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 44. In titel 7A.14 BW (oud) was verbruiklening (waaronder geldlening) een reële overeenkomst (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/216; *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 15). Verbruiklening is thans overgelaten aan het verbintenissen- en overeenkomstenrecht in Boek 6 BW. Bij verbruikleen tussen particulieren past volgens de wetgever evenmin afdwingbaarheid, aldus dezelfde uitkomst als onder oud recht (*Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 15-16).

53. www.nibud.nl/consumenten/geld-lenen-aan-een-ander, geraadpleegd op 25 augustus 2017.

54. www.nibud.nl/consumenten/geld-lenen-aan-een-ander, geraadpleegd op 25 augustus 2017.

55. Het risico van ‘overkreditering’ ligt niet bij de lener, maar bij de uitlener.

somming van art. 1:88 BW valt, terwijl aan dat uitlenen evengoed risico's zijn verbonden. Niet alleen beschikt het gezin daardoor over minder zelf te besteden geld, maar ook zal onzeker zijn of het gezin het geleende geld terugkrijgt, in welk geval een lening niet veel zal verschillen van een (bovenmatige) schenking, waarvoor wel toestemming is vereist (art. 1:88 lid 1 onder b BW).⁵⁶ De uitlener heeft voorts geen recht op rente, tenzij schriftelijk bedongen. Indien niets is vastgelegd kan nadien discussie ontstaan of sprake is van geldlening of schenking.

De uitlener die zo behulpzaam is geweest om aan een vriend of familielid geld uit te lenen zal moeten schipperen tussen een duidelijke, op schrift gestelde lening enerzijds en een goede verhouding en redelijke insteek bij opeising anderzijds.⁵⁷ Een en ander wordt hieronder nader toegelicht.

2.3 Geen rente (tenzij op schrift) vs. woekerrente

De particulier die geld uitleent aan een andere particulier heeft geen recht op rente, tenzij schriftelijk anders is bedongen (art. 7:129c BW). De wetgever voert hier dezelfde reden aan: volgens hem mag worden aangenomen dat het uitlenen van geld door een particulier aan een andere particulier als een 'vriendendienst' geldt, en daarom is over het geleende bedrag slechts rente verschuldigd, indien dit schriftelijk is bedongen.⁵⁸ De regeling verbiedt aldus het bedingen van rente niet, maar neemt evenmin tot uitgangspunt dat bij een vriendendienst voor het lenen van geld een vergoeding wordt gevraagd. De werken van barmhartigheid vragen om concrete handelingen van de barmhartige jegens degene die in nood verkeert. Bij kredietverlening heeft zich dat concreet vertaald in het (kerkelijke) verbod op rente dat (onder meer) misbruik van iemand in financiële moeilijkheden beoogt te voorkomen.⁵⁹ Dat verbod is binnen de islam nog steeds actueel.⁶⁰ De regeling van art. 7:129c BW kan worden beschouwd als een overblijfsel van de 'afkeer' tegen het vragen van rente.⁶¹

Indien schriftelijk is bedongen dat over de geleende som rente verschuldigd is, maar de hoogte van die rente niet nader is bepaald, moet de rente vol-

56. Vgl. voorts art. 1:88 lid 4 BW, waarover Asser/De Boer I* 2010/246-247.

57. Erfgenamen kunnen zich beroepen op verrekening of toerekening bij verdeling van de nalatenschap.

58. Onderhandse of authentieke akte is niet vereist; mededeling in brief of e-mail volstaat (*Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 44-45).

59. O.a. A.J. van Straaten, *Woeker en het verbod op rente. Een verkenning naar inzichten onder drie wereldgodsdiensten gedurende drie millennia*, Amsterdam: Boom 2002.

60. Vgl. het verbod op rente (riba) op grond van de Shari'ah, waarover O. Salah, *Sukuk Structures: Legal Engineering Under Dutch Law* (diss. Tilburg), Den Haag: Eleven International Publishing 2014, hfdst. 1 en 2.

61. Vgl. in de context van de hoogte van de rente, Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/255.

gens de voor wettelijke rente vastgestelde rentevoet worden berekend (art. 7:129d BW).⁶² Die rente is op het moment van schrijven 2%.⁶³ Het is toegestaan om rente op rente (anatocisme) te bedingen, maar dat zal als zodanig bedongen moeten worden.⁶⁴

Anders dan rente bij consumentenkrediet,⁶⁵ is de hoogte van de rente bij geldlening tussen particulieren niet wettelijk geregeld. De hoogte van de rente wordt beheerst door ‘de algemene bepalingen betreffende rechtshandelingen in strijd met de openbare orde en de goede zeden en betreffende het misbruik maken van omstandigheden’, aldus de Toelichting Meijers.⁶⁶ Indien sprake is van een nietig rentebeding blijkt uit de rechtspraak dat de grondslag daarvoor in de regel strijdt met de openbare orde en/of de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW).⁶⁷ Wat de keuze tussen die twee grondslagen betreft, kan ik mij vinden in de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden⁶⁸ dat het vragen van woekerrente ‘moreel onaanvaardbaar’ is, en daarom in het bijzonder in strijd is met de goede zeden (in plaats van de openbare orde). Uit de rechtspraak blijkt voorts dat het gaat om de vergoeding die wordt gevraagd voor het beschikbaar stellen van het geld, ongeacht de benaming.⁶⁹ In plaats van ‘woekerrente’ kan daarom worden gesproken van ‘woekervergoeding’. Het vragen van rente wordt soms ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht.⁷⁰

De woekerrentes waarover wordt geoordeeld variëren. Twee uitspraken hebben betrekking op een woekerrente (of ‘woekervergoeding’) van 1000% per jaar.⁷¹ In andere uitspraken betreft het jaarrentes van 83,3% en 115%.⁷² De Rechtbank Maastricht oordeelde dat een rentepercentage in een overeenkomst van geldlening met een rechtspersoon en een natuurlijke persoon, dat werd bijgesteld van 36% naar 30% en ten slotte naar 15%, gelet op het risico voor terugbetaling en de korte termijn waarvoor de lening was afge-

62. De wettelijke rente op het moment van aangaan van de geldlening is m.i. bepalend voor de hoogte van de (vaste) contractuele rente.

63. Art. 1 Besluit wettelijke rente.

64. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/258, met verdere verwijzingen. In veel landen is het omstreden; in Nederland kan het vrijelijk bedongen worden, tenzij het gaat om consumentenkrediet (zie hieronder par. 3.3.3).

65. Zie hieronder par. 3.3.3.

66. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 467.

67. Zie over de ‘woekerwetten’ die vroeger op woekerrente van toepassing waren, W.L.P.A. Molengraaff, ‘Oude en nieuwe woekerwetten’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 365-395.

68. Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354, JOR 2011/348.

69. Bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354, JOR 2011/348.

70. Vgl. hofs arrest voorafgaand aan HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1137.

71. Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7225; Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0354, JOR 2011/348.

72. GEA 9 april 1956, NJ 1959/20; resp. Rb. Amsterdam 5 september 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB5432.

sloten niet als excessief, en daarom niet in strijd met de openbare orde of goede zeden.⁷³ In rechtspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba is geoordeeld dat in de verhouding tussen een kredietinstelling enerzijds en een onderneming en haar DGA dan wel een particulier anderzijds een rentepercentage van 1,5% maandelijks of 18% jaarlijks het maximaal aanvaardbare percentage is, en dat de boven dat rentepercentage overeengekomen rente nietig is als zijnde in strijd met de goede zeden en/of de openbare orde.⁷⁴ Dergelijke percentages kunnen maatgevend zijn in de verhouding tussen particulieren, maar een vast percentage is mijns inziens niet te geven. Voor de vraag of een vergoeding in strijd is met de goede zeden, zullen de omstandigheden van het geval — waaronder het risico van terugbetaling, de looptijd van de lening en de hoogte van de wettelijke rente — steeds bepalend zijn.

2.4 Op de grens met schenking; terugbetaling 'wanneer daartoe in staat'

De geldlening tussen particulieren bevindt zich om verschillende redenen op het grensvlak tussen lening en schenking. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van een aantal voorbeelden.

Het verstrekken van een (niet opeisbare) renteloze lening kan een gift inhouden indien de contante waarde van de vordering lager is dan het bedrag van de geldlening.⁷⁵ Indien de geldlening niet schriftelijk is vastgelegd, kan onduidelijkheid bestaan over de titel van de betaling van de geldsom.⁷⁶ De lener kan zich op het standpunt stellen dat sprake is van een schenking (titel 7.3 BW). Omdat de uitlener in dat geval evenmin rente zal hebben bedongen, daarvoor is immers een schriftelijk beding vereist (zie hiervoor), zullen de bewijsproblemen toenemen. Of sprake is van schenking of lening, dient door uitleg te worden vastgesteld.⁷⁷ Indien de uitlener besluit om de

73. Rb. Maastricht 31 december 2002, ECLI:NL:RBMAA:2002:AF2702.

74. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 25 oktober 2016, ECLI:NL:OGHACMB:2016:119; alsmede GEA 12 april 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:264; GEA 26 april 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:304.

75. Asser/Perrick 4 2013/255 en 306, met verdere verwijzingen. Het nog niet innen van een renteloze vordering is geen schenking, zie HR 26 februari 1986, NJ 1986/776 en NJ 1986/777. Vgl. voorts in het erfrecht, H.F. van der Weerd-van Joolingen, 'Fictieve schenking van rente', WPNR 2017/7165.

76. Vgl. voor bruikleen dan wel schenking van een auto, HR 17 juni 1994, NJ 1994/671 (*Gielkens/Gielkens*).

77. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*). Zie voor schenkingen, o.a. *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, 6, p. 4; Rb. Breda 20 november 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BG6295, r.o. 4.3; L.C.A. Verstappen, 'Schenking', in: M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. XVIII 3.2.3; en J.W.A. Biemans, 'DSM/Fox en uitleg

geldlening kwijt te schelden, om wat voor reden dan ook (uit vrijgevigheid of om 'spanningen' bij opeising te voorkomen), is eveneens sprake van een gift.⁷⁸

Indien een geldbedrag is verstrekt met het barmhartige beding dat de ontvanger daarvan het bedrag moet terugbetalen 'wanneer hij daartoe in staat is', hangt het van de uitleg van dat beding af of sprake is van een geldlening of een schenking. Indien in het beding wordt uitgelegd dat sprake is van een vordering onder opschortende *tijdsbepaling*, is sprake van een geldlening, en is tevens art. 7:129f BW van toepassing,⁷⁹ waarin de rechter de bevoegdheid is gegeven om het tijdstip van opeisbaarheid nader te bepalen.⁸⁰ Wordt het beding uitgelegd als een verbintenis tot terugbetaling onder opschortende *voorwaarde*, dan kan daarvan zowel sprake zijn bij een schenking,⁸¹ als bij een lening.⁸² Vanwege de daaraan verbonden gevolgen ligt het volgens de Hoge Raad in het algemeen minder voor de hand om bij geldleningen in de privésfeer een beding dat de lener de geldsom zal terugbetalen 'wanneer hij daartoe in staat zal zijn' aan te merken als een opschortende voorwaarde.⁸³ De Hoge Raad beschermt aldus de zachtmoedige uitlener die akkoord is gegaan met het beding, door te bepalen dat het bedrag in beginsel wel terugbetaald dient te worden, alleen dat het tijdstip waarop dat dient te gebeuren onzeker is en derhalve geen sprake is van een schenking. Dat getuigt van barmhartigheid jegens de uitlener.

Het zal in de praktijk niet eenvoudig zijn om van een bekende eenmaal geleend geld terug te vragen, indien terugbetaling uitblijft. Zoals opgemerkt zal het geleende moeten worden afgeschreven of de opeisbaarheid moeten worden uitgesteld tot na overlijden van de lener, om een ruzie met een

van notariële akten — (nog) geen "vloeiende overgang" van overeenkomst naar notariële akte', *MvV* 2015/6, p. 166-167.

78. Kwijtschelding is geregeld in art. 6:160 BW. Indien bij een 'papieren' schenking, de lening aan erflater na diens schenking pas opeisbaar is bij diens overlijden en geen daadwerkelijke betaling is verricht, vervalt de schenking, tenzij in notariële akte vastgelegd (art. 7:177 lid 1 BW), HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, *BNB* 2012/46, waarover o.a. M.N. Bende, 'De levendige materie van een schenking ter zake des doods', *WPNR* 2013/6983.
79. Vgl. art. 7A:1798 BW (oud). Daarvoor werd aangenomen dat een dergelijk beding zag op een opschortende voorwaarde (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/235; *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 45).
80. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2228, *NJ* 2016/440, *JOR* 2016/354. Het contractueel aangewezen tijdstip en de terugbetaling door partijen wordt dan als een zekere (toekomstige) gebeurtenis aangemerkt. Betaling voor dat tijdstip is niet onverschuldigd.
81. HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2576, *NJ* 2001/506.
82. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003/50.
83. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2228, *NJ* 2016/440, *JOR* 2016/354.

vriend of familielid te voorkomen. Bij aanvang schenken kan daarom soms een beter alternatief zijn.

2.5 Overdracht en verboden bedingen

De *lener* kan (gevoelsmatig) een zekere bescherming ontleen aan de *persoon* van de uitlener, zijnde een vriend of familielid. Dat verhindert niet dat de vriend of het familielid de vordering cedeert, zelfs aan een incassobureau.⁸⁴ De aard van de geldvordering staat aan overdraagbaarheid niet in de weg; de te leveren prestatie *als zodanig* verandert niet door een wisseling van schuldeiser.⁸⁵ Ook de verweermiddelen van de schuldenaar zullen door de cessie niet veranderen (art. 6:145 BW). Dat gezegd hebbende, kan de wisseling van de schuldeiser een feitelijke verandering (verslechtering) voor de schuldenaar betekenen, bijvoorbeeld omdat de nieuwe schuldeiser op een andere (hardere) wijze de vordering int.⁸⁶ De lener kan zich hiertegen slechts in beperkte mate beschermen. Hij kan weliswaar bedingen dat de vordering onoverdraagbaar is,⁸⁷ maar voor zover de status van vriend of familielid voor hem van belang is geweest bij het aangaan van de geldlening, verhindert een beding van overdraagbaarheid niet dat de vriendschap wordt verbroken of familieleden gebrouilleerd raken en die status alsnog verloren gaat.⁸⁸

Voor de *uitlener* kan de status van de uitlener als (vriend of) familielid eveneens van belang zijn. Het kan bijvoorbeeld van belang zijn dat het geleende geld binnen de familie blijft of dat de lener tot de familie behoort. Uit de rechtspraak blijkt dat die status als voorwaarde wordt gesteld voor de opeisbaarheid of de hoogte van de rente. Zo waren twee (ex-)schoonzussen een rente van 4% overeengekomen, en een rente van 10% voor het geval waarin de relatie tussen de gedaagde (lener) en de broer van eiser (uitlener) zou zijn verbroken. De uitlener had de vordering ter incasso uit handen gegeven aan een incassokantoor. De rechtbank acht het beding in strijd met de goede zeden en daarom nietig (art. 3:40 BW).⁸⁹

84. Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0838.

85. Art. 3:83 lid 1 BW; vgl. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 314.

86. Vgl. J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 555.

87. Art. 3:83 lid 2 BW, waarover F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen, Serie Recht en Praktijk deel 126), Deventer: Kluwer 2003.

88. Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen evenwel aan opeising in de weg staan.

89. Rb. Rotterdam 28 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW0838: 'Het in het vooruitzicht stellen van een financieel nadeel bij een zo persoonlijke keuze als het verbreken van een relatie, past niet in deze tijd. Bovendien heeft gedaagde het niet (alleen) in haar macht het verbreken van die relatie te voorkomen. Dit klemmt temeer nu de broer van

In een andere zaak ging het om een beding in een overeenkomst van geldlening waarbij de vervroegde opeisbaarheid afhankelijk was gesteld van een bepaalde partnerkeuze.⁹⁰ Het hof oordeelt dat niet (alleen) het beding, maar (ook) de geldlening nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de goede zeden. De zoon diende het geleende geld terug te betalen op grond van onverschuldigde betaling.⁹¹ Hij was daardoor niet beter af dan in het geval dat het hof het beding en de overeenkomst in stand had gelaten. Dat in beide zaken de rechters de bedingen in strijd achten met de goede zeden, komt mogelijk door de wat onbarmhartige opstelling van de uitleners die hun (voormalige) familieleden houden aan de overeengekomen bedingen.

De principiële vraag is of dergelijke bedingen zijn toegestaan. Daarvoor kan te rade worden gegaan in het relatievermogensrecht en erfrecht, waar een vergelijkbare vraag speelt. Het BW faciliteert tot op zekere hoogte de wens dat goederen binnen (de warme kant van) de familie blijven. Een erflater of schenker kan bijvoorbeeld in zijn uiterste wilsbeschikking of gift bepalen dat goederen (waaronder geld) niet in de wettelijke gemeenschap van goederen vallen (uitsluitingsclausule).⁹² Indien in het erfrecht de wettelijke verdeling van toepassing is, zijn de geldvorderingen van de kinderen jegens de langstlevende niet opeisbaar tot diens overlijden of faillissement (art. 4:13 lid 3 BW). Bij het voornemen tot hertrouwen van de langstlevende ouder kan het kind zijn wilsrechten inroepen en daarmee de bloot eigendom van de goederen van de nalatenschap verkrijgen (art. 4:19 e.v. BW); de bescherming van de langstlevende is aldus niet meer absoluut bij hertrouwen. In de notariële praktijk worden de genoemde opeisingsgronden uitgebreid tot andere gevallen, waaronder een opvolgend huwelijk of geregistreerd partnerschap.⁹³ In de literatuur wordt een erfstel-

eiser kennelijk geen partij is bij deze overeenkomst ter oplossing van schulden, die deels betrekking hebben op de woonsituatie van het gezin.'

90. Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6427, JOR 2013/253. De zoon had met zijn toenmalige partner een woning gekocht, zag daar op het laatste moment van af en was toen een boete verschuldigd. De zoon en zijn partner gingen vervolgens uit elkaar. Om de boete te betalen leende hij geld van zijn ouders. De geldlening bepaalde dat de aflossing van de lening geheel vrijblijvend zou zijn, dat de jaarlijkse rente 4% was en dat indien de zoon zijn verhouding met zijn ex-partner zou bestendigen of opnieuw zou aangaan, het openstaande saldo van de lening direct opeisbaar zou worden en onmiddellijk moest worden terugbetaald. Nadat bleek dat de zoon en zijn ex-partner wederom samenwoonden betrokken de ouders de zoon in rechte. De (vervroegde) opeisbaarheid bleek voor de zoon een probleem te vormen.
91. Zonder de verplichting contractuele rente te betalen, maar met de verschuldigdheid om wettelijke rente te betalen indien hij met de terugbetaling in verzuim blijft, welke termijn het hof vaststelt op 14 dagen na het wijzen van het arrest.
92. Art. 1:94 lid 2 onder a BW. Zie voor een verstrekkendere regeling in het nieuw huwelijksvermogensrecht, hieronder par. 4.4.2.
93. Vaak met de nuancering: 'zonder huwelijksvoorwaarden of partnerschapsvoorwaarden'.

ling onder de ontbindende voorwaarde dat de langstlevende hertrouwt⁹⁴ in strijd met de goede zeden geacht, omdat de uit de vervulling van de voorwaarde voortvloeiende verplichting tot teruggave van de vermaakte goederen te veel de persoonlijke (keuze)vrijheid van de bevoordeelde beïnvloedt.⁹⁵ Op dezelfde wijze wordt het beding dat de geldvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling opeisbaar is bij het hertrouwen van de langstlevende onzedelijk geacht.⁹⁶ Deze opvatting sluit aan bij de hiervoor genoemde rechtspraak ten aanzien van geldleningen.⁹⁷ Andere geluiden zijn echter ook te horen. Zo heeft de Rechtbank Noord-Holland geoordeeld dat een dergelijk beding ex art. 4:13 lid 3 BW niet in strijd is met de goede zeden, en derhalve niet nietig of vernietigbaar, onder andere overwegende dat de testeervrijheid voorop staat en dat ‘in Nederland geen communis opinio [bestaat] ten aanzien van de onbehoorlijkheid van de hertrouwbe-paling’.⁹⁸

Het oordeel dat dergelijke bedingen (die zien op de opeisbaarheid van bestaande rechten) in strijd zijn met de goede zeden laat weinig ruimte voor een belangenafweging. In de commerciële kredietverlening worden ook voorwaarden gesteld aan opeisbaarheid en hoogte van rente in verband met de status van de kredietnemer. Een uitlener die geld leent binnen de familie kan een redelijk, vermogensrechtelijk belang hebben dat de status van de persoon aan wie hij het geld uitleent, behouden blijft, hetgeen zich kan vertalen in een hogere rente of een eerdere opeisbaarheid indien die status verloren gaat. De lener kan een kredietovereenkomst met een bank aangaan om de geldlening terug te betalen. De belemmering van de keuzevrijheid is in zoverre niet absoluut. Wordt met terugbetaling door de uitlener op grond van een dergelijk beding geen redelijk doel gediend, dan kan alsnog afwijzing volgen op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals uit het onderstaande volgt.

2.6 Problemen met opeisbaarheid

De lener hoeft het geleende niet rauwelijs terug te betalen. De wet is barmhartig jegens de lener: hij is verplicht het door hem op grond van de overeenkomst verschuldigde pas terug te betalen binnen zes weken nadat

94. Of een geregistreerd partnerschap aangaat of gaat samenwonen.

95. Asser/Perrick 4 2013/195, met verdere literatuur- en rechtspraakverwijzingen.

96. Bijvoorbeeld Asser/Perrick 4 2013/195.

97. Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6427, JOR 2013/253, met dien verstande dat de *gehele* overeenkomst als nietig werd aangemerkt.

98. Rb. Noord-Holland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2026. Voorts speelde mee dat het beding alleen van toepassing is indien geen huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt. Zie instemmend, maar wat innerlijk tegenstrijdig: N.V.C.E. Bauduin, *Wilsdelegatie in het erfrecht* (diss. Nijmegen), s.n. 2014, p. 37.

de uitlener heeft medegedeeld tot opeising over te gaan, tenzij een ander tijdstip voor de terugbetaling uit de overeenkomst voortvloeit (art. 7:129e BW). Een dergelijk ander tijdstip kan mondeling overeengekomen zijn, uit de aard van de overeenkomst voortvloeien of daarin impliciet besloten liggen.⁹⁹ Bij kleinere bedragen ligt het mijn inziens voor de hand dat terugbetaling binnen een kortere termijn dient te gebeuren.

De familieverhouding waarbinnen een lening worden aangegaan, en mogelijk ook een onbarmhartige opstelling van de uitlener, kan (mede) bepalend zijn voor een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid indien terugbetaling wordt geëist van een ‘opeisbare’ lening binnen die familieverhouding, zo volgt uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁰⁰ Voor de nakoming van de terugbetalingsverplichting was executoriaal beslag gelegd, en daarvan werd opheffing gevorderd. Het betrof een lening die de dochter was aangegaan met haar ouders om de koopprijs te betalen van de woning die zij aan haar hadden verkocht en waarbij aan hen het recht van gebruik en bewoning was verleend. De leveringsakte vermeldt dat de lening ‘te allen tijde opeisbaar is en overigens onder door partijen onderling nader overeen te komen bepalingen en bedingen’ (welke bepalingen of bedingen niet waren gemaakt). Nadat de vader is overleden en de dochter bij haar moeder is ingetrokken om haar te verzorgen, en in dat kader bovendien schulden maakt voor de verzorging van haar moeder, maakt de moeder aanspraak op terugbetaling. Dat gebeurt klaarblijkelijk onder invloed van een halfbroer van de dochter, waarmee eerder verstoorde contacten inmiddels zijn hersteld. Uit kracht van de grosse van de leveringsakte laat (de gemachtigde van) de moeder ten laste van zowel de dochter als haar man executoriale beslagen leggen voor de terugbetaling van de lening. Het hof wijst de vordering tot opheffing van de beslagen toe op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De toewijzing van dat beroep daarop wordt volgens het hof ‘in hoge mate gekleurd door de familieverhoudingen die aanleiding zijn geweest tot het aangaan van de lening’. Het hof oordeelt onder meer dat niet gebleken is van een bevoordeling van de dochter ten nadele van de halfbroer bij de verkoop van de woning, dat de dochter de lening op enig moment zal aflossen (al dan niet bij de verdeling van de nalatenschap van de moeder), dat geen sprake is van benadeling van de zoon doordat de lening door de dochter nu niet wordt afgelost, dat evenmin sprake is van een relevante wijziging in de financiële positie van de moeder, en dat

99. Vgl. art. 7:128a BW (par. 3.2.4.5) en opzegging van zakelijk krediet (par. 4.2.7).

100. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7162. Vgl. de afwijzing van de vordering van een moeder tot wijziging van een schenking van de (toen nog niet gescheiden) ouders destijds aan hun zoon, vanwege haar eigen financiële problemen, mede in verband met art. 6:258 BW, Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4861.

verder geen andere feiten of omstandigheden zijn gesteld waaruit een belang bij directe opeising blijkt. Volgens het hof is het gelet op de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om ter invordering van de lening op grond van de uit 2004 daterende grosse executoriale beslagen te leggen, enkel en alleen op grond van het argument dat het tien jaar na het opstellen daarvan ‘onderhand wel tijd’ is dat de dochter tot terugbetaling van de lening overgaat. Het lijkt mij een juiste beslissing.¹⁰¹

Net als de uitspraken over verboden bedingen, bevestigt ook de hiervoor genoemde uitspraak het vermoeden dat degene die geld uitleent in het kader van een ‘vriendendienst’ – naast een verstoorde verhouding met vriend of familielid – zich niet in een gemakkelijke positie bevindt, indien hij voor een rechter staat om het geleende geld terug te krijgen, met name niet als hij zich daarbij onbarmhartig opstelt. Gelet op de mogelijkheden die een beroep op de goede zeden of de redelijkheid en billijkheid aan een rechter bieden is een goede afloop van terugbetaling hoogst onzeker indien de rechter van oordeel is dat zulks niet ‘gerechtvaardigd’ is. Ook hierom dient de uitlener zich dubbel te bedenken voordat hij geld uitleent aan een vriend of familielid. Omgekeerd bevindt ook de lener zich niet in een benijdenswaardige positie als hij bij de uitlener uit de gratie valt, al dan niet door toedoen van een derde.

2.7 Langs de notaris; zekerheidsrechten en/of executoriale titel

Uit het voorgaande blijkt dat geld uitlenen aan vrienden of familieleden niet zonder risico’s is. Met name waar het gaat om grotere bedragen kunnen uitlener en lener de geldlening het beste laten vastleggen in een notariële akte. Niet alleen zal daardoor geen misverstand bestaan over de aard van de transactie en de voorwaarden waaronder het geld wordt uitgeleend, waaronder (de hoogte van) de rente, maar ook kan de notaris toezien op de redelijkheid van de bedingen. Partijen kunnen desgewenst vastleggen dat opeisbaarheid en terugbetaling pas spelen na het overlijden van de uitlener. Door het vastleggen van de schuld in een notariële (authentieke) akte beschikt (de erfgenaam van) de uitlener over een executoriale titel (art. 430 Rv).¹⁰²

Indien een overeenkomst van geldlening wordt aangegaan tussen twee particulieren, gelden geen beperkingen ten aanzien van de verstrekking van zekerheidsrechten. Bijvoorbeeld, de ouder die de woning van een kind

101. De notaris had beter kunnen bepalen dat de lening pas opeisbaar was bij overlijden van de langstlevende.

102. Vgl. hieronder par. 3.2.4.8.

(mee)financiert kan daarop een (tweede) hypotheekrecht krijgen; de ouder die geld leent van zijn kinderen om een belastingschuld te betalen kan daarvoor een hypotheekrecht op zijn woning verstrekken.¹⁰³ Het lijkt mij redelijk dat het zekerheidsrecht ‘slechts’ wordt verleend voor de terugbetaling van een *bepaalde* vordering, en dus niet voor ‘al hetgeen de vriend of het familielid te vorderen heeft of mocht hebben, uit welke hoofde dan ook’, zoals gebruikelijk bij een bankhypotheek (art. 3:231 BW). De notaris dient ervoor te waken dat in een dergelijke verhouding tussen familieleden niet meer zekerheden worden verstrekt dan nodig, ook met het oog op de belangen van andere familieleden, die mogelijk (uit hoofde van een eerder opgevallen nalatenschap ook) schuldeiser kunnen zijn.¹⁰⁴

103. Voorbeeld ontleend aan Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5299, JOR 2015/351.

104. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5299, JOR 2015/351; alsmede J.W.A. Biemans, ‘Toepassing van de faillissementspauliana en de actio Pauliana op de vereffening van de nalatenschap’, WPNR 2017/7136, par. 3.4.

Hoofdstuk 3

Bergen van regelgeving en rechtspraak: kredietverstrekking aan consumenten

Prof. mr. J.W.A. Biemans

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat kredietverstrekking aan consumenten centraal. Op het gebied van de kredietverlening aan consumenten hebben zich in de afgelopen tien jaar veel ontwikkelingen voorgedaan. Zonder volledigheid na te streven wordt hieronder, vanuit privaatrechtelijk perspectief, ingegaan op een aantal van die ontwikkelingen, die hoofdzakelijk betrekking hebben op kredietverstrekking en goederen. Na een korte schets van Europese richtlijnen, nationale regelgeving en gedragscodes passeren de revue: effectenlease, telefoonabonnementen, hypothecair krediet voor woningen en pandbelening. De rode draad van deze vier onderwerpen is de verhouding tussen krediet en goederen en het (eventuele) gevaar van overkreditering.

Vervolgens wordt ingegaan op een aantal overkoepelende thema's: te weten: (i) informatieverplichtingen, (ii) effectieve sancties tegen overkreditering en restschuld, (iii) begrenzing van kredietvergoeding en andere rente en kosten, (iv) ambtshalve toetsing en (v) overdracht van consumentenkredietvorderingen.

De 'barmhartige' kredietverlening door de Bergen van Barmhartigheid, als voorlopers van de gemeentelijke kredietbanken,¹⁰⁵ blijft buiten beschouwing. Hoewel een gemeentelijke kredietbank tegen gunstigere voorwaarden leent, kan deze bank in afwijking van de wettelijke regeling onder bepaalde voorwaarden onder andere (stille) pandrechten op de huisraad en op de (loon)vorderingen tot onder de beslagvrije voet bedingen.¹⁰⁶

105. Gemeentelijke kredietbanken zijn geregeld in art. 4:36 en 4:37 Wft en zijn vrijgesteld van verschillende regels. Zie in publiekrechtelijke zin bijvoorbeeld art. 2:60 lid 1 jo. art. 2:61 lid 2 Wft, art. 2:75 jo. art. 2:76 lid 3 Wft, art. 2:96 jo. art. 2:97 lid 2 Wft en art. 4:2 Wft, alsmede art. 47 jo. art. 48 lid 1 onder b Wck (verbod op schuldbemiddeling); en in privaatrechtelijke zin art. 7:58 lid 1 jo. lid 2 onder j BW, art. 7:77 lid 1 onder d jo. lid 2 BW, art. 7:79 lid 1 jo. lid 2 BW en art. 7:119 lid 1 jo. lid 2 onder g BW.

106. Zie art. 7:77 lid 1 onder d jo. lid 2 BW, art. 7:79 lid 1 jo. lid 2 BW.

3.2 Ontwikkelingen

3.2.1 Europese richtlijnen, nationale wetgeving en financiële gedragscodes

Een belangrijke ontwikkeling binnen de kredietverstrekking aan consumenten is de veelheid aan Europese en nationale regelgeving. Nog los van rechtspraak is de rechtzoekende aangewezen op een veelheid aan regelgeving: de EU-wetgeving, de Nederlandse financiële toezichtsregelgeving die van bestuursrechtelijke aard is, het Nederlandse privaatrecht en de zelfregulering door de ‘kredietindustrie’.¹⁰⁷

De wettelijke regelingen inzake kredietverlening zijn betrekkelijk nieuw. Wat betreft EU-wetgeving geldt dat voor de Richtlijn consumentenkrediet 2008/48 en de Richtlijn hypothecair krediet 2014/17.¹⁰⁸ De richtlijnen zijn zowel in de Wft als in het BW geïmplementeerd. Dat heeft geleid tot de toevoeging van twee nieuwe regelingen: afd. 7.2A.1 BW heeft per 25 mei 2011 de Richtlijn consumentenkrediet geïmplementeerd,¹⁰⁹ en afd. 7.2B.3 BW per 14 juli 2016 de Richtlijn hypothecair krediet.¹¹⁰ Daarnaast heeft de wetgever niet stilgezeten en heeft, zonder dat daar Europese wetgeving aan ten grondslag ligt, nog in een aantal andere wetswijzigingen voorzien. Per 1 januari 2017 zijn in werking getreden afd. 7.2A.2 BW inzake consumentenkrediet, met resterende bepalingen uit de Wck,¹¹¹ afd. 7.2B.1 BW inzake goederenkrediet betreffende roerende zaken, niet-registergoederen, afd. 7.2B.2 BW inzake huurkoop onroerende zaken en afd. 7.2C BW inzake

107. Vgl. O.O. Cherednychenko & J.M. Meindertsma, ‘Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governance-systeem’, *TvC* 2014/4, p. 181 e.v.

108. Zie Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* L 133/66); resp. Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van Richtlijn 2008/48/EG en Richtlijn 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 (*PbEU* 2014, L 60/34).

109. Wet van 19 mei 2011 tot wijziging van Boek 7 van het BW, de Wft en enige andere wetten ter implementatie van Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* L 133/66); *Stb.* 2011, 246; *Kamerstukken* 32339.

110. Wet van 23 maart 2016 tot wijziging van de Wft, Boek 7 BW, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Overgangswet nieuw BW ter implementatie van Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van Richtlijn 2008/48/EG en Richtlijn 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 (*PbEU* 2014, L 60/34); *Stb.* 2016, 265; *Kamerstukken* 34292.

111. Afgezien van art. 47-48a Wck.

geldlening.¹¹² Al eerder, per 1 juli 2014, heeft de wetgever de regeling inzake pandbelening herzien en in titel 7.2D BW ondergebracht.¹¹³ Het privaatrechtelijke kader voor kredietverlening wordt voorts bepaald door de toepasselijke regels in het BW en het Rv, waaronder die inzake onrechtmatige daad, redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid, dwaling, algemene voorwaarden, ambtshalve toetsing en schadevergoeding.¹¹⁴

De zelfregulering door kredietgevers bestaat uit gedragscodes.¹¹⁵ De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) bijvoorbeeld heeft een ‘Gedragscode Consumptief Krediet’; de NVB en het Verbond van Verzekeraars een ‘Gedragscode Hypothecaire Financieringen’ (GHF);¹¹⁶ en de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN) een ‘Gedragscode’.¹¹⁷ Gedragscodes kunnen voorlopers zijn van wetgeving,¹¹⁸ de AFM kan onderdelen daarvan overnemen in haar beleidsdocumenten¹¹⁹ en gedragscodes zijn mede van belang voor invulling van de bancaire zorgverplichting.¹²⁰

Tegen de achtergrond van deze regelgeving wordt hieronder nader specifiek ingegaan op de volgende vormen van krediet aan consumenten: effectenlease, telefoonabonnementen, hypothecair krediet en pandbelening.

112. Wet consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening (*Stb.* 2016, 360); *Stb.* 2016, 4238; *Kamerstukken* 34442. Door de inwerkingtreding van deze wet zijn titel 7.2A BW en titel 7.2B BW en hun afdelingen veranderd in ‘afdelingen’ resp. ‘onderafdelingen’.
113. Wet van 11 september 2013 tot aanvulling van Boek 7 van het BW met een nieuwe titel 2D (regels met betrekking tot pandbeleningen), *Stb.* 2013, 350; *Kamerstukken* 33334.
114. Vgl. o.a. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013 en J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten* (Serie Recht en Praktijk FR8), Deventer: Wolters Kluwer 2015. Over titels inzake kredietovereenkomsten verschijnt een afzonderlijk Asser-deel.
115. Vgl. over de totstandkoming van dergelijke gedragscodes o.a. M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, ‘Overkreditering bij consumentenkrediet’, *MvV* 2014/7-8, par. 4; *Kamerstukken II* 2015/16, 34198, 17 en noot onder HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *JOR* 2016/127 (*Lindorff/Nazier*). De ‘klant’ dient zich soms ook te verdiepen in regelingen en schikkingen, zoals bij effectenlease de ‘Duisenberg-regeling’ en de Overeenkomst Dexia Aanbod, en bij de renteswaps (MKB) het ‘Uniform herstellkader rentederivaten MKB’.
116. Raadpleegbaar op www.nvb.nl.
117. Raadpleegbaar op www.vfn.nl.
118. Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 2, p. 65 en 68-69.
119. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 69; Leidraad ‘Betalingsachterstanden bij hypotheek. Voorkomen en oplossen van betalingsachterstanden in het belang van de klant’ van de AFM van maart 2013.
120. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *JOR* 2017/236 (*SNS/Stichting W&P*); *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 20. Anders: CBB 3 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, *JOR* 2013/280.

3.2.2 Wat heeft tien jaar rechtspraak inzake effectenlease opgeleverd?

3.2.2.1 Inleiding en achtergrond

In het begin van de jaren 2000 bleek dat consumenten (massaal) schade hadden geleden door het aangaan van zogenoemde effectenleaseovereenkomsten. Met geleend geld kochten consumenten effecten aan, in de hoop dat de opbrengst daarvan – na waardeestijging – het geleende bedrag met rente zou overtreffen. Bij een restschuldproduct betaalde de consument alleen maandelijks rente, werden de effecten aan het einde van de looptijd verkocht en werd uit de opbrengst de lening voldaan. Het eventuele restant werd aan de consument uitgekeerd; een eventueel tekort was de restschuld. Bij een aflossingsproduct betaalde de consument niet alleen rente, maar loste hij af gedurende de looptijd en werd aan het einde van de looptijd de gehele opbrengst uitgekeerd. In beide gevallen was de consument niet de (onvoorwaardelijke) rechthebbende op de effecten totdat deze waren afbetaald (huurkoop, koop op afbetaling) of vestigde hij daarop een pandrecht.

Effectenleaseproducten bleken risicovolle ‘goederen’ waardoor beleggers – net als andere mensen niet vreemd van hoogmoed, hebzucht en gemakzucht – niet alleen winsten konden behalen, maar ook met (aanzienlijke) restschulden konden eindigen. Dat gold zowel voor restschuldproducten na afloop van de looptijd van het product, als voor aflossingsproducten bij een tussentijdse beëindiging daarvan.

In 2005 zijn Dexia en een aantal belangenorganisaties¹²¹ een minnelijke schikking overeengekomen (de ‘Duisenberg-regeling’),¹²² welke overeenkomst het Hof Amsterdam in 2007 verbindend heeft verklaard als WCAM-overeenkomst,¹²³ met de mogelijkheid voor beleggers om een ‘opt-out-verklaring’ af te leggen. Een aantal beleggers (al dan niet een claimstichting ex art. 3:305a BW namens beleggers) heeft die verklaring afgelegd, en is een (proef)procedure gestart tegen Dexia en andere aanbieders van effectenleaseproducten. Deze procedures hebben de laatste tien jaar voor veel rechtspraak gezorgd. De vraag is wat de (blijvende) betekenis daarvan is. De wetgever heeft in de MvT bij afd. 7.2A.2 BW opgemerkt:

121. Consumentenbond, Vereniging van Effectenbezitters, Stichting Leaseverlies en Stichting Egelease.

122. Vernoemd naar de bemiddelaar dr. W.F. (Wim) Duisenberg, o.a. oud-President DNB, oud-Minister van Financiën en eerste President ECB.

123. Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, JOR 2007/71. De WCAM-overeenkomst dient naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd, HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835, JOR 2017/11 (*X/Värde Investments*).

‘Tegen de achtergrond dat het gevaar van overkreditering bij effectenkrediet in de huidige tijd weinig reëel is, wordt daarom voorgesteld terug te keren naar het systeem zoals dat vóór de implementatie gold, zodat effectenkrediet niet valt onder de voorgestelde regeling [van afd. 7.2A.2 BW]. De kredietnemer wordt voldoende beschermd door de regeling van artikel 4:34 lid 2 Wft en de Gedragscode Consumptief Krediet.’¹²⁴

De wetgever impliceert dat de geschiedenis inzake effectenleaseovereenkomsten, zoals kenbaar uit talloze procedures, zich niet zal herhalen. Dat is inderdaad moeilijk voorstelbaar. Recente rechtspraak inzake renteswaps¹²⁵ laat evenwel zien dat die hoop wellicht ijdel is. De vraag is wat tien jaar rechtspraak effectenlease ons heeft opgeleverd.

3.2.2.2 *Wettelijk kader: effectenlease is consumentenkrediet én goederenkrediet; Wck (oud) en afd. 7.2A.2 BW niet van toepassing*

Tien jaar rechtspraak van de Hoge Raad inzake effectenlease heeft ten eerste voor duidelijkheid gezorgd over de toepasselijke wettelijke regels. De destijds door de Hoge Raad gemaakte keuzes werken (grotendeels) door in het huidige recht.

Wck (oud)

In *De Treek/Dexia*¹²⁶ en *GeSp/Aegon*¹²⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de Wck (oud) niet van toepassing is op effectenleaseovereenkomsten. Een effectenleaseovereenkomst is niet aan te merken als een ‘krediettransactie’ als bedoeld in art. 1 Wck, omdat van ‘geldkrediet’ eerst sprake is indien de kredietnemer de vrije beschikking heeft over de ter beschikking gestelde geldsom, terwijl onder een ‘geldkrediet’ niet valt het verschaffen van het genot van een goed. Bij een effectenleaseovereenkomst wordt niet een geldsom ter beschikking gesteld, maar wordt het krediet verstrekt met betrekking tot het verschaffen van het genot van goederen (te weten: effecten). Van ‘goederenkrediet’ ex art. 1 Wck is evenmin sprake, omdat het krediet dan betrekking dient te hebben op het verschaffen van het genot van een roerende zaak (art. 3:2 BW); effecten zijn daarentegen vermogensrechten (art. 3:6 BW) die niet onder werking van de Wck zijn gebracht. Ook door uitleg in het licht van de Richtlijn consumentenkrediet 1986¹²⁸ kan het

124. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 20.

125. Zie hieronder, par. 4.2.6.

126. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

127. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

128. Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986, betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet, *PbEG* 1987, L 42/48, nadien gewijzigd door Richtlijn 90/88EEG (*PbEG* 1990, L 61/14) en Richtlijn 98/7/EG (*PbEG* 1998, L 101/17).

beoogde resultaat niet worden bereikt, omdat effectenleaseovereenkomsten ondubbelzinnig van het bereik van de Wck zijn uitgesloten, aldus de Hoge Raad. Deze uitkomst lag niet zonder meer voor de hand: in de lagere rechtspraak en literatuur werd voor het wijzen van deze arresten over de toepasselijkheid van de Wck op effectenlease wisselend gedacht.¹²⁹

Afd. 7.2A.2 BW

De wetgever heeft bij het overbrengen van de resterende bepalingen uit de Wck naar afd. 7.2A.2 BW hierin geen wijziging gebracht. De regeling beperkt ‘goederenkrediet’ tot roerende zaken, niet-registergoederen (art. 7:74 BW) en bevat geen schakelbepaling voor vermogensrechten. De bepalingen inzake goederenkrediet zijn derhalve *per definitie* alleen van toepassing op roerende zaken, niet-registergoederen. De (overige) bepalingen zijn evenmin van toepassing op effectenkrediet (art. 7:75 lid 3 BW). De wetgever noemt als reden daarvoor de complicaties die ontstaan wanneer de kredietnemer het effectenkrediet onverwacht beëindigt.¹³⁰ Dat overtuigt niet: de bepalingen in afd. 7.2A.2 BW zijn immers niet beperkt tot beëindiging. Ze bieden méér bescherming aan consumenten, zoals een begrenzing van de kredietvergoeding (art. 7:76 en 7:77 lid 1 onder a BW). De wetgever had ook kunnen voorzien in een maatwerkregeling (vgl. afd. 7.2A.1 BW)¹³¹ of een schakelbepaling (vgl. art. 7:100 BW).

Goederenkrediet

In *Dexia/Van Tuijl*¹³² heeft de Hoge Raad bevestigd dat de koop op afbetaling van effecten, inclusief huurkoop van effecten, mogelijk is ex art. 7A:1576 lid 5 BW (oud). De Hoge Raad heeft dat in een aantal arresten als volgt uitgewerkt. Bij koop van aandelen met levering onder opschortende voorwaarde van volledige betaling, betekent ‘aflevering’ dat de koper het genot van de aandelen verkrijgt en de macht over de aandelen wordt verschaft. Levering geschiedt door bijschrijving op naam van de verkrijger in de administratie van de aangesloten instelling (art. 17 Wge). Aflevering kan geschieden door voorwaardelijke administratie van aandelen op naam van de kredietnemer waardoor vanaf dat moment aan hem alle baten en waardeveranderingen toekomen, ook als de kredietnemer op dat moment nog niet alle aan de aandelen verbonden rechten mag uitoefenen. Door overdracht onder opschortende voorwaarde wordt de kredietnemer nog niet volledig rechthebbende op de aandelen, maar draagt hij wel het volledige risico van de waardeontwikkeling van de aandelen, kan hij krachtens

129. Zie rechtspraak en literatuur genoemd in de conclusie vóór *De Treck/Dexia*, ECLI:NL:PHR:2009:BH2815, nr. 6.2 en 6.3.

130. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 20 en 25.

131. Art. 7:77 lid 1 onder c BW kan buiten toepassing worden verklaard.

132. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, NJ 2009/578, JOR 2008/131 (*Dexia/Van Tuijl*), zoals bevestigd in diverse arresten nadien.

de onderliggende overeenkomst het recht verkrijgen op het uit het aandeel voortvloeiend dividend, en heeft hij dus in die zin ook het genot ervan.¹³³ Van genotsverschaffing is ook sprake indien aan huurkoper toekomende dividenden worden verrekend ingevolge de effectenleaseovereenkomst met door huurkoper verschuldigde premies.¹³⁴ De Hoge Raad kijkt door ‘constructies’ heen conform de strekkingsbepaling van art. 7A:1576 lid 3 BW (oud) (art. 7:84 lid 2 BW).¹³⁵ Ook onder huidige recht kwalificeert effectenlease als goederenkrediet (art. 7:84 BW) en zijn de goederenkredietbepalingen daarop van overeenkomstige toepassing, voor zover in overeenstemming met de aard van het recht (art. 7:100 BW).¹³⁶ De wetgever heeft nagelaten in afzonderlijke regeling inzake ‘effectengoederenkrediet’ te voorzien en/of de hiervoor genoemde regels te codificeren, waardoor de rechtspraak van de Hoge Raad onverminderd van belang blijft.

In de parlementaire geschiedenis bij art. 7:100 BW merkt de wetgever nog op dat de aard van effecten tot gevolg heeft dat bijvoorbeeld art. 7:79 BW (verbod op verpanding van toekomstige zaken), art. 7:89 BW (einde van rechtswege eigendomsvoorbehoud en pandrecht) en art. 7:96 BW (gevolgen ontbinding kredietovereenkomst) niet van overeenkomstige toepassing zijn.¹³⁷ Dat art. 7:79 BW niet van toepassing is, volgt reeds uit art. 7:75 lid 3 BW. Van overeenkomstige toepassing is geen sprake, omdat deze bepaling buiten het bereik van art. 7:100 BW valt.

Consumentenkrediet

Bij effectenlease is sprake van consumentenkrediet in de zin van afd. 7.2A.1 BW.¹³⁸ Art. 7:58 lid 2 aanhef en onder c sub 2 BW bepaalt dat ‘deze titel niet van toepassing is op huur- of leaseovereenkomsten, tenzij zij als een overeenkomst van goederenkrediet als bedoeld in art. 7:84 BW moeten worden aangemerkt’. De afdeling bevat bovendien een maatwerkregeling voor effectenkrediet.¹³⁹ De overeenkomst is gedefinieerd in art. 7:57 lid 1

133. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, NJ 2009/578, JOR 2008/131 (*Dexia/Van Tuijl*); en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3868, JOR 2010/309 (*Van Onna/Dexia*).

134. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3868, JOR 2010/309 (*Van Onna/Dexia*).

135. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8457, JOR 2012/48 (*Roozendaal-Van Kempen/Achmea*); vgl. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4989, JOR 2012/295 (*Delta Lloyd/Gruia*).

136. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 35. Vgl. art. 7:47 BW (koop) en art. 7:201 lid 2 BW (huur).

137. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 25.

138. Vgl. HR 5 juni 2009, JOR 2009/199 (*De Treck/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*), waar de Hoge Raad opmerkt (in het kader van eigen schuld) ‘dat de [effectenlease-] overeenkomst voorzag in een geldlening’.

139. Afd. 7.2A.1 BW is in beginsel op deze overeenkomst van toepassing, met dien verstande dat rekening is gehouden met de specifieke kenmerken van effectenkrediet (*Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 11-13). Een bijzondere regeling geldt voor reclame- en informatieverplichtingen (art. 7:59 lid 2, 7:60 lid 2, 7:61 lid 7 en 7:64 BW) en bepalingen betreffende het herroepingsrecht en de gevolgen van de herroeping van een samenhan-

onder o BW als de overeenkomst waarbij tegen onderpand van een effectenportefeuille een doorlopend krediet wordt verleend of toegezegd, inhoudende dat de consument op verschillende tijdstippen geldsommen bij de kredietgever kan opnemen, voor zover het uitstaande saldo een bepaalde kredietlimiet niet overschrijdt, de consument met het krediet transacties kan verrichten in financiële instrumenten en de kredietgever betrokken is bij die transacties.¹⁴⁰ De precieze verhouding tussen effectenkrediet in afd. 7.2A.1 BW en ‘effectengoederenkrediet’ in afd. 7.2B.1 BW volgt niet duidelijk uit de genoemde regelingen of de parlementaire geschiedenis daarbij. Ook hier was enige verduidelijking ten aanzien van de privaatrechtelijke regeling van het ‘effectengoederenkrediet’ welkom geweest.

3.2.2.3 In beginsel geen nietigheid of vernietigbaarheid

De Hoge Raad heeft in een drietal arresten¹⁴¹ terughoudendheid laten zien om een beroep op nietigheid dan wel vernietigbaarheid van effectenleaseovereenkomsten te honoreren. De Hoge Raad heeft ten eerste een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) verworpen, ook in het geval dat wél sprake was van een schending van de bijzondere zorgplicht van de aanbieder: op een financiële instelling rust op grond van haar bijzondere zorgplicht een verder reikende waarschuwingsplicht dan de plicht de inlichtingen te verschaffen die zij, gelet op de aard van de overeenkomst, naar de in het verkeer geldende opvattingen in dergelijke gevallen behoort te verstrekken om te voorkomen dat de consument over de essentiële eigenschappen van de overeenkomst zou dwalen.¹⁴² Ten tweede heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de overtreding van publiekrechtelijke bepalingen vanwege hun strekking niet de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomsten tot gevolg heeft, zoals thans verwoord in art. 1:23 Wft.¹⁴³ De effectenleaseovereenkomsten kwamen ten slotte evenmin wegens strijd met de Wck (oud)

gende overeenkomst voor de kredietovereenkomst zijn niet van toepassing (art. 7:66 lid 7, 7:67 lid 4 BW); vgl. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW, B67), Deventer: Kluwer 2013, nr. 13.4.

140. Zie ‘effectenportefeuille’, ‘financieel instrument’ en ‘dekkingspercentage’ art. 7:57 lid 1 onder p, onder q resp. onder r BW. Art. 1 BGfo bevat een ruimere definitie van effectenkrediet dan die in art. 7:57 BW. Van effectenkrediet is geen sprake indien aan de consument tegen verpanding van effecten krediet wordt verleend voor een ander doel dan financiering van effecten, zoals de aanschaf van een auto (*Kamerstukken II* 2009/10, 32339, 3, p. 12). Dit was mogelijk anders op grond van de Wck (oud), vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 20.
141. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).
142. HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*).
143. HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*). Effectenleaseovereenkomsten zijn vernietigbaar ex art. 1:88 BW. Zie hieronder par. 3.2.2.5.

voor vernietiging in aanmerking, omdat, zoals hiervoor opgemerkt, effectenlease niet onder de Wck (oud) valt.¹⁴⁴

De waarde van deze rechtspraak is mijns inziens beperkter. Niet alleen zal effectenlease onder huidig recht onder de regeling van afd. 7.2A.1 BW vallen (zie hiervoor), maar ook laten prejudiciële beslissingen van de Hoge Raad inzake telefoonabonnementen zien dat de Hoge Raad wellicht minder zal terugdeinzen om kredietovereenkomsten nietig, vernietigbaar of ongeldig te verklaren.¹⁴⁵

3.2.2.4 Schending van de bijzondere zorgplicht en aansprakelijkheid

De Hoge Raad heeft een beroep op de schending van de (precontractuele) bijzondere zorgplicht van de financiële instelling gehonoreerd, met een dienovereenkomstige verplichting om de daardoor ontstane schade te vergoeden.¹⁴⁶ Beide zijn in verschillende arresten en prejudiciële beslissingen nader uitgewerkt.¹⁴⁷ Die rechtspraak geeft uiteraard regels met betrekking tot de schending van de bijzondere zorgplicht bij effectenleaseproducten, zoals hieronder nader uiteengezet, die op zichzelf reeds waardevol zijn, maar laat vooral (ook) zien hoe complex de afdoening van dit soort zaken kan zijn. Daaruit kunnen lessen voor de toekomst worden getrokken.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat op een financiële instelling¹⁴⁸ jegens een consument met wie zij een effectenleaseovereenkomst aangaat een bijzondere zorgplicht rust die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van *eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht*.

144. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); en HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

145. Zie hieronder par. 3.2.3. Vgl. ook de honorering van het beroep op vernietiging op grond van dwaling van renteswaps door het Hof Amsterdam (hieronder par. 4.2.6).

146. Zie daarover nader o.a. O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010/11; O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012/5, p. 223-235; B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3; W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128.

147. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40, JOR 2011/190 (*VdH/Dexia*), HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, JOR 2011/227 (*X/Dexia*), alsmede Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, JOR 2010/66 (*Dexia/Van der Heijden*); HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425, JOR 2015/173 (*Dexia/Oerlemans*); HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, NJ 2017/9, JOR 2016/274 (*Beckers/Dexia*); HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, JOR 2017/65 (*Dexia/De Vries*); HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, JOR 2017/164 (*A/Dexia*).

148. De Hoge Raad spreekt van een 'effecteninstelling' of 'professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten'.

Hieruit spreekt barmhartigheid jegens de belegger.¹⁴⁹ Volgens de Hoge Raad volgt deze bijzondere zorgplicht uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een dergelijke overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de financiële instelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels. De zorgplicht kan verder reiken dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.¹⁵⁰

Op grond van deze bijzondere zorgplicht dient de financiële instelling de betrokken persoon uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor het aan de overeenkomsten verbonden risico dat aan het einde van de looptijd (of op het tijdstip van tussentijdse beëindiging) nog een schuld zou kunnen resteren, omdat de verkoopopbrengst van de effecten ontoereikend zal kunnen blijken om aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten te kunnen voldoen (het door de aanbieder verschaft krediet af te kunnen lossen).¹⁵¹ Dit wordt aangeduid als de *waarschuwingplicht*: de verplichting om (in abstracto) te waarschuwen tegen het risico van een restschuld, ongeacht of de belegger financieel in staat is om de risico's te dragen. De financiële instelling dient voorts, gelet op de financiële risico's die de desbetreffende overeenkomsten op de particulier leggen, met het oog daarop de inkomens- en vermogenspositie van de particulier in overweging te nemen, in ieder geval aan de hand van daartoe bij de consument op te vragen en zo nodig met deze te bespreken gegevens,¹⁵² waarbij op de financiële instelling de plicht rust na te gaan of de consument ook bij een tekortschietende verkoopopbrengst redelijkerwijze aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten zou kunnen voldoen en, als zulks naar haar oordeel niet het geval zou zijn geweest, met de consument te overleggen over flankerende maatregelen om hem te be-

149. Vgl. voor begrippen de Duitse woekerwet waarin het strafbaar was gesteld om in het kader van geldlening misbruik te maken van 'eens anders benarde positie, lichtzinnigheid of onervarenheid', waarover W.L.P.A. Molengraaff, 'Oude en nieuwe woekerwetten', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 373.

150. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

151. HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*). Vgl. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

152. HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, JOR 2009/200 (*GeSp/Aegon*).

schermen tegen de gevaren van de overeenkomsten en de consument te adviseren om de overeenkomsten in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, niet aan te gaan als die maatregelen niet worden getroffen.¹⁵³ Dit wordt aangeduid als de *onderzoeksplicht* naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument in verband met de kredietverstrekking.¹⁵⁴

Hoewel de afnemer in beginsel het causaal verband dient te stellen en te bewijzen, zal de Hoge Raad, indien de aanbieder is tekortgeschoten in de nakoming van de bijzondere zorgplicht, waarvoor schending van hiervoor genoemde waarschuwingsplicht of onderzoeksplicht voldoende is, het aangaan van de overeenkomst in beginsel toerekenen aan de aanbieder in de zin van art. 6:98 BW. De aanbieder dient in beginsel de nadelige financiële gevolgen voor de afnemer van het aangaan van de overeenkomst als schade te vergoeden. Onder die schade kan niet alleen de gerealiseerde restschuld worden begrepen, maar ook reeds betaalde rente en, in voorkomende gevallen, reeds betaalde aflossing.¹⁵⁵

Causaal verband wordt in beginsel aangenomen indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat naar redelijke verwachting van de aanbieder de voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld een *onaanvaardbaar zware financiële last* op de afnemer zou leggen: de kans is zo aanzienlijk dat de consument de overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de effectenlease-overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest, dat behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.¹⁵⁶ Ook dit — het begrip 'onaanvaardbaar zware financiële last' — roept associaties op met barmhartigheid. Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's het verweer van de

153. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

154. Uit dezelfde rechtspraak volgt dat deze verplichtingen gelden ongeacht of sprake is van een advies- of vermogensbeheerrelatie, dus ook bij een 'kant-en-klaar' financieel product zonder persoonlijk contact. Uit *GeSp/Aegon* volgt dat de verplichtingen ook gelden indien de aan de overeenkomsten verbonden financiële risico's zodanig beperkt waren en in zodanige mate op voorhand kenbaar en begrensd.

155. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

156. HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer ‘voldoende concreet moeten zijn onderbouwd’. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, dan neemt de Hoge Raad eveneens tot uitgangspunt dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten.¹⁵⁷ Hoewel de bewijslast minder zwaar is dan in het eerste geval, is ook hier niet uitgesloten dat causaal verband wordt aangenomen.

Wat de hoogte van de schadevergoeding betreft, neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat de reeds betaalde rente, aflossingen en eventuele kosten alsmede de restschuld mede het gevolg zijn van aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat uit de effectenleaseovereenkomst voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat de overeenkomst voorzag in een geldlening, dat over die lening rente moest worden betaald en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan. Daarbij valt ook in aanmerking te nemen dat van de afnemer mag worden verwacht dat hij alvorens de overeenkomst aan te gaan, zich redelijke inspanningen getroost om de effectenleaseovereenkomst te begrijpen.¹⁵⁸ De combinatie van hoogmoed, hebzucht en met name een zekere gemakzucht door zich niet in het product te verdiepen aan de zijde van de belegger blijft niet onbestraft. Bij de toepassing van de maatstaf van art. 6:101 BW zullen evenwel fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten, aldus de Hoge Raad.

Bij de vereiste afweging maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen de verschillende schadeposten (de reeds betaalde rente en aflossing enerzijds en de restschuld anderzijds). Van belang is wat de bestedingsruimte was die de afnemer destijds had. In gevallen waarin bij onderzoek door de aanbieder zou zijn gebleken dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer naar redelijke verwachting toereikend was de rente en aflossing te voldoen, zullen deze schadeposten in beginsel geheel voor rekening van de afnemer moeten worden gelaten, aangezien deze schade dan geheel kan worden toegeschreven aan de omstandigheid dat, naar de afnemer wist of moest weten, met geleend geld is belegd.¹⁵⁹ In gevallen waarin echter bij nakoming van deze onderzoeksplicht aan de aanbieder zou zijn

157. HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

158. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

159. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

gebleken dat de afnemer redelijkerwijs *niet* in staat zou zijn (geweest) aan de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te (blijven) voldoen en de aanbieder de afnemer dan ook had moeten adviseren de overeenkomst niet aan te gaan — in het geval derhalve dat sprake was van het risico van overkreditering — zal in beginsel een deel van de betaalde rente en aflossing voor vergoeding in aanmerking komen. Van de restschuld zal in beginsel steeds een deel voor rekening van de afnemer kunnen worden gelaten.¹⁶⁰ De Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat 40% van (het saldo van) de reeds betaalde rente (en ontvangen dividend) en 40% van de restschuld voor rekening van de afnemer kunnen blijven, zodat de verplichting tot schadevergoeding van de aanbieder in een dergelijk geval tot 60% van dit saldo en deze restschuld is beperkt.¹⁶¹

Het Hof Amsterdam heeft in een later arrest een formule gehanteerd om te bepalen of sprake is geweest van een 'onaanvaardbaar zware financiële last' in de zin dat de aanbieder van het effectenleaseproduct op grond van de dusdanige inkomens- en vermogenspositie van de consument het aangaan van de overeenkomst had moeten ontraden. De formule is gebaseerd op een aantal variabelen, waaronder het nettomaandinkomen, huur- of hypotheeklasten, verplichtingen uit de desbetreffende effectenleaseovereenkomst, verplichtingen uit andere, eerder aangegane effectenleaseovereenkomsten en/of andersoortige eerder aangegane kredietovereenkomsten, de draagkracht op grond van eigen vermogen en de Nibud-basisnorm voor het betrokken type huishouden in het kalenderjaar waarin de effectenleaseovereenkomst is aangegaan.¹⁶² Indien blijkt dat de last verbonden aan de effectenleaseovereenkomst te hoog was,¹⁶³ dan blijven betaalde rente en aflossingen gedeeltelijk voor eigen rekening van de wederpartij, waarbij het hof uitgaat van een verdeling van 1/3 (wederpartij) en 2/3 (aanbieder). In alle gevallen dient de restschuld in de verdeling voor rekening van partijen komen. Indien de uitkomst van de formule derhalve positief is, dient de aanbieder alleen 2/3 van de restschuld voor zijn rekening te nemen. Is dat niet het geval, dan dient de aanbieder ook (naast 2/3 van de restschuld) 2/3 van de rente en kosten voor zijn rekening te nemen.¹⁶⁴ Uit latere rechtspraak van de Hoge Raad volgt voorts nog dat wettelijke rente over te vergoeden termijnbetalingen en eventuele aflossingen (minus dividend-

160. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

161. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182, JOR 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

162. Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, JOR 2010/66 (*Dexia/Van der Heijden*).

163. Zie voor een voorbeeld met rekensom, Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5482.

164. Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, JOR 2010/66 (*Dexia/Van der Heijden*).

uitkeringen) die de afnemer voorafgaande aan de beëindiging van de effectenleaseovereenkomst(en) uit hoofde van die effectenleaseovereenkomst(en) heeft betaald, niet begint te lopen vanaf het tijdstip van beëindiging van de overeenkomsten, maar telkens vanaf het moment dat de afnemer schade heeft geleden als gevolg van de door de aanbieder gepleegde onrechtmatige daad.¹⁶⁵

Uit *Van der Heijden/Dexia*¹⁶⁶ volgt dat de Hoge Raad in cassatie slechts beperkt het (feitelijke) oordeel van de feitenrechter zal toetsen of sprake is geweest van een onaanvaardbaar zware financiële last en de feitenrechter daarbij mag uitgaan van een algemene formule aan de hand waarvan de financiële ruimte van de afnemer wordt getoetst, mits die formule voldoende ruimte laat om ook met individuele omstandigheden van de afnemer rekening te houden. In het bijzonder was het hof niet gehouden om de VFN-Erecode en NVB-Gedragscode bij zijn onderzoek tot maatstaf te nemen.¹⁶⁷ Uit hetzelfde arrest volgt voorts dat indien het gaat om een samenhangend geheel van telkens soortgelijke transacties in een bepaalde periode waarbij Dexia telkens is tekortgeschoten in nakoming van haar bijzondere zorgplichten, zulks in haar verhouding tot dezelfde afnemer aangemerkt worden als ‘een zelfde gebeurtenis’ in de zin van art. 6:100 BW (voordeelstoerekening) die zowel schade (bij verliesgevende transacties) als voordeel (bij winstgevende transactie) teweegbrengt, hetgeen meebrengt dat genoten voordelen, voor zover redelijk, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de begroting van de omvang van de schade.¹⁶⁸ Deze regel inzake voordeels-toerekening is verder uitgewerkt in latere arresten.¹⁶⁹

Ook indien, zoals de wetgever opmerkt, ‘het gevaar van overkreditering bij effectenkrediet in de huidige tijd weinig reëel is’, behoudt de hiervoor genoemde – soms complexe – rechtspraak inzake de bijzondere zorgplicht van de bank en het bestaan en de omvang van de schadevergoedingsplicht zijn waarde. Dat geldt niet alleen voor met effectenlease vergelijkbare risi-

165. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1198, NJ 2015/425, JOR 2015/173 (*Dexia/Oerlemans*).

166. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40, JOR 2011/190 (*VdH/Dexia*); en HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4003, JOR 2011/227 (*X/Dexia*).

167. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40, JOR 2011/190 (*VdH/Dexia*). Tot de omstandigheden die bij de beoordeling in aanmerking mogen worden genomen, behoren niet alleen de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer zelf, maar ook die van degene met wie hij destijds – uit hoofde van huwelijk, geregistreerd partnerschap of een daarmee feitelijk gelijk te stellen situatie – een gemeenschappelijke huishouding voerde.

168. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40, JOR 2011/190 (*VdH/Dexia*).

169. HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146, JOR 2017/65 (*Dexia/De Vries*). Dit blijft verder buiten beschouwing. Vgl. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, JOR 2017/164 (*A/Dexia*) ten aanzien van de nietigverklaring van een onredelijk bezwarend beding inzake voordeelstoerekening bij voortijdige beëindiging.

covolle beleggingsproducten die nog bestaan of worden afgewikkeld,¹⁷⁰ maar mogelijk ook voor ‘gewone’ kredietverstrekking aan consumenten waarbij sprake is van overkreditering en/of een restschuld, aangezien de wetgever de privaatrechtelijke sanctionering van de schending van art. 4:34 Wft en toepasselijke gedragscodes (zoals de Normen Consumentief Krediet) in beginsel heeft overgelaten aan de schending van dezelfde (bijzondere) zorgplicht van de bank.

3.2.2.5 Bescherming van het gezin

Omdat, volgens de Hoge Raad in *Van Tuijl/Dexia*,¹⁷¹ bij effectenlease sprake is van huurkoop (goederenkrediet), dient de echtgenoot van de kredietnemer daarvoor toestemming te geven (art. 1:88 lid 1 onder d BW) en maakt het ontbreken van die toestemming de overeenkomst vernietigbaar op grond van art. 1:89 lid 1 BW. Ondanks dat de tekst van art. 1:88 lid 1 onder d BW over ‘zaken’ spreekt, heeft die bepaling ook betrekking op vermogensrechten zoals effecten. De overeenkomst is vernietigbaar; het betreft een atypisch geval, omdat de getrouwde consument een opt-out-verklaring moet uitbrengen en zijn echtgenote het beroep moet doen op vernietigbaarheid. De Hoge Raad heeft de vernietigingsgrond uitgewerkt in latere arresten, in antwoord op vervolgvragen over de toepasselijkheid daarvan, onder andere in verband met (i) verlenging van de leaseovereenkomst,¹⁷² (ii) de WCAM-overeenkomst¹⁷³ en de Overeenkomst Dexia Aanbod,¹⁷⁴ (iii) (stelplicht en bewijslast met betrekking tot) verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging ex art. 1:89 lid 1 BW en daadwerkelijke bekendheid van de andere echtgenoot met de effectenleaseovereenkomst¹⁷⁵ en (iv) het instellen van een collectieve actie ex art. 3:305a BW en (het einde van) de stuitende werking van de WCAM-overeenkomst (art. 3:316 lid 1 BW).¹⁷⁶ Mede door de betrokkenheid van de echtgenoot van de belegger heeft ook deze rechtspraak zich tot een complexe getoond.

170. Zoals renteswaps voor het MKB (par. 4.2.6) of beleggingshypotheek voor consumenten (par. 3.2.4.4).

171. HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, NJ 2009/578, JOR 2008/131 (*Dexia/Van Tuijl*), zoals bevestigd in verschillende latere arresten.

172. HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:41, JOR 2015/72 (*Damon/Dexia*). Gelet op de beschermingsgedachte van art. 1:88 BW vereist verlenging van deze leaseovereenkomsten toestemming van de andere echtgenoot.

173. HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5822, JOR 2011/119 (*A en B/Dexia*).

174. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835, JOR 2017/11 (*X/Värde Investments*).

175. HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106, JOR 2011/87 (*Dexia/Overduin*); en HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6506, JOR 2012/84 (*Valkema/Dexia*).

176. HR 9 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3018, JOR 2015/337 (*X/Dexia*); HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:936, JOR 2017/197 (*X/Värde Investments*); Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, JOR 2007/71.

3.2.2.6 *Conclusie*

De rechtspraak van de Hoge Raad inzake effectenleaseovereenkomsten behoudt in veel opzichten zijn waarde. Door deze rechtspraak is de verhouding zichtbaar geworden tussen de schending van publiekrechtelijke bepalingen in de Wft enerzijds en de eventuele vernietigbaarheid van de kredietovereenkomst en het beleggingsproduct en de schending van de bijzondere zorgplicht van de bank anderzijds. Ook heeft de rechtspraak inzake de schending van de bijzondere zorgplicht en het bestaan en de omvang van de daaraan verbonden schadevergoedingsverplichting, alsmede het beroep op art. 1:88 jo. art. 1:89 BW laten zien dat het afdoen van de effectenleaseprocedures niet alleen door de omvang van het aantal zaken, maar ook door de verschillende vervolgvragen bepaald geen sinecure is (gewest).¹⁷⁷ De complexiteit en veelzijdigheid van voorgelegde vragen volgen ten dele uit het ontbreken van eenduidige regels omtrent de norm en de sanctie op de normovertreding. Het is de vraag of algemene leerstukken van burgerlijk recht, zoals vernietiging en onverschuldigde betaling en onrechtmatige daad en schadevergoeding, geschikt zijn om de nadelige gevolgen van dergelijke ingewikkelde financiële producten te lijf te gaan. De leerstukken bieden voldoende flexibiliteit, maar uit de hoeveelheid rechtspraak blijkt dat dit ook hun valkuil kan zijn. Een rechter kan aan de hand van het schadevergoedingsrecht uiteindelijk komen tot een rubricering van gevallen of zelfs formules hanteren (zoals het Hof Amsterdam, de rekenformule of sprake is van een ‘onaanvaardbaar zware financiële last’), maar dergelijke rechtspraak bevestigt impliciet ook dat behoefte bestaat aan (meer) duidelijkheid en standaardisering dan het schadevergoedingsrecht kan bieden. De rechtspraak laat vele vragen onbeantwoord, bijvoorbeeld de vraag of dezelfde norm en sanctie van toepassing zijn in andere gevallen van overkreditering, indien niet (tevens) sprake is van een beleggingsproduct.¹⁷⁸ Niet alleen ten aanzien van ‘effectengoederenkrediet’, maar ook ten aanzien van dit soort vragen zou specifiekere wetgeving gewenst zijn.

3.2.3 **Verborgten consumentenkrediet: telefoonabonnementen**

3.2.3.1 *Inleiding*

In onze consumptiemaatschappij worden voortdurend spullen gekocht. Consumptiegoederen worden eerder aangeschaft, als de consument niet meteen hoeft te betalen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat

177. Dat was mogelijk door het afleggen van een opt-out-verklaring bij de WCAM-overeenkomst; dit blijft verder buiten beschouwing.

178. Zie hieronder par. 3.2.4.4 en 3.3.2.

daarbij sprake kan zijn van verborgen consumentenkrediet, met alle gevolgen van dien.

Een van de problemen bij de regulering van consumentenkrediet is dat de kredietverstrekker het verleende krediet en/of de in rekening gebrachte kredietvergoeding niet als zodanig presenteert, en zich op die wijze (bewust of onbewust) aan de regelgeving onttrekt.¹⁷⁹ Verschillende regelingen bevatten om die reden ‘strekkingbepalingen’, zie bijvoorbeeld art. 7:73 lid 2 BW bij consumentenkrediet, art. 7:84 lid 2 BW bij goederenkrediet en art. 7:130 lid 2 BW bij pandbelening. Ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Wck (oud) blijkt dat de kredietgever niet aan de toepasselijkheid van de bepalingen kan ontsnappen door schijnconstructies.¹⁸⁰ De rechtspraak volgt deze benadering eveneens.¹⁸¹

In lijn met deze rechtspraak heeft de Hoge Raad in twee prejudiciële procedures zijn oordeel gegeven over de kwalificatie van de in de telecomsector aangeboden telefonieabonnementen in combinatie met een mobiele telefoon voor één totaalprijs (‘all-in-prijs’), waarbij niet was gespecificeerd welk deel van het periodiek te betalen bedrag betrekking had op de telefoon en welk deel op de telecommunicatiediensten, alsmede over de rechtsgevolgen daarvan. Bij het aangaan van de overeenkomst (vaak voor een bepaalde periode) werd (en wordt) de consument meteen eigenaar van de telefoon, maar betaalde hij de koopsom af in termijnen, waardoor – zo blijkt – sprake is van een uitgestelde betaling en daarmee, zoals hieronder zal blijken, van (verborgen) koop op afbetaling en consumentenkrediet.

3.2.3.2 Kwalificatie en rechtsgevolgen

In *Lindorff/Statia*¹⁸² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor zover telecom-aanbieders ‘gratis’ telefoons in combinatie met een telefonieabonnement hebben aangeboden, sprake is van (i) koop op afbetaling in de zin van art. 7A:1576 e.v. BW (thans: art. 7:84 BW), (ii) een krediettransactie in de zin van de Wck (oud) (thans: afd. 7.2A.2 BW en deels afd. 7.2B.1 BW) en (iii) een kredietovereenkomst in de zin van art. 7:57 e.v. BW, voor wat betreft het onderdeel van de overeenkomst dat ziet op de aankoop van de telefoon. Gelet op de financiële en economische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat de consument de telefoon feitelijk in termijnen heeft betaald. De periodieke bedragen hebben in het geval

179. Een voorbeeld daarvan is ‘flitskrediet’.

180. *Kamerstukken II* 1986/87, 19785, 4, p. 68.

181. Zie bijvoorbeeld de uitspraken genoemd in J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013, nr. 11.1.

182. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, JOR 2014/206 (*Lindorff/Statia*).

van een telefonieabonnement met een mobiele telefoon niet alleen betrekking op de telecomdiensten, maar strekken ook tot afbetaling van de prijs van de telefoon.

Naast publiekrechtelijke gevolgen voor telecomaanbieders, die voor het aanbieden van krediet een vergunning nodig hebben op grond van de Wft en zich aan de gedragsregels daarin dienen te houden, had deze uitspraak tevens direct privaatrechtelijke gevolgen voor de telecomaanbieders, omdat door die kwalificatie de bepalingen van afd. 7.2A.1 BW (consumentenkrediet) op de bedoelde ‘abonnements’ van toepassing zijn, met alle informatieverplichtingen van dien.¹⁸³

In *Lindorff/Nazier*¹⁸⁴ is de Hoge Raad vervolgens ingegaan op de privaatrechtelijke rechtsgevolgen indien de telecomaanbieder in strijd heeft gehandeld met de toepasselijke bepalingen. Anders dan in de effectenleaserechtspraak kiest de Hoge Raad niet voor een schending van de (bijzondere) zorgplicht van de aanbieder van het krediet, maar voor de nietigheid dan wel ongeldigheid van de overeenkomst.

Mede gelet op het hoge beschermingsniveau dat met de Richtlijn consumentenkrediet is beoogd,¹⁸⁵ is volgens de Hoge Raad het geven van één totaalprijs voor de telefoon en de telecomdiensten in strijd met art. 7:61 en art. 7A:1576 lid 2 BW (thans art. 7:86 lid 4 BW). In de kredietovereenkomst moet conform art. 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW de prijs van het goed (de mobiele telefoon) worden opgenomen dat met het krediet wordt gefinancierd. Alleen met deze informatie, tezamen met de overige te vermelden gegevens zoals het jaarlijks kostenpercentage, is de consument in staat een weloverwogen beslissing te nemen ter zake van het krediet voor de verkrijging van de mobiele telefoon, aldus de Hoge Raad. Aan de eisen van art. 7:61 lid 2 BW is derhalve niet voldaan indien in de overeenkomst is volstaan met vermelding van een zogenaamde all-in-prijs voor abonnement, mobiele telefoon en (eventuele) kredietkosten tezamen. Hetzelfde geldt voor de bepalingen omtrent koop op afbetaling. Uit art. 7A:1576 lid 2 BW (oud) volgt dat een overeenkomst van koop op afbetaling niet van kracht wordt voordat partijen de door de koper te betalen koopprijs hebben bepaald. Uit een all-in-prijs waarin zonder specificatie ook de abonnements-

183. Per 1 mei 2017 zijn telecomproviders bovendien verplicht om het verstrekken van kredieten voor de aanschaf van mobiele telefoons te toetsen en te registreren in het Centraal Krediet Informatiesysteem (CKI) van Stichting BKR (www.bkr.nl, geraadpleegd op 25 augustus 2017).

184. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, JOR 2016/127 (*Lindorff/Nazier*), waarover o.a. W.H. van Boom, ‘Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement’, AA 2016/5, p. 363-370.

185. HvJ EU 18 december 2014, zaak C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262 (*CA Consumer Finance/Bakkaus*).

kosten en eventuele rentekosten zijn verwerkt, kan niet worden afgeleid wat de prijs is van de mobiele telefoon en daarmee is niet voldaan aan de genoemde bepaling, aldus de Hoge Raad. Indien de door de koper te betalen prijs niet in de overeenkomst is bepaald, is de consumentenkredietovereenkomst vernietigbaar (art. 7:61 lid 2 onder e jo. art. 3:40 lid 2 BW).¹⁸⁶ De kredietnemer kan binnen de verjaringstermijn de overeenkomst vernietigen en zich vervolgens in de procedure bij wijze van verweer op de rechtsgevolgen daarvan beroepen, of, indien de verjaringstermijn is verlopen, zich bij wijze van verweer op de vernietiging beroepen (art. 3:51 lid 3 BW). Indien de overeenkomst niet de koopprijs vermeldt, is de koopovereenkomst op afbetaling niet van kracht (art. 7A:1576 lid 2 BW (oud)), waardoor aan de overeenkomst geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. De consument dient zich ook hierop te beroepen.

De grote nadruk op het belang van de informatieverplichtingen wordt kracht bijgezet door de ambtshalve toetsing op dit punt. Op grond van een effectieve consumentenbescherming¹⁸⁷ is de rechter volgens de Hoge Raad bevoegd, zelfs verplicht, om ambtshalve (te) beoordelen of partijen hebben voldaan aan art. 7:61 lid 2 BW en dient hij zo nodig ambtshalve de overeenkomst te vernietigen. Dat geldt ook indien aan de consument verstek is verleend. De rechter dient de verschenen partij(en) steeds in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten en zo nodig hun stellingen aan te passen. De consument kan zich er dan bijvoorbeeld tegen verzetten dat de betrokken overeenkomst wordt vernietigd. De kredietgever kan bijvoorbeeld nog aantonen dat sprake is van 'zacht krediet'.¹⁸⁸ Ook ten aanzien van de koopovereenkomst op afbetaling dient de rechter bij consumentenkrediet ambtshalve te onderzoeken of aan art. 7A:1576 lid 2 BW is voldaan of zo nodig ambtshalve te oordelen dat de koop op afbetaling geen rechtsgevolg heeft.

Indien de koop op afbetaling geen gevolg heeft en/of het consumentenkrediet nietig is, is de consument op grond van art. 6:203 BW verplicht om het toestel terug te geven aan de aanbieder, maar is hij niet verplicht om een gebruiksvergoeding te betalen voor het toestel. De verplichting tot te

186. Indien gehandeld is in strijd met art. 7:61 lid 2 aanhef en onder e BW zal vaak ook gehandeld zijn in strijd met diverse andere precontractuele en contractuele informatieverplichtingen.

187. Vgl. art. 22 lid 2 en 23 Richtlijn consumentenkrediet, en art. 7:73 lid 1 jo. art. 7:61 lid 2 onder e BW en art. 3:40 lid 2 BW, alsmede de rechtspraak van HvJ EU inzake o.a. Richtlijn 87/102/EEG, waaruit volgt dat de rechter de nationale bepalingen waarin de richtlijn is omgezet ambtshalve mag toepassen.

188. Afd. 7:2A.1 BW is niet van toepassing bij krediet zonder rente of kosten (art. 7:58 lid 2 onder e BW). De telecomaangebieder kan in een procedure aantonen dat in het totaalbedrag geen rente of andere kosten voor het krediet zijn verwerkt, met dien verstande dat die uitzondering zonder betekenis is voor koop op afbetaling.

ruggave betreft in beginsel het toestel in de staat waarin de consument het heeft ontvangen. In de praktijk zal het meestal niet mogelijk zijn daaraan te voldoen omdat het toestel inmiddels in staat en daarmee in waarde is achteruitgegaan, aldus de Hoge Raad. De consument schiet daardoor tekort in zijn verbintenis tot teruggave. Deze tekortkoming zal hem niet kunnen worden toegerekend voor zover die waardevermindering heeft plaatsgevonden in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave geen rekening behoeft te houden (art. 6:204 lid 1 BW en vgl. art. 6:74 jo. art. 6:75 BW). Hij mag daarom in beginsel volstaan met teruggave van het toestel in de staat waarin dit zich op het moment van de teruggave bevindt, zonder dat hij verplicht is tot vergoeding van de waardevermindering. Hij dient vanaf het moment waarop hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave rekening moet houden als een zorgvuldig schuldenaar voor het toestel zorg te dragen (vgl. art. 6:278 BW). Indien en voor zover vanaf dat moment een waardevermindering optreedt die te wijten is aan een gebrek aan zorg, is hij daarvoor aansprakelijk (vgl. art. 6:74 jo. art. 6:278 BW). Dat moment ligt echter niet reeds op het moment van ontvangst van het toestel, nu de consument niet geacht kan worden te weten dat niet aan de uit art. 7:61 lid 2 of art. 7A:1576 lid 2 BW voortvloeiende eisen is voldaan. In de regel zal daarom eerst aan de consument duidelijk gemaakt moeten worden dat en waarom voor hem een verplichting tot teruggave van het toestel is of zal ontstaan. Indien de consument het toestel niet teruggeeft, is hij verplicht tot vergoeding van de waarde van het toestel als aan de eisen van art. 6:74 e.v. BW is voldaan. De consument dient daarvoor eerst in verzuim te zijn met betrekking tot zijn verbintenis tot teruggave, waarvoor een ingebrekestelling is vereist van de aanbieder (art. 6:82 lid 1 BW), of de teruggave dient blijvend onmogelijk te zijn, bijvoorbeeld omdat het toestel is tenietgegaan of is doorverkocht (art. 6:81 BW). De te vergoeden waarde van het toestel, de door de consument te betalen schadevergoeding, moet naar dat tijdstip bepaald worden. Behoudens bijzondere omstandigheden die op het tegendeel wijzen, kan in beginsel niet worden aangenomen dat de consument het toestel te kwader trouw heeft aangenomen in de zin van art. 6:205 BW; het verzuim treedt daarom niet op grond van die bepaling in.

De aanbieder dient na de vernietiging van de overeenkomst op grond van onverschuldigde betaling eveneens terug te geven hetgeen hij op grond van de overeenkomst met betrekking tot het toestelgedeelte heeft ontvangen (art. 6:203 lid 2 BW). Bepaald dient te worden welk gedeelte van de door de consument betaalde maandtermijnen geacht wordt te zijn bestemd voor de voldoening van de koopsom (art. 7A:1576 BW) dan wel voor de aflossing van het krediet (afd. 7.2A.1 BW), inclusief de daarmee verband houdende, betaalde kosten. Hetgeen de aanbieder verschuldigd is, zal in mindering

moeten worden gebracht op hetgeen hij van de consument vordert.¹⁸⁹ De consument hoeft zo niet meer in de procedure te verschijnen; de rechter zal (ambtshalve en ex art. 139 Rv) zijn belangen behartigen.

De consument is niet gehouden om, naast de bedoelde (schade)vergoedingen voor (de waardevermindering van) het toestel, ook een vergoeding te betalen voor het genot (daaronder begrepen de mogelijkheid tot gebruik) dat hij van het toestel heeft gehad. Deze verplichting kan worden gegrond noch op onverschuldigde betaling (art. 6:203 en 6:210 BW), noch op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), noch op aanvullende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW). Art. 6:203 lid 3 en 6:210 BW bieden voor een dergelijke vergoeding geen grondslag, omdat de aanbieder op grond van de overeenkomst niet verplicht is om 'genot' te verschaffen, maar slechts de eigendom van het toestel. Na vernietiging van de overeenkomst ziet de onverschuldigde prestatie die moet worden teruggegeven dan ook slechts op het toestel, en niet op het met de eigendom gepaard gaande genot dat de consument eventueel van het toestel heeft gehad. Om dezelfde reden gaat kort gezegd ook een beroep op art. 6:278 BW niet op. Art. 6:212 BW of de redelijkheid en billijkheid bieden evenmin een grondslag voor de bedoelde vergoeding, omdat dat in strijd zou zijn met de effectieve bescherming van de consument die door de art. 7:61 en 7A:1576 BW wordt geboden. Het zou ook afbreuk doen aan het vereiste dat de sanctie op schending van art. 7:61 lid 2 BW doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn, zoals bepaald in art. 23 Richtlijn consumentenkrediet. Een vergoeding op grond van de genoemde grondslag zou dan ook in strijd zijn met de strekking van deze bepalingen en derhalve onredelijk.¹⁹⁰ Omdat het beding dat een door de consument gedurende de (minimum)looptijd te betalen maandelijkse all-in-prijs bevat voor zowel de verkrijging van het toestel als voor de telecommunicatiediensten, in de regel kan worden aangemerkt als een kernbeding in de zin van art. 6:231 onder a BW (mits voor de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument duidelijk en begrijpelijk te zijn geformuleerd), zal de rechter niet toekomen aan de toets of het beding oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend is (art. 6:233 BW).

De regels die de Hoge Raad geeft zijn (vooralsnog) 'hard' en 'fast'. Ze blijven weg van concepten als zorgplicht, schadevergoeding, eigen schuld, voordeelstoerekening, verzuim, redelijkheid en billijkheid en ongerechtvaardigde verrijking, met allerlei variabele uitkomsten van dien.

189. Het is onduidelijk waar de Hoge Raad deze verplichting tot verrekening (art. 6:127 e.v. BW) op grondt. Vgl. noot onder HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, JOR 2016/127 (Lindorff/Nazier).

190. Vgl. HvJ EU 17 april 2008, C-404/06, NJ 2008/382 (Quelle).

3.2.3.3 *Conclusie*

De uitspraken hebben een behoorlijke impact gehad op telecomaanbieders en partijen die de incasso van vorderingen van telecomaanbieders op zich hebben genomen, zoals factormaatschappijen. De beslissingen laten zien dat de Hoge Raad niet terugdeinst om stevige sancties te verbinden aan de overtreding van de regels van consumentenkrediet, ook al heeft dat ingrijpende gevolgen voor (het voortbestaan van) de sector die in overtreding is.¹⁹¹

De Hoge Raad heeft met zijn tweede beslissing een belangrijke invulling gegeven aan de wettelijke regeling: indien een (goederen)kredietovereenkomst ongeldig of nietig blijkt te zijn heeft de consument recht op terugbetaling van door hem betaalde kredietaflossingen en kredietvergoeding, zonder dat hij in beginsel hoeft te betalen voor gebruik of waardevermindering van het goed. Vergeleken met effectenlease is dit een veel duidelijkere oplossing voor betrokken partijen, die nadeliger uitvalt voor de kredietgever. Hoewel de beslissing in feite zou kunnen gaan over bescherming tegen overkreditering bij consumptief krediet, hetgeen in voorkomende gevallen de oorzaak zal zijn dat maandelijkse betaling aan de telecomaanbieder uitblijft, blijft dit aspect van overkreditering – met alle bijbehorende vragen over de omvang van de schadevergoeding in verband met de persoonlijke financiële omstandigheden van de consument – geheel buiten beschouwing. Een beroep op andere leerstukken die voor nuancering of afwijking kunnen zorgen, zoals redelijkheid en billijkheid of ongerechtvaardigde verrijking, wordt eveneens van de hand gewezen. Door (ambtshalve vastgestelde) nietigheid dan wel ongeldigheid blijft art. 1:88 jo. art. 1:89 BW buiten beschouwing, ondanks dat sprake is van goederenkrediet. Het is de vraag of de beslissingen van de Hoge Raad tot deze duidelijk afgebakende regels beperkt kunnen blijven, of dat in de toekomst nieuwe procedures volgen. In dat laatste geval zal de impact wederom hoog kunnen zijn, gelet op het aantal mensen dat een dergelijk product (telefoonabonnement met gratis telefoon) heeft gehad.

3.2.4 Hypothecair krediet: ‘eigen haard is goud waard’

3.2.4.1 *Inleiding*

Hypothecair krediet voor een woning vertoont in zekere zin overeenkomsten met consumptief goederenkrediet, omdat het goed wordt aangeschaft,

191. Telefoonwinkel Phone House geeft aan dat haar faillissement mede is veroorzaakt door de prejudiciële beslissingen van de Hoge Raad. Zie www.nrc.nl/nieuws/2017/02/14/telefoonwinkel-phone-house-vraagt-faillissement-aan-a1545962.

en nadien de (geleende) koopsom moet worden afbetaald. Anders dan bij consumentenkrediet zal de consument het goed niet ‘verbruiken’, maar verwachten dat de woning waardevast is, en mogelijk in waarde zal stijgen. De consument verleent ten behoeve van de terugbetaling bovendien een zekerheidsrecht op zijn woning. In zoverre vertoont hypothecair krediet meer overeenkomsten met effectenlease, waarbij de aanbieder ook goederenrechtelijke aanspraken behield op de effecten, en de consument (met name) speculeert op een waardestijging. Hypothecair krediet onderscheidt zich toch van zowel consumptief krediet als effectenlease doordat het krediet wordt verleend voor de aanschaf van een woning, en daarmee tevens de bestaanszekerheid van de kredietnemer in beeld komt. Immers, indien de consument zijn verplichtingen niet nakomt uit hoofde van de kredietovereenkomst, volgt in beginsel opzegging van het krediet en uitoefening van het hypotheekrecht, gevolgd door ontruiming van de woning, hetgeen grote gevolgen heeft voor het dagelijkse bestaan van de consument.

Bij hypothecair krediet voor de aanschaf van een woning bestaat aldus zowel het risico dat aan het einde van de looptijd van het krediet of bij tussentijdse (al dan niet gedwongen) verkoop van de woning een restschuld bestaat, als het risico dat de consument bij een gedwongen verkoop van de woning met zijn gezin op straat komt te staan. Met name dat laatste risico voegt een extra dimensie toe aan dit krediet. Hieronder komen beide risico’s ter sprake. Na een bespreking van de mogelijke oorzaken van een restschuld komt achtereenvolgens aan bod: de kredietwaardigheidsbeoordeling, de sanctie op de schending van die verplichting, (de begrenzing van de opeisbaarheid bij) de opzegging van het krediet, een (eventueel) verbod op gedwongen verkoop en het voorkomen van een restschuld bij gedwongen verkoop.

3.2.4.2 *Mogelijke oorzaken van restschuld*

Van een restschuld is sprake indien aan het einde van de looptijd of bij de verkoop de woning minder oplevert dan het uitstaande bedrag van de kredietverstrekking. Het risico van een restschuld is met name zichtbaar geworden in de financiële crisis die eind 2008 in Nederland begon en waarvan de daaropvolgende crisis op de woningmarkt pas in 2013 zijn hoogtepunt had.

Het probleem van restschulden speelt blijkens berichtgeving in de media nog steeds. Maandelijks komen bij het Waarborgfonds Eigen Woning (WEW), dat restschulden financiert via de Nationale Hypotheek Garantie (NHG), bijna evenveel aanvragen voor restschuldfinanciering binnen als

op het hoogtepunt van de huizen crisis in 2013.¹⁹² Door de crisis op de woningmarkt bleken overigens ook relatief veel nalatenschappen negatief, met als gevolg aandacht voor beneficiaire aanvaarding en vereffening van nalatenschappen.¹⁹³

Gelet op de relatief grote bedragen die worden geleend, kan de restschuld zelfs bij relatief kleine waardedalingen aanzienlijk zijn. Naast de waarde daling van de woning kan het ontstaan van een restschuld de volgende oorzaken hebben.

Een restschuld kan eerder ontstaan indien op het moment dat krediet wordt verstrekt de waarde van de woning lager is dan de hoogte van het krediet. Het was vroeger mogelijk dat een huizenkoper méér leende dan de waarde van zijn woning en bijvoorbeeld extra financiering verkreeg voor verbouwingskosten, makelaarskosten, taxatiekosten, advies- en afsluitkosten, NHG-kosten, notariskosten en overdrachtsbelasting en zelfs voor niet woning gerelateerde uitgaven ('consumptief krediet'), speculerend op een waardestijging van de woning. Deze regels zijn aangescherpt. Op grond van de Tijdelijke regeling hypothecair krediet wordt de hoogte van het hypothecair krediet, per 1 januari 2018, teruggebracht tot 100% van de waarde van het huis.¹⁹⁴ Kopers (met name starters) zullen hierdoor eigen geld nodig hebben om een woning te kopen, aangezien met het kopen van een woning kosten gemoeid zijn, zoals hiervoor genoemd. Indien niet wordt afgelost, is het evenmin mogelijk om méér te lenen dan de waarde van de woning ten behoeve van andere (bijvoorbeeld consumptieve) bestedingen. Het is wel mogelijk aan de aanschaf van de woning verbonden kosten te financieren op grond van consumentenkrediet, waartegen de AFM waarschuwt.¹⁹⁵ Naast regels omtrent de verhouding tussen de waarde van de woning en het te verlenen krediet, zal ook de waardering (taxatie) van de woning op een juiste wijze dienen te gebeuren.¹⁹⁶

192. 'Restschuld op huis is nog geen verleden tijd', *NRC Handelsblad* 13 september 2017, E7. Uit onderzoek van DNB blijkt bovendien dat de restschuld op aflossingsvrije leningen pas na 2035 zal pieken, *NRC Handelsblad* 10 oktober 2017, E2. Het einde van deze problematiek is derhalve nog niet in zicht.

193. Zie hieronder par. 4.4.3.

194. Art. 5 Tijdelijke regeling hypothecair krediet (*Stcrt.* 2012, 26433), zoals nadien gewijzigd (laatstelijk per 1 januari 2017 (*Stcrt.* 2016, 56566), voluit: 'Regeling van de Minister van Financiën van 12 december 2012, kenmerk: FM/2012/1887 M, houdende de inkomenscriteria voor het verstrekken van hypothecair krediet en regels voor het vaststellen van de maximale hoogte van het hypothecair krediet in verhouding tot de waarde van de woning (Tijdelijke regeling hypothecair krediet)', in werking getreden per 1 januari 2013.

195. Zie www.afm.nl/nl-nl/consumenten/nieuws/2016/apr/hypotheekkosten.

196. Vgl. het niet geïmplementeerde art. 20 Richtlijn hypothecair krediet.

Ten tweede kan de bank aflossingsvrij hypothecair krediet verstrekken, waarop alleen rente hoeft te worden betaald, waardoor de koper/kredietnemer na afloop van de termijn eveneens met een ‘restschuld’ achterblijft. Indien de woning voldoende opbrengt bij een verkoop, is strikt genomen geen sprake van een restschuld, maar zal de koper niet in zijn woning kunnen blijven en heeft hij evenmin door aflossing eigen vermogen opgebouwd. Door fiscale regelingen waren aflossingsvrije leningen lange tijd aantrekkelijk, maar dat is inmiddels veranderd. Wie aanspraak wil maken op de hypotheekrenteaftrek moet sinds 2013 zijn hypotheek binnen dertig jaar aflossen. Voor de nieuwe financiering van woningen is de hypotheekrenteaftrek inmiddels afgeschaft behoudens een overgangsregeling, en wordt voor degenen die daar nog een beroep op kunnen doen op grond van de overgangsregeling de hypotheekrenteaftrek geleidelijk afgebouwd.¹⁹⁷ Dit zorgt voor een stijging van de lasten voor aflossing van het hypothecair krediet, maar het zorgt voor een grotere opbouw van vermogen.

Een restschuld kan voorts ontstaan indien de overwaarde van de woning wordt gebruikt voor doeleinden die niet in verhouding staan met de waarde van de woning, zoals beleggen in aandelen of consumptieve doeleinden. Het positieve effect van aflossen wordt daardoor alsnog tenietgedaan. Indien met de (te verwachten) overwaarde van de woning wordt belegd en de effecten in waarde dalen, doet zich hetzelfde voor als bij effectenlease, met dien verstande dat niet alleen effecten moeten worden verkocht, maar ook de woning. Een voorbeeld daarvan biedt de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *SNS/Stichting W&P*.¹⁹⁸

Ook doordat een woning gedwongen wordt verkocht, kan een lagere opbrengst worden behaald dan in het normale geval bereikt zou zijn, nog los van een eventuele ‘gewone’ waardedaling van de woning. In combinatie met een aflossingsvrije lening en/of een groter geleend bedrag dan de waarde van de woning zorgt een lagere opbrengst van de woning voor een extra grote restschuld. Art. 28 Richtlijn hypothecair krediet beoogt een lage executieopbrengst door deze wijze van (gedwongen) verkoop tegen te gaan.¹⁹⁹

Van een restschuld *kan*, maar hoeft niet zonder meer sprake te zijn indien de bank de kredietwaardigheid van de consument niet of onjuist heeft beoordeeld. Onjuiste beoordeling van kredietwaardigheid kan leiden tot betalingsproblemen, opzegging van het krediet en gedwongen verkoop

197. De fiscale aspecten blijven buiten beschouwing.

198. Zie hieronder par. 3.2.4.4.

199. Zie hieronder par. 3.2.4.7.

van de woning, maar indien de opbrengst daarvan voldoende is om de hypothecaire geldlening af te lossen, bestaat geen restschuld.

3.2.4.3 Europese kredietwaardigheidsbeoordeling onzichtbaar in het BW

Het voorkomen van overkreditering en restschuld hebben een belangrijke plaats in de Richtlijn hypothecair krediet. In het bijzonder art. 17-21 Richtlijn hypothecair krediet regelen de kredietwaardigheidsbeoordeling en de waardering van de woning.

De kredietgever dient, alvorens een kredietovereenkomst te sluiten, een grondige beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument uit te voeren.²⁰⁰ Bij die beoordeling dient rekening te worden gehouden met factoren die relevant zijn om na te gaan of de consument de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen kan nakomen en mag niet hoofdzakelijk gebaseerd zijn op het feit dat de waarde van de woning hoger is dan het kredietbedrag, of dat de woning in waarde zal stijgen, tenzij de kredietovereenkomst tot oogmerk heeft de woning te bouwen of te renoveren. De kredietgever mag het krediet uitsluitend aan de consument beschikbaar stellen indien de beoordeling uitwijst dat de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen waarschijnlijk op de krachtens die overeenkomst vereiste wijze zullen worden nagekomen.²⁰¹ Art. 20 Richtlijn hypothecair krediet geeft nadere regels over (de wijze van het inwinnen van) de informatie die voor de kredietwaardigheidsbeoordeling is benodigd. Lid 1 bepaalt bijvoorbeeld dat de bedoelde kredietwaardigheidsbeoordeling wordt uitgevoerd op basis van ‘noodzakelijke, voldoende en evenredige informatie’ inzake het inkomen en de uitgaven van de consument en andere financiële en economische omstandigheden. De kredietgever dient de informatie te verkrijgen uit ‘relevante interne en externe bronnen, waaronder de consument’. De kredietgever dient de informatie naar behoren te verifiëren, inclusief door middel van raadpleging van onafhankelijk verifieerbare stukken, indien nodig. De Preambule wijdt diverse overwegingen aan de kredietwaardigheidsbeoordeling waaruit het belang van het onderwerp blijkt.²⁰² Daaruit blijkt in ieder geval dat volgens de

200. Art. 18 lid 1 Richtlijn hypothecair krediet. Zie voor ‘kredietwaardigheidsbeoordeling’ art. 4 onder 17 Richtlijn hypothecair krediet en art. 7:118 lid 1 onder m BW: de evaluatie van de vooruitzichten dat de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen tot schuldaflossing worden nagekomen. Dat laatste moet ruim worden opgevat; daaronder valt aflossing van de openstaande schuld na het einde van de looptijd, zoals bij een aflossingsvrije hypotheek, en het doen van rentebetalingen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 42).

201. Hetzelfde geldt bij een tussentijdse ‘significante’ verhoging van het totale kredietbedrag. Zie art. 18 lid 5 onder a resp. onder 6 Richtlijn hypothecair krediet.

202. O.a. overwegingen 20, 22 en 55-61 Preambule en vgl. art. 1 Richtlijn hypothecair krediet, dat de kredietwaardigheidsbeoordeling uitdrukkelijk noemt.

Europese wetgever naar aanleiding van de financiële crisis ten aanzien van de kredietwaardigheidsbeoordeling een andere, strengere aanpak is gerechtvaardigd ten opzichte van de Richtlijn consumentenkrediet.²⁰³

De wetgever heeft het – afgezien van een uitzondering²⁰⁴ – niet nodig gevonden om art. 18-21 Richtlijn hypothecair krediet in het BW te implementeren.²⁰⁵ Wat betreft de publiekrechtelijke regelgeving is de materie volgens de wetgever afdoende geregeld in met name art. 4:34 Wft.²⁰⁶ Hoewel net als bij consumentenkrediet een afzonderlijke afdeling in het BW in het leven is geroepen waarin alle verplichtingen van de kredietgever zijn vastgelegd, geldt dit niet voor de kredietwaardigheidsbeoordeling of de sanctie op de schending van de verplichting daartoe. Een regeling daaromtrent ontbreekt; in de parlementaire geschiedenis bij afd. 7.2B.3 BW wordt daarop evenmin ingegaan. De wijze van implementatie brengt met zich mee dat de schending van de publiekrechtelijke norm ex art. 4:34 Wft niet zal leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van de kredietovereenkomst (vgl. art. 1:23 Wft), maar (zeer waarschijnlijk) wel tot schending van de (bijzondere) zorgplicht van de kredietinstelling. Zoals hieronder wordt uiteengezet, is onduidelijk wat de sanctie van de schending van die zorgplicht precies is.

3.2.4.4 Overkreditering (en sanctie?): SNS/Stichting W&P

In SNS/Stichting W&P²⁰⁷ heeft de Hoge Raad recentelijk een oordeel gegeven over overkreditering bij hypothecair krediet in de periode 1999-2003. De bank had hypothecaire financiering verstrekt op de overwaarde van de woning van de beleggers, zodat zij met dat geld konden beleggen. De Stichting is tegen verschillende banken procedures begonnen, met de klacht dat de bank te risicovol heeft gefinancierd, waarbij de verhouding tussen de bruto-/nettoschuld doorgaans boven de algemeen aanvaarde verstrekingsnormen zou gaan en vordert een verklaring voor recht dat de bank heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplichten, met een veroordeling tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. De casus vertoont gelijkenis met effectenlease, maar wordt anders afgedaan door de Hoge Raad.

203. Overwegingen 20 en 22 Preambule.

204. Art. 18 lid 4 en 20 lid 3 tweede en derde alinea Richtlijn hypothecair krediet zijn geïmplementeerd in art. 7:125 lid 1 resp. lid 2 BW.

205. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 61.

206. En enkele andere bepalingen van de Wft, het BGfO en de Wet bescherming persoonsgegevens. Zie de tabel, *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 25-26.

207. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *JOR* 2017/236 (SNS/Stichting W&P). Vgl. voorts Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9921, *JOR* 2016/67 (Stichting W&P/Rabobank); Hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2700, *JOR* 2015/331 (Stichting W&P/ABN Amro).

De Hoge Raad oordeelt op grond van de bijzondere zorgplicht van de bank en op grond van de (destijds) geldende regels en gedragscodes, die een voor een worden langsgelopen,²⁰⁸ dat hoewel destijds nog geen wettelijke verplichting bestond, het voor banken in de periode 1999-2003 duidelijk moet zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige (financiële) problemen konden komen, ook in geval van hypothecair krediet. Op grond van die bijzondere zorgplicht diende de bank voorafgaand aan het verstrekken van het hypothecair krediet inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument teneinde overkreditering te voorkomen. Indien uit het onderzoek van de bank bleek dat de consument de aan de hypothecaire lening verbonden lasten niet (geheel) uit zijn inkomen zou kunnen voldoen, diende de bank volgens de Hoge Raad na te gaan of de consument de lasten voor het overige met voldoende zekerheid zou kunnen en willen voldoen uit zijn 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 voor overkreditering bracht verder mee dat de bank de consument 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. Voorts diende de bank de consument voor wie de kredietverstrekking mogelijk niet verantwoord was, daarop te wijzen, en hem voor het daaraan verbonden risico te waarschuwen. De zorgplicht van de bank strekte in de bewuste periode echter in beginsel niet zover dat zij met het oog op de belangen van de consument het verstrekken van het hypothecaire krediet in een geval van (dreigende) niet-verantwoorde kredietverstrekking behoorde te weigeren (indien de consument – na door de bank op de hiervoor omschreven wijze adequaat te zijn voorgelicht of gewaarschuwd – ervoor koos de hypothecaire lening (toch) aan te gaan). De Hoge Raad verduidelijkt dat de op de bank rustende bijzondere zorgplicht strekt ter voorkoming van overkreditering. Het onderzoek dat de bank moet verrichten naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument is geen zelfstandige verplichting, maar een middel om eventuele overkreditering te kunnen vaststellen, aldus de Hoge Raad.

Over de *sanctie* op de schending van de bijzondere zorgverplichting bevat het arrest door de stand van de procedure niet een definitief oordeel. Uit het arrest kan naar mijn mening worden afgeleid dat indien sprake is van

208. O.a. art. 28 Wck (oud), GHF 2001, art. 51 Wfd en art. 4:34 Wft passeren de revue.

overkreditering, de schade volgens de Hoge Raad (in ieder geval) bestaat uit de rentes en kosten die gerelateerd zijn aan het bedrag van de hypothecaire geldlening ten aanzien waarvan sprake is van overkreditering. Het is met name de vraag of de consument, indien sprake was van een voor hem onaanvaardbare zware financiële last, ook recht heeft op vergoeding van (een deel van) de reeds betaalde aflossingen en/of (een deel van) de restschuld.

Hoewel de casus gelijkenissen vertoont met effectenleasezaken – dezelfde periode, mogelijke overkreditering, restschuld in verband met belegging – verwijst de Hoge Raad daar niet naar.²⁰⁹ Het gaat in deze procedure niet om (de kredietverlening ten behoeve van) de belegging, maar om (hypothecaire) kredietverlening als zodanig. De bank dient de consument te ‘waarschuwen’ voor mogelijke overkreditering, in plaats van ‘uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen’ voor het bijzondere risico van een restschuld dat inherent is aan de belegging. Vergelijkbaar is wel de onderzoeksplicht naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument in verband met het verstrekte krediet. In dat kader komt de belegging zijdelings aan bod: de risico’s van de belegging worden bij dat onderzoek betrokken, indien de opbrengst van die beleggingen nodig was om aan de betalingsverplichtingen uit hoofde van het krediet te voldoen. Het waarschuwen tegen de risico’s van die belegging als zodanig maakt geen onderdeel uit van de aan bod zijnde verplichtingen van de bank.²¹⁰

Voor wat betreft het huidige recht geldt dat uit art. 4:34 Wft, mede in het licht van de Richtlijn hypothecair krediet, volgt dat een bank wel degelijk verplicht is om krediet te weigeren, indien sprake is van overkreditering en in beginsel aansprakelijk is jegens de consument op grond van (schending van) haar bijzondere zorgplicht indien die publiekrechtelijke verplichting niet wordt nageleefd. Om terug te komen op hetgeen in de vorige paragraaf is besproken: hoewel art. 38 Richtlijn hypothecair krediet bepaalt dat de lidstaten sancties moeten vaststellen, die ‘doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend’ zijn, blijkt uit de implementatiewet niet wat die privaatrechtelijke sanctie zijn. Voor zover de wetgever heeft gemeend dat die sanctie zal volgen uit het schadevergoedingsrecht indien de overkreditering (een schending van de (bijzondere) zorgplicht van de kredietverstrekker, en daarmee) een onrechtmatige daad oplevert, is dat als duidelijke sanctie onvoldoende. Uit de effectenleaserechtspraak blijkt hoe complex de preci-

209. Afgezien van de overweging in r.o. 4.2.5 dat de civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd (*De Treek/Dexia*).

210. In *De Treek/Dexia* kwam reeds een vergelijkbare ‘waarschuwplicht’ naar voren, namelijk de verplichting om de consument te adviseren de kredietovereenkomst niet aan te gaan.

sering van die sanctie aan de hand van de algemene regels van het schadevergoedingsrecht daarvan is, en tot hoeveel vervolgvragen die rechtspraak kan leiden, terwijl uit *SNS/Stichting W&P* volgt dat die rechtspraak zich niet (zonder meer) overeenkomstige toepassing leent, terwijl het in dat arrest bovendien om een geval gaat dat zich (meer dan) vijftien jaar geleden afspeelde. Al met al bevestigt *SNS/Stichting W&P* dat deze wijze van implementeren onbevredigend is, omdat de wetgever niet in een duidelijke vertaling heeft voorzien en evenmin op een duidelijke privaatrechtelijke sanctie daarop, terwijl daar duidelijk wel behoefte aan bestaat.

3.2.4.5 Begrenzing van opeisbaarheid bij tussentijdse beëindiging

Indien een consument niet aan zijn aflossingsverplichtingen voldoet – hetgeen om uiteenlopende redenen kan gebeuren – zal de bank overgaan tot het opzeggen van het hypothecair krediet, hetgeen uiteindelijk de gedwongen verkoop van de woning tot gevolg kan hebben. Art. 7:128a lid 1 BW²¹¹ bepaalt dat indien de consument in verzuim is met zijn verplichtingen uit hoofde van de kredietovereenkomst, de kredietgever niet tot aanzegging van de executie als bedoeld in art. 544 Rv mag overgaan dan nadat ten minste twee maanden na het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is geworden, zijn verstreken en de kredietgever de consument persoonlijk heeft uitgenodigd om in overleg te treden over diens betalingsachterstand, tenzij in redelijkheid niet van de kredietgever kan worden gevergd dat hij voormelde termijn in acht neemt of de consument persoonlijk benadert om te overleggen.²¹²

De barmhartige regel is blijkens de parlementaire geschiedenis gebaseerd op art. 15 GHF van de NVB.²¹³ Op grond daarvan treedt de kredietgever eveneens in overleg met de consument in geval van (dreigend) verzuim. Ook gaat de kredietgever niet over tot de openbare verkoop van de woning voordat overleg heeft plaatsgevonden (althans daartoe een poging is ondernomen), en in ieder geval niet binnen twee maanden na het tijdstip waarop

211. Implementatie van art. 28 lid 1 Richtlijn hypothecair krediet, dat bepaalt dat de lidstaten maatregelen vaststellen die de kredietgever aansporen een redelijke mate van tolerantie aan te houden alvorens een procedure tot gedwongen verkoop in te leiden.

212. Voeren van overleg en inachtneming van de redelijke termijn kunnen bijvoorbeeld in redelijkheid niet van de kredietgever worden gevergd bij faillissement van de consument, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71, met meer voorbeelden. Vgl. voorts J.W.A. Biemans, 'Grenzen aan de uitoefening van een hypotheekrecht. Over de implementatie van art. 28 Richtlijn 2014/17/EU (hypothecair krediet)', *MvV* 2017/6, p. 179-187.

213. Versie van 1 augustus 2011; zie voor deze versie www.nvb.nl.

de consument zijn verplichtingen had behoren na te komen.²¹⁴ De kredietgever kan de consument voor een persoonlijk (eerste) gesprek uitnodigen, bijvoorbeeld door middel van een persoonlijk aan hem gerichte brief, per e-mail of telefonisch. Belangrijk en vereist voor het doen van de aanzegging van de executoriale verkoop (art. 544 Rv) is dat de kredietgever de consument 'op een persoonlijke en voor hem niet mis te verstane wijze heeft benaderd om in overleg te treden over de ontstane betalingsachterstand'. Niet van belang is dat de consument niet openstaat voor een gesprek met de kredietgever. Dat blijkt pas als de consument niet of afwijzend reageert op de uitnodiging van de kredietgever. Hoe en via welke vormen van (digitale) communicatie het gesprek of de gesprekken tussen de kredietgever en de consument verder plaatsvinden, zal per geval verschillend zijn en afhankelijk zijn van de faciliteiten waarover de kredietgever en de kredietnemer beschikken. De kredietgever treedt in overleg met de consument om te kijken of een redelijke en voor beide partijen acceptabele oplossing kan worden gevonden voor de ontstane of dreigende betalingsproblemen, bijvoorbeeld door de periodieke betaaltijdstippen aan te passen, de overeenkomst te wijzigen of – in het uiterste geval – naar een mogelijkheid te zoeken om verliezen te voorkomen die door openbare verkoop zouden ontstaan, aldus de wetgever.²¹⁵

3.2.4.6 *Verbod van executoriale verkoop?*

Onder verwijzing naar overweging 27 Preambule van de Richtlijn hypothecair krediet, bevat de parlementaire geschiedenis bij de implementatiewet behorend bij de Richtlijn hypothecair krediet een aantal barmhartige opmerkingen over het afzien van een gedwongen verkoop door de hypotheekhouder.

De wetgever merkt op dat de hypotheekhouder niet altijd en onder alle omstandigheden bevoegd zal zijn om over te gaan tot executoriale verkoop van de onroerende zaak waarop de hypotheek rust, indien de consument in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. Een executoriale verkoop heeft voor de consument immers aanzienlijk nadelige gevolgen. De consument zal niet alleen zijn woning gedwongen kwijtraken: indien de executieopbrengst minder bedraagt dan de waarde van de woning, zal hij bovendien worden geconfronteerd met een restschuld die op zijn vermogen kan worden verhaald. Volgens de wetgever wordt van de kredietgever dan ook in het algemeen verwacht dat

214. Vgl. voorts leidraad 'Betalingsachterstanden bij hypotheeken. Voorkomen en oplossen van betalingsachterstanden in het belang van de klant' van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van maart 2013.

215. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71. De Woonlastenfaciliteit (NHG) kan mogelijk ook uitkomst bieden.

hij terughoudend omgaat met zijn recht van parate executie en eerst zal verkennen of niet minder ingrijpende maatregelen voor de consument kunnen worden genomen. Op de kredietgever rust in verband met diens maatschappelijke functie in het economisch verkeer een bijzondere zorgplicht jegens de consument, waardoor hij zo goed mogelijk rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de consument (vgl. art. 4:25 Wft en art. 2 ABV), aldus de wetgever. Schending van deze zorgplicht kan wanprestatie of onrechtmatige daad opleveren en aanleiding geven tot schadevergoeding. De kredietgever mag bovendien geen misbruik van zijn bevoegdheid maken. Daarvan zal sprake kunnen zijn wanneer zich een zodanige onevenredigheid tussen het belang van de kredietgever en dat van de consument voordoet dat de kredietgever in redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn recht had kunnen komen. Onverminderd de bevoegdheid van de hypotheekhouder om bij verzuim van de schuldenaar de door een hypotheek gewaarborgde onroerende zaak uit te winnen, kan bij de overweging of in een concreet geval sprake is van misbruik van bevoegdheid dus van belang zijn of de schuldenaar voldoende mogelijkheden en tijd zijn geboden om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. Indien bijvoorbeeld blijkt dat de betalingsachterstand naar verwachting tijdelijk van aard is en er volgens de consument uitzicht is op een verbetering van zijn financiële situatie, dient de consument een ‘terme de grace’ te worden gegund. Ook kan worden meegewogen of aan de zijde van de schuldenaar een noodsituatie zal ontstaan als gevolg van de executoriale verkoop dan wel of de gevolgen voor de schuldenaar hoogst onwenselijk zijn, bijvoorbeeld als de kredietschuld hoger is dan de waarde van de woning, waardoor de consument achterblijft met een restschuld. De kredietgever zal dus al het mogelijke moeten doen om een executoriale verkoop te voorkomen, aldus de wetgever.²¹⁶

Het ietwat rooskleurige beeld dat de wetgever voor de kredietnemer schetst, wordt slechts ten dele door rechtspraak bevestigd. Indien executie al voorkomen kan worden, gebeurt dat niet zozeer op grond van schending van de (bijzondere) zorgplicht van de bank, als wel op grond van misbruik van bevoegdheid. Die rechtspraak begint bij het arrest *Ritzen/Hoekstra*,²¹⁷ waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de ontruiming van een woning kan worden gestaakt totdat in hoger beroep is beslist op de grond dat tenuitvoerlegging misbruik van bevoegdheid oplevert, indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of de ontruiming op grond van ná het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoe-

216. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71.

217. HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575, NJ 1984/145 (*Ritzen en Vandenberg/Hoekstra*); vgl. HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2529, NJ 1998/286.

stand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Met name die laatste, barmhartige grond is interessant, maar rechtspraak daarover is schaars en een beroep daarop wordt niet of nauwelijks aangenomen.²¹⁸

Uit het latere arrest *De Wit/Van den Berg*²¹⁹ volgt dat via art. 438 Rv een verbod kan worden gevraagd van de tenuitvoerlegging van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak indien sprake is van misbruik van bevoegdheid (hetgeen zich voor overeenkomstige leent op andere executies). Uit *Schmidt/Thunissen*²²⁰ volgt dat daarvan sprake zal zijn indien blijkt dat de schuldenaar de vordering waarvoor de schuldeiser het executoriaal beslag heeft gelegd, reeds heeft voldaan. Dat helpt de schuldenaar die in betalingsproblemen verkeert niet tegen de parate executie door een bank.

Uit lagere rechtspraak blijkt dat executoriaal beslag op vergelijkbare wijze kan worden opgeheven ten behoeve van de hypotheekhouder en/of de schuldenaar wegens misbruik van bevoegdheid, indien de schuldenaar de vordering weliswaar nog niet heeft voldaan, maar geen opbrengst is te verwachten voor de beslaglegger, terwijl het executoriaal beslag daarnaast (ook) een (onderhandse) verkoop door de hypotheekhouder frustreert.²²¹ Geen opbrengst is te verwachten, indien de opbrengst zo weinig is dat daarmee niet eens de executiekosten kunnen worden voldaan.²²² Opheffing volgt ook indien het executoriaal beslag de onderhandse verkoop door een (hoger gerangschikte) hypotheekhouder frustreert, terwijl voor de beslaglegger geen executieopbrengst is te verwachten.²²³ De hypotheekhouder heeft belang bij opheffing, omdat, anders dan bij parate executie, bij gedwongen onderhandse verkoop geen zuivering plaatsvindt op grond

218. Bijvoorbeeld afwijzend Hof Den Bosch 16 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO9438; Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6789. Toewijzend Hof Den Haag 15 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN8654, maar beide gronden (kennelijke misslag en noodtoestand) leken te zijn gecombineerd.

219. HR 5 november 1993, NJ 1994/154 (*De Wit/Van den Berg*); vgl. Hof Den Bosch 16 maart 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AO9438; Rb. Arnhem 24 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG9652; Rb. Den Haag (vzr.) 2 oktober 2007, NJF 2008/8; Hof Leeuwarden 28 december 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BP1124.

220. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9224, NJ 2007/173 (*Schmidt/Thunissen*).

221. Bijvoorbeeld Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1551; Rb. Overijssel 1 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:884; Rb. Oost-Brabant (vzr. locatie Den Bosch) 10 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2681.

222. Rb. Oost-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1330.

223. Opheffing toegewezen: Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1551; Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1551; Rb. 's-Gravenhage 4 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16517, JOR 2014/56; Rb. Overijssel 1 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:884. Opheffing afgewezen: Rb. Zeeland-West Brabant (vzr., locatie Breda) 14 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:173, JOR 2016/281. Vgl. Hof Den Bosch 16 oktober 2012, JOR 2014/55; Rb. Den Haag (vzr.) 4 oktober 2013, JOR 2014/56 (*Lindorff/H&B*).

waarvan een executoriaal beslag komt te vervallen (vgl. art. 3:270 BW).²²⁴ Op dezelfde wijze gaat de rechtspraak om met een verzoek tot termijnstelling ex art. 545 lid 1 Rv: een dergelijk verzoek wordt op grond van misbruik van bevoegdheid afgewezen indien een hoger gerangschikt hypotheekrecht aanwezig is, de maandelijkse aflossingen op de hypothecaire geldlening worden voldaan (en de hypotheekhouder dus anders dan vanwege het gelegde executoriaal beslag in beginsel geen reden heeft om tot parate executie over te gaan), terwijl de woning onder water staat.²²⁵ In een vergelijkbaar geval heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een *termijnstelling* door de curator ex art. 58 lid 1 Fw misbruik van bevoegdheid opleverde.²²⁶ Wil een hypotheekhouder desondanks de woning toch executeren, alleen omdat executoriaal beslag is gelegd, terwijl geen betalingsachterstanden bestaan en eiser de woning gebruikt voor huisvesting van gezinsleden, dan wijst de rechter een verzoek tot verbod van de executoriale verkoop door de schuldenaar toe.²²⁷ Uit (recente) rechtspraak blijkt evenwel ook dat een schuldeiser zich soms (met succes) op het standpunt stelt dat hij wel degelijk belang heeft bij een dergelijke gedwongen verkoop, omdat daardoor de maandelijkse lasten worden verminderd, waardoor uiteindelijk ook andere schuldeisers dan alleen de bank worden betaald.²²⁸

De lagere rechtspraak laat ten slotte verschillende uitspraken zien waarin de rechter dient te oordelen over een verzoek tot staking van de executoriale verkoop of parate executie op verzoek van de schuldenaar in het geval dat wel betalingsachterstanden bestaan jegens de schuldeiser die wil executeren. Op deze verzoeken wordt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, wisselend geoordeeld. In sommige gevallen wordt de vordering tot een verbod op het veilen van de woning afgewezen, omdat de bank aan haar (bijzondere) zorgplicht heeft voldaan, sprake is van een grote betalingsachterstand, verwijtbaar slecht betaalgedrag, een lang voortraject

224. Rechter laten juist om die reden soms terughoudendheid zien bij toewijzing van het verzoek, bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI3952; Rb. 's-Gravenhage 4 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16517, *JOR* 2014/56.

225. Rb. Oost-Brabant (vzr., locatie Den Bosch) 10 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2681.

226. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87, *JOR* 2015/308.

227. Rb. Noord-Holland 14 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3333.

228. Bijvoorbeeld Rb. Den Haag 24 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4421; Rb. Oost-Brabant 10 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2681; en vgl. conclusie A-G Huydekoper onder nr. 12 vóór HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7106 (art. 81 RO), uit welk arrest lijkt te volgen dat de houder van een executoriale titel die het op executie laat aankomen terwijl bij voorbaat vaststaat dat de executie voor hem geen positieve opbrengst kan opleveren niet zonder meer misbruik van recht maakt, wanneer moet worden aangenomen dat de debiteur over voldoende middelen beschikt om de vordering waarvoor geëxecuteerd wordt, te voldoen.

en/of (meer dan) voldoende communicatie.²²⁹ Soms wordt daarbij onbarmhartig overwogen dat het zijn zonder woning en wellicht zonder verblijfplaats een voorzienbaar gevolg is van een executoriale verkoop en ontruiming.²³⁰ In andere gevallen dient de hypotheekhouder de gedwongen verkoop te staken, omdat de hypotheekgever bijvoorbeeld in staat is om alsnog af te lossen of wordt nog een laatste kans aan de bewoner gegeven om medewerking te verlenen aan taxatie en bezichtiging ‘gelet op de zwaarte van het middel van ontruiming en de impact ervan op het leven van [gedaagde] en zijn gezinsleden’.²³¹ Op een verzoek tot onderhandse verkoop ex art. 3:268 lid 2 BW door de hypotheekhouder oordeelde een andere rechter dat ook ‘rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden van het geval, waarbij zij een afweging dient te maken tussen het belang van de bank bij (gedeeltelijke) voldoening van haar vordering en het belang van hypotheekgevers dat zij hebben bij het met hun gezin kunnen blijven in de woning’. Ook speelde mee dat de schuldenaar (een visser, met wisselende inkomsten) naar verwachting binnen afzienbare tijd zijn betalingsachterstand kon inlopen, en dat door onderhandse verkoop van de woning een restschuld zou ontstaan die vele malen hoger is dan de huidige achterstand, waarvan de verwachting bestaat dat deze niet binnen afzienbare tijd zal kunnen worden voldaan, waardoor het belang van de hypotheekgevers om te kunnen blijven wonen in de woning zwaarder weegt dan het belang van de bank om onmiddellijk hun hypotheekrecht uit te winnen.²³² Uit deze rechtspraak blijkt – totdat zekere grenzen zijn bereikt – van een zekere barmhartigheid van de rechter jegens de schuldenaar.

3.2.4.7 Voorkomen: extra restschuld door wijze van gedwongen verkoop

Indien wordt overgegaan tot gedwongen verkoop en de consument aansprakelijk is voor de restschuld, bepaalt art. 28 lid 5 Richtlijn hypothecair krediet dat lidstaten dienen te voorzien in ‘procedures of maatregelen die het mogelijk maken dat bij gedwongen verkoop van het onroerend goed de meest optimale prijs wordt gehaald’. Indien na de gedwongen verkoop schuld blijft uitstaan, zorgen de lidstaten ervoor dat er ter bescherming van de consument bovendien maatregelen worden vastgesteld die de terug-

229. Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6438; Rb. Gelderland 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1814; Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7534; Rb. Zeeland-West-Brabant 6 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4722.

230. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6438; Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6789.

231. Zie Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9053; Rb. Middelburg 8 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP2147.

232. Rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Middelburg) 9 februari 2017, niet gepubliceerd, en zaaknummer zwart gemaakt door de advocaat die mij de beschikking toestuurde.

betaling vergemakkelijken, aldus art. 28 lid 5 Richtlijn hypothecair krediet. In de overwegingen voorafgaand aan de Richtlijn hypothecair krediet wordt opgemerkt dat gelet op de aanzienlijke gevolgen van gedwongen verkoop voor kredietgevers, consumenten en mogelijkserwijs de financiële stabiliteit, het passend is om kredietgevers aan te moedigen om opkomende kredietrisico's in een vroegtijdig stadium proactief aan te pakken en dat de nodige maatregelen voorhanden zijn om ervoor te zorgen dat kredietgevers 'een redelijke tolerantie betrachten' en 'redelijke pogingen ondernemen om een oplossing voor de situatie te vinden alvorens een executieprocedure in te leiden'. Deze overwegingen zien niet alleen op het voorkomen van een ontruiming van de consument en zijn gezin, maar ook op het voorkomen van een restschuld. De overwegingen vervolgen:

‘Waar mogelijk, moeten oplossingen worden gevonden die rekening houden met de praktische omstandigheden en redelijke behoeften inzake levensonderhoud van de consument. Indien er na de gedwongen verkoop schuld blijft uitstaan, dienen de lidstaten de bescherming van minimale levensomstandigheden te waarborgen en te voorzien in maatregelen om terugbetaling te vergemakkelijken en tegelijk te hoge schulden op lange termijn te voorkomen.’²³³

Deze overwegingen getuigen van barmhartigheid jegens de consument en geven een concrete invulling aan de zorgplicht van banken. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 28 lid 5 Richtlijn hypothecair krediet volgens de wetgever geen uitvoering behoeft. Hij verwijst ten eerste naar de wettelijke regeling inzake de executoriale verkoop in het BW en het Rv. Deze regeling zou reeds met (voldoende) waarborgen zijn omkleed, doordat hiervoor essentiële formaliteiten en bepaalde termijnen in acht moeten worden genomen. Dat overtuigt niet: de regeling bevat geen bepaling over het voorkomen van een restschuld of over de verplichting tot het generen van een zo hoog mogelijke executieopbrengst.²³⁴ Ook is de aanname niet zonder meer juist dat met een openbare verkoop van een woning, zoals geregeld in het BW en het Rv, de hoogste executieopbrengst wordt gegeneereerd. Zoals bekend dringen banken in de praktijk om die reden vaak aan op de onderhandse verkoop van de woning.²³⁵ Mede ter bescherming van

233. Overweging 27 Preamble, Richtlijn 2014/17/EU.

234. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71 (MvT).

235. Vgl. wet van 1 oktober 2014 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zakenwetsvoorstel (*Stb.* 2014, 352), *Kamerstukken II* 2012/13, 33484, die beoogde de opbrengst van de verkoop van onroerende zaken op executieveilingen te verhogen, waardoor de te veilen onroerende zaken niet langer (ver) beneden de marktwaarde zouden worden verkocht. Zie o.a. I. Visser, 'Het wetsvoorstel Executieveilingen (33 484)', *WPNR*

de consument verdient het overigens aanbeveling dat deze ‘gedwongen’ onderhandse verkoop (zonder tussenkomt van de rechter ex art. 3:268 lid 2 BW), met een (onherroepelijke) volmacht van de kredietnemer aan de bank, nader wordt geregeld en van zekere waarborgen wordt voorzien.

De wetgever verwijst voorts naar de bijzondere zorgplicht van de kredietgever die ook tijdens de executiefase op hem rust jegens de consument. De kredietgever dient op grond daarvan een zo hoog mogelijke executieopbrengst na te streven, ook wanneer de positie van de bank zelf voldoende gedekt is.²³⁶ Doet hij dat niet, dan handelt de kredietgever jegens de consument en ook andere schuldeisers onrechtmatig, aldus de wetgever.²³⁷ De kredietgever kan in dat geval schadeplichtig zijn op grond van art. 6:162 BW jegens de consument en de andere schuldeisers. De wetgever had deze duidelijke norm uit de richtlijn naar mijn mening beter als zodanig in afd. 7.2B.3 BW kunnen opnemen.²³⁸

De wetgever noemt ten slotte de Wet schuldsanering natuurlijke personen en andere vormen van schuldhulpverlening die in de praktijk worden aangeboden. Hoewel deze regelingen een minimale levensstandaard waarborgen, is het de vraag of de Europese wetgever dit op het oog heeft gehad met de bedoelde bepaling. Andere bestaande regelingen die worden genoemd zijn de mogelijkheid om een restschuld mee te nemen in de hypothecaire financiering van een nieuwe woning, in welk geval kan worden afgeweken van de maximale financiering voor woningen, en de mogelijkheid dat een dreigende restschuld na (gedwongen) verkoop van de woning onderdeel vormt van een regeling met de kredietgever, waarbij de kredietgever en de consument afspraken maken over de terugbetaling van de restschuld. Een consument met een hypotheek die onder de Nationale Hypotheek Garantie (NHG) valt, kan ook onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor kwijtschelding van zijn restschuld.²³⁹

Op grond van art. 28 lid 4 Richtlijn hypothecair krediet mogen partijen bij de kredietovereenkomst niet worden belet om uitdrukkelijk overeen te komen dat de terugkeer naar of de overdracht aan de kredietgever van de zekerheid of de opbrengsten van de verkoop ervan volstaat om het krediet

2013/6970, alsmede I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

236. Vgl. I. Visser, ‘Een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bij de executoriale verkoop van onroerende zaken’, *MvV* 2014/4, p. 97-102. De positie van de veilingnotaris blijft buiten beschouwing.

237. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71 (MvT).

238. Vgl. J.W.A. Biemans, ‘Grenzen aan de uitoefening van een hypotheekrecht. Over de implementatie van art. 28 Richtlijn 2014/17/EU (hypothecair krediet)’, *MvV* 2017/6, p. 179-187.

239. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71.

terug te betalen.²⁴⁰ Een dergelijke contractuele bepaling voorkomt het ontstaan van een restschuld, maar een bepaling daarover ontbreekt in het BW.

3.2.4.8 Restschuld: hypotheekakte als executoriale titel?

Is sprake van een restschuld na uitwinning van het hypotheekrecht, dan heeft de bank beperkte mogelijkheden om op grond van de grosse van de (notariële) hypotheekakte²⁴¹ executoriaal beslag te leggen op de goederen van de schuldenaar (art. 430 lid 1 Rv jo. art. 3:276 BW), zo volgt uit *Rabobank/Visser*²⁴² en *Rabobank/Donselaar*.²⁴³ Uit *Rabobank/Visser* volgt dat aan de grosse van een authentieke akte slechts executoriale kracht toekomt met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. Het is niet nodig dat de akte de grootte van het verschuldigd bedrag vermeldt, wanneer de akte aangeeft op welke voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigd bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar.²⁴⁴

In *Rabobank/Donselaar* is verduidelijkt dat de bestaande vordering respectievelijk de bestaande rechtsverhouding met voldoende bepaaldheid in de akte dient te zijn omschreven. Bevat een hypotheekakte een algemene omschrijving van de vorderingen waarvoor het bankhypotheekrecht als zekerheid strekt (art. 3:260 jo. art. 3:231 BW), dan is een dergelijke omschrijving onvoldoende voor de executoriale kracht van de notariële akte ten aanzien van de bedoelde bestaande en relatief toekomstige vorderingen. Volgens de Hoge Raad zijn de bevoegdheid van de schuldeiser om zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst de in de akte vermelde aanspraak met dwangmiddelen ten uitvoer te leggen op het vermogen van zijn schuldenaar en de bevoegdheden die de deurwaarder bij de tenuitvoerlegging van een executoriale titel heeft, welke bevoegdheden hij ook tegen de wil van de geëxecuteerde kan uitoefenen, indien nodig met hulp en bijstand van de sterke arm, verstrekkend en ingrijpend en kunnen alleen worden aanvaard indien de vordering waarvoor deze is verleend met voldoende bepaaldheid in de titel is omschreven. De ratio lijkt daarmee te zijn gelegen in de bescherming van de schuldenaar tegen zichzelf, namelijk

240. Vgl. art. 7:139 BW bij pandbelening.

241. Art. 156 lid 2 Rv, art. 1 onder g en 2 Wna.

242. HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0646, NJ 1993/449.

243. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, NJ 2013/123 (*Rabobank/Donselaar*).

244. Vgl. HR 24 januari 1935, NJ 1935/498 (*Geldersche Credietvereniging/Jonkers q.q.*).

dat hij niet meer weggeeft aan de schuldeiser dan hetgeen waarover hij uitdrukkelijk in de akte heeft verklaard. Het is goed verdedigbaar dat deze ratio ook ten grondslag ligt aan de beperking ten aanzien van de vorderingen waarvoor een executoriale titel kan worden verleend. Door die begrenzing wordt de schuldenaar ook tegen zichzelf in bescherming genomen: hij kan aan zijn schuldeiser niet een *carte blanche* geven voor een executoriaal beslag op zijn gehele vermogen (art. 3:276 BW) voor alle mogelijke, denkbare, toekomstige vorderingen.²⁴⁵

3.2.4.9 Conclusie

Uit de implementatie van Richtlijn 2014/17/EU blijkt dat de wetgever bij hypotheckair krediet veel duidelijke Europese bepalingen in het voordeel van de consument niet heeft geïmplementeerd, met het argument dat de consument bij schending van die regels een beroep kan doen op schending van de bijzondere zorgplicht van de bank. Dat geldt bijvoorbeeld voor de kredietwaardigheidsbeoordeling (art. 4:34 Wft), de verplichting om terughoudend te zijn met de parate executie van de woning en de verplichting tot het voorkomen van een restschuld. Uit *SNS/Stichting W&P*²⁴⁶ blijkt echter dat het niet alleen lang kan duren voor de Hoge Raad zich over de invulling van een dergelijke bijzondere zorgplicht en de sanctie daarop uitspreekt, maar ook dat de inhoud daarvan niet op voorhand te voorspellen is. Zo wordt de bijzondere zorgplicht in *SNS/Stichting W&P* bijvoorbeeld anders toegepast dan op grond van de effectenleaserechtspraak zou worden verwacht. Gaat het om het voorkomen van executie, dan wordt het positieve beeld dat de wetgever schetst voor wat betreft het beroep op de bijzondere zorgplicht niet altijd ondersteund door de rechtspraak. Verduidelijking van de bijzondere zorgplicht in een wettelijke bepaling zou wederom richting kunnen geven. Net zoals Boek 6 BW diverse bijzondere regelingen bevat inzake onrechtmatige daad, kan de wetgever een bijzondere regeling opnemen ter zake van de schending van kort gezegd (precontractuele en contractuele) verplichtingen van kredietgevers jegens consumenten, toegespitst op specifieke gevallen, als een 'lex specialis' van de (te vaak in de parlementaire geschiedenis) genoemde (bijzondere) zorgverplichting van banken.

245. Bij de vestiging van een hypotheekrecht is het juist omgekeerd, art. 3:231 BW. De twee verschillende criteria worden niet altijd juist toegepast: vgl. o.a. Rb. Noord-Nederland 3 oktober 2016, *JOR* 2016/320; Rb. Midden-Nederland 17 augustus 2016, *JOR* 2016/319; Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2016, *JOR* 2017/21; alsmede A. Steneker, 'Hypotheek voor alle (lees: alle) vorderingen', *WPNR* 2017/7138.

246. HR 16 juni 2017, *ECLI:NL:HR:2017:1107*, *JOR* 2017/236 (*SNS/Stichting W&P*).

3.2.5 Pandbelening: geen restschuld, maar evenmin waarderingsregels

De laatste vorm van kredietverlening die ter sprake komt, is die van pandbelening. Het risico van een restschuld is vrijwel nihil, maar de regeling kent evenmin waarderingsregels, waardoor het risico van een verhoudingsgewijs hoge kredietvergoeding op de loer ligt. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

De overeenkomst van pandbelening is de overeenkomst waarbij de ene partij, het pandhuis, aan de andere partij, de pandbelener, een geldsom ter beschikking stelt en de pandbelener daartegenover een roerende zaak, niet zijnde een registergoed, in de macht van het pandhuis brengt met het beding: (a) hetzij dat het pandhuis de zaak aan de pandbelener teruggeeft, indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan, en dat het pandhuis eigenaar van de zaak wordt, indien volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn uitblijft; (b) hetzij dat de pandbelener de zaak terstond aan het pandhuis in eigendom overdraagt, maar het pandhuis gehouden is de zaak aan de pandbelener terug te geven, indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan (art. 7:130 BW).²⁴⁷ Bij pandbelening verstrekt een professionele kredietgever krediet aan een consument.²⁴⁸ De regels gelden zowel voor commerciële als gemeentelijke pandhuizen, maar ook voor bijvoorbeeld juweliers die sieraden belenen.²⁴⁹

Pandbelening is uitgezonderd in de regelingen van consumentenkrediet (afd. 7.2A.1 BW) en hypothecair krediet (afd. 7.2B.3 BW):²⁵⁰ bij pandbelening als kredietovereenkomst wordt van de consument verlangd dat hij bij de kredietgever een goed als zekerheid in bewaring geeft, en waarbij de aansprakelijkheid van de consument zich strikt beperkt tot dit in pand gegeven goed. Uit art. 7:130 BW volgt dat de pandbelener de zaak aan het pandhuis overdraagt (onder b) of daarop een vuistpandrecht vestigt (onder a), waarop evenwel de meeste bepalingen van pandrecht niet van toepassing zijn, waaronder het toe-eigeningsverbod en de bepalingen inzake parate executie. Krachtens art. 7:138 BW zijn op een overeenkomst van pandbelening als bedoeld in art. 7:130 lid 1 onder a BW de art. 3:233-3:235, 3:237, 3:241-3:242, 3:243 lid 2, 3:244, 3:248-3:254 en 3:256 lid 2 BW niet van toepas-

247. Art. 7:130 lid 2 BW bevat een strekkingsbepaling.

248. Vgl. de definitie van pandhuis in art. 7:131 onder a BW, alsmede art. 7:132 BW.

249. www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13087/Nieuwe-Pandhuiswet-op-1-juli-van-kracht/.

250. Art. 7:58 lid 2 onder i BW resp. art. 7:119 lid 2 onder g BW.

sing.²⁵¹ De keerzijde daarvan is dat indien de pandbelener niet binnen de beleenttermijn de geldsom volledig terugbetaalt en de pandbeleningsvergoeding volledig voldoet, het pandhuis het verlies draagt dat hij ten opzichte van de in art. 7:130 lid 1 BW bedoelde geldsom met pandbeleningsvergoeding lijdt (art. 7:139 BW).

Ingevolge art. 7:137 BW wordt de pandbeleningsvergoeding²⁵² berekend in de vorm van een maandrente van ten hoogste een bij algemene maatregel van bestuur²⁵³ vastgesteld percentage van de in art. 7:130 lid 1 BW bedoelde geldsom (het verstrekte krediet). Het percentage bedraagt 4,5% voor pandbeleningsovereenkomsten gesloten per 1 juli 2015, en 9% voor pandbeleningsovereenkomsten gesloten vóór 1 juli 2015.²⁵⁴ De rente wordt maandelijks berekend, een maximale maandrente wordt gehanteerd, rente op rente is niet toegelaten en de rente omvat ook de (andere) kosten van het pandhuis. Uit de wettelijk vastgestelde rente vloeit voort dat de kredietgever niet eenzijdig rente kan verhogen (vgl. art. 7:77 lid 1 onder a BW).

Een voordeel van pandbelening ten opzichte van het gangbare consumentenkrediet of hypothecair krediet is dat de (verhaals)aansprakelijkheid van de consument voor het verstrekte krediet beperkt blijft tot (de waarde van) de roerende zaak, niet-registergoed die hij in pandbelening geeft. Daardoor bestaat niet het risico van een restschuld, indien de pandbelener zijn terugbetalingsverplichtingen niet voldoet. Het in pand geven van de zaak vormt bovendien een drempel voor de consument om de kredietovereenkomst aan te gaan.²⁵⁵ Indien een persoon de zaak niet kan missen, zal hij minder snel de geldlening aangaan.

De regeling kent mijns inziens ook tekortkomingen. Ten eerste zijn bij pandbelening de precontractuele en contractuele informatieverplichtingen (zeer)²⁵⁶ summier in vergelijking met die uit hoofde van consumentenkrediet, terwijl het in de regel in de kern om dezelfde soort kredietverlening

251. Vgl. A.F. Salomons, 'Goederenrechtelijke aspecten van de voorgestelde wettelijke regels inzake pandbeleningen', *WPNR* 2013/6986.

252. Alle beloningen en vergoedingen in welke vorm dan ook die het pandhuis in het kader van de overeenkomst van pandbelening in rekening brengt of ontvangt (art. 7:131 onder c BW).

253. Besluit van 13 maart 2014, houdende de totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 137 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (percentage pandbeleningsvergoeding) en de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 11 september 2013 tot aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe titel 2D (regels met betrekking tot pandbeleningen (*Stb.* 2013, 350), *Stb.* 2014, 123).

254. Art. 1 en 2 Besluit van 13 maart 2014, *Stb.* 2014, 123.

255. Vgl. de ratio van art. 7:79 BW.

256. Art. 7:133 BW resp. art. 7:134 BW.

gaat (consumptief krediet). Ten tweede ontbreekt bij pandbelening een wettelijke bedenktijd, althans een vergelijkbare bepaling als die in art. 7:66 lid 1 BW of art. 7:122 lid 5 BW. Ten derde, dat het pandhuis bij niet-terugbetaling door de pandbelener dit risico (volledig) voor zijn rekening neemt, en in plaats daarvan eigenaar wordt van de in pandbelening gegeven roerende zaak (of anders gezegd: dat de pandbelener het goed alleen kan terugkrijgen als hij de volledige kredietsom met rente terugbetaalt), heeft niet alleen als voordeel dat de pandbelener niet met een restschuld achterblijft, maar heeft ook als nadeel dat het pandhuis de waarde van het goed (waarschijnlijk) aan de lage kant zal taxeren om risico's te vermijden. Ten aanzien van de taxatie bevat de regeling geen bepalingen (anders dan bijvoorbeeld de Richtlijn hypothecair krediet of afd. 7.2B.2 BW inzake huurkoop). Hoewel de kredietvergoeding is gemaximeerd tot een bepaalde rente, is het daardoor onduidelijk hoe de (werkelijke, uiteindelijke) waarde van het verpande goed zich verhoudt tot de kredietsom en de rente, en welke kosten het pandhuis daarmee feitelijk in rekening brengt. Niet de maximering of de berekening van pandbeleningsvergoeding roept aldus vragen op, maar de verhouding tussen de waarde van het in pandbelening gegeven goed enerzijds en de hoogte van het verstrekte krediet anderzijds.

3.3 Thematisch

3.3.1 Weten dat en wat je leent en voor welke vergoeding

Uit de regelingen in Boek 7 BW blijkt dat een grote nadruk wordt gelegd op transparantie. Dat getuigt van een zekere (opgelegde) barmhartigheid: de sterkere partij dient de onwetende consument te beleren. Dat geldt met name voor de twee afdelingen die de implementatie vormen van de Richtlijn consumentenkrediet en de Richtlijn hypothecair krediet. In mindere mate geldt dat ook voor de nieuwe regelingen inzake goederenkrediet, huurkoop onroerende zaken, geldlening en pandbelening (par. 3.2.1). Veel privaatrechtelijke bepalingen in de Europese regelingen van consumentenkrediet en hypothecair krediet zijn gewijd aan de informatieverplichtingen van de kredietgever jegens de consument. Bij de informatieverplichtingen kan worden onderscheiden tussen reclameverplichtingen, precontractuele informatieverplichtingen en contractuele informatieverplichtingen, waarbij die laatste nader kunnen worden onderverdeeld in de 'aanvankelijke' contractuele informatieverplichtingen die gelden bij het sluiten van de overeenkomst en de 'tussentijdse' contractuele informatieverplichtingen die gelden tijdens de looptijd van de kredietovereenkomst. Voor de berekening van het jaarlijks kostenpercentage gelden gedetailleerde

regels.²⁵⁷ Uit *Lindorff/Nazier* blijkt dat aanbieders van consumentenkrediet en goederenkrediet deze informatieverplichtingen serieus dienen te nemen.²⁵⁸ Hetzelfde zal gelden voor aanbieders van hypothecair krediet.

De Europese regelingen zoals geïmplementeerd in Boek 7 BW bevatten in mindere mate *materiële* bepalingen, die de kredietverlening als zodanig begrenzen. Dat is bijvoorbeeld anders in afd. 7.2A.2 BW, waar bepaalde bedingen in kredietovereenkomsten zijn verboden en de ten hoogst toelaatbare kredietvergoeding is begrensd. Dat de privaatrechtelijke regelingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet in mindere mate grenzen stellen aan de kredietverlening als zodanig komt ook door de wijze van implementatie. De wetgever heeft verschillende verplichtingen van de kredietgever, die bijvoorbeeld overkreditering dienen tegen te gaan, binnen het privaatrecht overgelaten aan de zorgplicht van de kredietgever jegens de consument (art. 6:162 BW), al dan niet onder verwijzing naar de implementatie van bepaalde regels in de publiekrechtelijke Wft. De Nederlandse privaatrechtelijke regelingen vormen daardoor geen goede afspiegeling van de Europese richtlijnen waar ze het gevolg van zijn.

3.3.2 Effectieve sancties tegen overkreditering en restschuld

Bezien vanuit de bestrijding van schuldenproblematiek en armoedebestrijding is overkreditering (naast het vragen van woekervergoedingen) mogelijk de grootste uitdaging.

In het kader van de bescherming van de consument is het opvallend dat de Europese bescherming tegen overkreditering zich beperkt tot kredietovereenkomsten waarvoor een kredietvergoeding verschuldigd is. Uit de reikwijdte van het Europese consumentenkrediet (art. 7:58 BW) en het Europese hypothecair krediet (art. 7: 119 BW) volgt bijvoorbeeld dat kredietovereenkomsten zonder rente en andere kosten (art. 7:58 lid 2 onder e en art. 7:119 lid 2 onder c BW) niet tot de gereguleerde kredietovereenkomsten worden gerekend.²⁵⁹ Onder andere bij overkreditering gaat het niet alleen om de kredietvergoeding waardoor de consument in de problemen kan komen, maar juist ook om de kredietverstrekking als zodanig. Het is daarom ook terecht dat art. 4:34 Wft zich niet beperkt tot kredietovereen-

257. Zie over informatieverplichtingen bij consumentenkrediet o.a. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013 en J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten* (Serie Recht en Praktijk FR8), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

258. Zie hiervoor par. 3.2.3.2.

259. Vgl. ook kredietovereenkomsten waarbij het krediet binnen een termijn van drie maanden moet worden terugbetaald en slechts onbetekenende kosten worden aangerekend (art. 7:58 lid 2 onder e BW) en kredietovereenkomsten die betrekking hebben op kosteloos uitstel van betaling van een bestaande schuld (art. 7:58 lid 2 onder h en art. 7:119 lid 2 onder f BW).

komsten waarbij een kredietvergoeding wordt gevraagd, maar betrekking heeft op iedere kredietverlening aan consumenten.²⁶⁰

Een belangrijke vraag²⁶¹ is wat een effectieve bescherming vormt voor de consument tegen overkreditering. De nietigheid, ongeldigheid of vernietigbaarheid van de kredietovereenkomst, al dan niet wegens strijd met de wet of op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, zal de consument slechts ten dele helpen. Immers, op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) zal de consument gehouden zijn om het verstrekte krediet alsnog terug te betalen. Indien de kredietovereenkomst een looptijd had, met een uitgestelde terugbetaling of een terugbetaling in termijnen, komt deze te vervallen, omdat de nietigheid, ongeldigheid of vernietiging tot gevolg heeft dat de vordering op grond van onverschuldigde betaling onmiddellijk opeisbaar is. De kredietgever kan een ingebrekestelling sturen (art. 6:82 BW) en na het verzuim van de consument wettelijke rente in rekening brengen (art. 6:119 BW). Die rente zal weliswaar lager liggen dan de contractuele rente, maar verbetert evenmin de positie van de consument. De kredietgever is gehouden om ontvangen aflossingen en kredietvergoedingen terug te betalen aan de consument. Daarmee wordt aan hem de kredietvergoeding onthouden. Indien het niet verantwoord was om een kredietbedrag in de eerste plaats aan de consument te verstrekken, houdt nietigheid, ongeldigheid of vernietigbaar in zoverre een sanctie in voor de kredietgever, maar biedt zij weinig effectieve bescherming voor de consument, die immers gehouden zal blijven om het geleende bedrag terug te betalen, waartoe hij juist bij overkreditering niet in staat zal zijn. Bij vernietiging (ongeacht de grond) zal contractuele rente *niet* kunnen worden gevorderd op de grond dat de consument de *waarde* dient te vergoeden van het onverschuldigd betaalde krediet. Een geldbedrag zal weliswaar meer waard kunnen zijn dan zijn nominale bedrag, maar art. 6:210 lid 2 BW is alleen van toepassing indien de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, hetgeen bij de terugbetaling van een geldsom niet het geval is. De kredietgever zou zich denkbaar kunnen beroepen op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), maar indien sprake is van overkreditering (of andere schending van de zorgplicht van de kredietgever), staat mijns inziens de redelijkheid aan een beroep op ongerechtvaardigde verrijking in de weg. Hetzelfde geldt overigens voor een beroep op art. 6:100 BW (voordeeltoerekening) in het kader van schadevergoeding.²⁶²

260. Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 36.

261. Een andere vraag is hoe de kredietwaardigheid van de consument in concreto dient te worden vastgesteld. Zie daarover J.M. Meindertsmä, 'De kredietwaardigheidstoets in het privaatrecht', *TvC* 2017/3, p. 115-122.

262. Vgl. M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014/7-8.

De bescherming tegen overkreditering en restschuld wordt thans geboden door de schending van de zorgplicht (art. 6:162 BW) van de kredietgever in combinatie met art. 4:34 Wft en de verplichting om de daardoor ontstane schade te vergoeden.²⁶³ Die bescherming is op zich toe te juichen, omdat de schadevergoeding de mogelijkheid biedt om niet alleen betaalde kredietvergoeding (rente en kosten), maar ook (een deel van) het betaalde kredietbedrag als schade te vergoeden. Een voordeel van deze bescherming is ook dat aan de hand van de schadevergoedingsbepalingen, waaronder eigen schuld en voordeeltorekening, maatwerk kan worden geleverd in de gevallen dat zulks nodig is. Een nadeel van deze benadering is de (potentiële) complexiteit van de schadeberekening, zoals blijkt uit de rechtspraak inzake effectenlease.²⁶⁴ Een ander nadeel van schending van de (bijzondere) zorgplicht is dat naar huidig recht weinig duidelijkheid bestaat over de precieze aanspraken van de consument indien daarvan eenmaal sprake is. De voorhanden zijnde rechtspraak van de Hoge Raad gaat grotendeels over effectenlease. Aan de hand daarvan kan de aansprakelijkheid voor overkreditering tot op zekere hoogte worden ingekleurd.²⁶⁵ Effectenlease bevatte echter ook een beleggingscomponent. Het is de vraag of het ontbreken daarvan bij overkreditering invloed heeft op het al dan niet aannemen van een bijzondere zorgplicht²⁶⁶ en daardoor op de omvang van de aansprakelijkheid. Uit *SNS/Stichting W&P*²⁶⁷ lijkt te volgen dat voor wat betreft de onderzoeksplicht van de bank geen verschil behoeft te bestaan, maar de Hoge Raad noemt niet de waarschuwingsplicht zoals bekend uit de effectenleaserechtspraak die inherent lijkt te zijn aan risicovolle beleggingsproducten. Uit *SNS/Stichting W&P* volgt voorts dat de desbetreffende periode waarin de schending plaatsvond van invloed is op de inhoud van de zorgverplichting. Ten slotte heeft de Hoge Raad geen (definitief) oordeel gegeven over de te vergoeden schade, anders dan dat in beginsel rente en kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Een derde nadeel aan de afdoening over de band van schadevergoeding kan zijn dat een bedrag dat ontvangen is, volgens een rechter mogelijk niet als 'schade' kan worden

263. Het dient om een specifieke schending te gaan. Vgl. Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4508, waarin de rechtbank de vordering van particuliere hypotheekgevers afwijst, die de bank aanspraken voor de restschuld na de executie, omdat bank als speler in de financiële wereld medeverantwoordelijk zou zijn voor de crisis en restschuld.

264. Zie hiervoor par. 3.2.2.

265. Anders: M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014/7-8, par. 8.1, met als argument dat de consument wel de beschikking heeft gehad over het te veel geleende bedrag en daarvan heeft kunnen profiteren door het op een spaarrekening te zetten of een andere lening af te lossen. In dat soort gevallen zal m.i. veelal geen sprake zijn van overkreditering.

266. Vgl. B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3, par. 3.1; en M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, 'Overkreditering bij consumentenkrediet', *MvV* 2014/7-8, par. 6.2.

267. HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *JOR* 2017/236 (*SNS/Stichting W&P*).

aangemerkt²⁶⁸ en (dus) moet worden terugbetaald,²⁶⁹ hetgeen bij overkreditering nu juist onwenselijk is. De rechtspraak inzake effectenlease laat overigens zien dat dit wel mogelijk is.²⁷⁰

Al met al zou de sanctie op overkreditering een wettelijke regeling verdienen, die wat mij betreft ten dele een codificatie mag zijn van de effectenleaserechtspraak, zolang maar duidelijke gevolgen worden verbonden aan de schending van de zorgverplichting van de kredietgever. Een denkbare sanctie zou zijn dat bij overkreditering de consument geen kredietvergoeding hoeft te betalen en evenmin het deel van het verstrekte kredietbedrag voor zover sprake is van overkreditering (hetgeen vaak gelijk zal oplopen met de restschuld, maar niet het geval hoeft te zijn).

Een sterke bescherming tegen het ontstaan van een *restschuld* is de regeling dat de consument bij het aangaan van de kredietovereenkomst een goed bij de kredietgever als zekerheid in bewaring geeft, waarbij de aansprakelijkheid van de consument zich beperkt tot dit in zekerheid gegeven goed. Deze regeling geldt voor pandbelening (art. 7:139 BW) en is denkbaar bij goederenkrediet, zoals hypothecair krediet. Art. 28 lid 4 Richtlijn hypothecair krediet zinspeelt zelfs op deze mogelijkheid: partijen bij de kredietovereenkomst mogen niet worden belet om uitdrukkelijk overeen te komen dat de terugkeer naar of de overdracht aan de kredietgever van de zekerheid of de opbrengsten van de verkoop ervan volstaat om het krediet terug te betalen. De wetgever heeft ter gelegenheid van de implementatie van deze richtlijn niets gedaan om deze vorm van hypothecair krediet te ‘promoten’.

Het tegengaan van een restschuld kan voorts worden bewerkstelligd door het verstrekte kredietbedrag te maximeren tot de waarde van het gefinancierde goed dat daarvoor in zekerheid is gegeven. Het toepassingsbereik van deze regel is beperkt tot bepaalde goederen. Zoals opgemerkt worden de regels inzake hypothecaire kredietverlening aangescherpt,²⁷¹ waardoor de consument maximaal het bedrag van de waarde van de woning kan lenen. ‘Keerzijde’ daarvan is dat minder starters een woning kunnen kopen en kunnen profiteren van een eventuele waardeinstijging, en dat meer professionele beleggers woningen zullen opkopen en gaan verhuren. Wat effecten betreft, voor beleggingsondernemingen bevatten art. 85-86 BGfo

268. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6826, NJ 2014/434.

269. Regelingen die als sanctie op overkreditering bepalen dat de kredietgever geen recht heeft op een kredietvergoeding, maar de consument het kredietbedrag wel dient terug te betalen gaan in principe van dezelfde gedachte uit. Vgl. ook de Franse regeling, zoals kenbaar uit HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, JOR 2014/247 (*Crédit Lyonnais/Kalhan*).

270. Zie hiervoor par. 3.2.2.4.

271. Zie hiervoor par. 3.2.4.2.

nadere regels, ter uitvoering van de zorgverplichting van financiële instellingen, op grond waarvan de beleggingsonderneming dient toe te zien dat de consument over voldoende saldi beschikt om te voldoen aan verplichtingen ‘die voortvloeien uit transacties in financiële instrumenten’ of daarvoor voldoende zekerheid stelt.

3.3.3 Begrenzing van kredietvergoeding en andere rente en kosten

De Europese richtlijnen voorzien in een begrenzing van de vergoeding die verschuldigd is bij de beëindiging van de kredietovereenkomst in het geval van vervroegde aflossing.²⁷² Hetzelfde geldt voor consumentenkrediet in het geval van de beëindiging van de overeenkomst door de consument binnen de wettelijke bedenktijd.²⁷³ Ten aanzien van de berekening in het kader van vervroegde aflossing bij hypothecair krediet heeft de AFM inmiddels richtlijnen opgesteld.²⁷⁴

Voor het overige zijn het niet de Europese, maar de Nederlandse regelingen die een maximum stellen aan de kredietvergoeding. Met name bij consumentenkrediet worden de hoogte en toelaatbaarheid van de verschillende soorten kredietvergoedingen daarbij echter beheerst door een woud aan regels en (soms onderling afwijkend) rechtensrecht. De afzonderlijke regels zijn barmhartig naar de consument toe, maar het geheel van regels doet daar afbreuk aan.

Consumentenkrediet

Bij consumentenkrediet is op grond van art. 7:76 BW en het Besluit kredietvergoeding²⁷⁵ een maximum gesteld aan de kredietvergoeding.²⁷⁶ Deze bepaling en dit besluit zijn van toepassing ongeacht de hoogte van de krediet som.²⁷⁷ Op grond van het Besluit kredietvergoeding kan niet meer dan 14% kredietvergoeding worden gevraagd.²⁷⁸ Het maximum geldt niet bij vervroegde aflossing, aangezien afd. 7.2A.1 BW daarvoor een eigen re-

272. Consumentenkrediet: art. 7:68 lid 2 e.v. BW; hypothecair krediet: art. 7:127 BW. Het probleem van vervroegde aflossing speelt ook bij effectenlease en renteswaps.

273. Art. 7:66 lid 3 en 4 jo. art. 7:67 BW.

274. AFM, ‘Vergoeding voor vervroegde aflossing van de hypotheek. Uitgangspunten berekening van het financieel nadeel’, 20 maart 2017. Vgl. voor zakelijke kredietverlening, Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2816.

275. Besluit Kredietvergoeding, *Stb.* 1991, 549, laatstelijk gewijzigd per 25 mei 2011, *Stb.* 2011, 242.

276. De wettelijke grondslag was vroeger art. 35 lid 1 Wck (oud). Ook art. 4:35 Wft verwijst thans naar dit besluit. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 21.

277. De beperking van € 40.000 onder het oude recht is komen te vervallen, omdat die beperking evenmin uit art. 4:35 Wft volgt (*Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 6-7). Hetzelfde geldt voor art. 7:77 lid 1 BW.

278. Art. 4 Besluit kredietvergoeding (12%) alsmede art. 1 Besluit wettelijke rente (2%).

geling bevat.²⁷⁹ Kredietvergoeding is gedefinieerd als alle beloningen en vergoedingen, in welke vorm ook, die de kredietgever ter zake van een kredietovereenkomst bedingt, in rekening brengt of aanvaardt (art. 7:74 onder h BW).²⁸⁰ Onder de kredietvergoeding vallen blijkens de parlementaire geschiedenis ook incassokosten, maar niet proceskosten.²⁸¹ De wettelijke rente is begrensd op grond van art. 6:119 BW.

Uit art. 7:76 BW blijkt dat een verhoging op grond van een beding betreffende variabele rente *als zodanig* niet is uitgesloten. Ook de regeling inzake consumentenkrediet bevat verwijzingen naar variabele rente.²⁸² De kredietgever mag echter niet krachtens een beding eenzijdig rente verhogen anders dan bij wijze van een ingevolge art. 7:76 BW toegelaten verhoging van de kredietvergoeding (art. 7:77 lid 1 onder a BW). Het Besluit kredietvergoeding vormt aldus de absolute begrenzing van deze (variabele) rente. Art. 7:77 lid 1 onder a BW laat onverlet dat een rechter oordeelt dat het beding als zodanig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is²⁸³ of dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van art. 6:233 BW.²⁸⁴

Eventueel overeengekomen ‘contractuele boeterente’ valt onder de regeling van art. 6:91 e.v. BW en kan uit dien hoofde gematigd of aangevuld worden (art. 6:94 BW). In de parlementaire geschiedenis is destijds opgemerkt dat de maximale kredietvergoeding ‘alle kosten’ omvat, en dat bij ‘een te late betaling daarnaast een zogenoemde “vertragsingsvergoeding” in rekening [mag] worden gebracht die eveneens aan een maximum is gebonden en

279. Art. 7:74 onder h en art. 7:76 lid 1 BW; *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 21.

280. Bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2752, *JOR* 2013/249; Rb. Rotterdam 24 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:379, *JOR* 2014/131. Bij goederen- en dienstenkrediet verminderd met het totaal van de contante prijzen van de zaken onderscheidenlijk diensten, waarvan de kredietnemer het genot wordt verschaft onderscheidenlijk die aan de kredietnemer worden verleend (art. 7:74 onder h BW).

281. *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, 12, p. 28, 32 en 89; *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 21; M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, ‘Consumentenkrediet, anderhalf jaar later’, *FR* 2012/12, par. 3.2.4; Groene Serie Schadevergoeding, art. 6:96 BW, aant. 11.4.5.2 (S.D. Lindenbergh) 2016, met rechtspraakverwijzingen.

282. Het gaat om informatieverplichtingen (art. 7:61 lid 2 onder f, lid 6 onder e en lid 7 onder e, art. 7:62 en art. 7:63 BW). Anders dan een definitie van de vaste debetrentevoet (art. 7:57 lid 1 onder k en lid 4 BW) ontbreekt een definitie van de variabele debetrentevoet.

283. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 22. Vgl. m.b.t. een bedrijfsmatig handelende cliënt, Rb. Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2015:7586.

284. Bij hypothecair krediet, HvJ EU 14 maart 2013, C 415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz/Catalunyacaixa*). Vgl. voorts M. Nijland, ‘Reikwijdte rentewijzigingsclausules consumptief krediet’, *NTHR* 2015/3, p. 119-125; C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, ‘Variabele rente bij consumentenkrediet’, *FR* 2014/4, p. 126-133; alsmede o.a. Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1327; Rb. Midden-Nederland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3780; HR 17 juni 1983, NJ 1984/705.

niet hoger mag zijn dan het overeengekomen periodieke rentepercentage bij reguliere betaling. Voor het overige mogen niet apart vergoedingen voor kosten als door deze leden bedoeld in rekening worden gebracht.²⁸⁵ Deze toelichting dateert van voor (de implementatie van) de Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen. Het gegeven dat een contractuele boeterente in rekening mag worden gebracht laat onverlet dat het beding in de algemene voorwaarden dat daaraan ten grondslag ligt onredelijk bezwarend wordt geacht, zo volgt uit de lagere rechtspraak. Kantonrechters bij de Rechtbank Amsterdam en Rechtbank Midden-Nederland (locaties Utrecht, Amersfoort, Almere en Lelystad) wijzen de ‘contractuele vertragsrente’ ambtshalve af omdat het beding op grond waarvan de vertragsrente wordt gevorderd als onredelijk bezwarend wordt betiteld; andere rechtbanken wijze deze contractuele vertragsrente wel toe.²⁸⁶

De definitie van kredietvergoeding in afd. 7.2A.2 BW is vergelijkbaar met, maar niet precies hetzelfde als die van ‘de totale kosten van het krediet’ in de ‘Europese’ regelingen (afd. 7.2A.1 en 7.2B.3 BW), namelijk ‘alle kosten, met inbegrip van rente, commissielonen, belastingen en vergoedingen van welke aard ook, die de consument in verband met de kredietovereenkomst moet betalen en die de kredietgever bekend zijn, met uitzondering van notariskosten’.²⁸⁷ Bij hypothecair krediet zijn incassokosten bijvoorbeeld uitdrukkelijk uitgezonderd van de totale kosten van krediet (art. 7:118 lid 2 BW); mogelijk geldt dezelfde beperking voor consumentenkrediet in afd. 7.2A.1 BW. Het is onduidelijk waarom het begrip kredietvergoeding bij de omzetting van de bepalingen van de Wck (oud) naar Boek 7 BW niet gelijkgeschakeld is met het begrip de totale kosten van het krediet in de ‘Europese’ regelingen.

Effectenkrediet en hypothecair krediet

Art. 7:76 BW en het Besluit kredietvergoeding zijn ex art. 7:75 lid 3 BW niet van toepassing op effectenkrediet. Ze zijn evenmin van toepassing op hypothecair krediet of op huurkoop onroerende zaken, omdat geen sprake is van consumentenkrediet in de zin van afd. 7.2A.2 BW.²⁸⁸ De *absolute* begrenzing voor de kredietvergoeding bij effectenlease en hypothecaire

285. *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, 12, p. 28.

286. Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 maart 2017, zaaknr. 5558786 CV EXPL 16-34901; Rb. Amsterdam 23 maart 2017, zaaknr. 5528324 CV EXPL 16-33554; Rb. Midden-Nederland 14 december 2016, zaaknr. 5524176 UC EXPL 16-17062; Rb. Den Haag 22 maart 2017, zaaknr. 5509668 RL EXP 16-31162; Rb. Noord-Holland (locatie Haarlem) 27 juli 2016, zaaknr. 5202938 CV EXPL 16-6060; Rb. Limburg (locatie Roermond) 25 mei 2016, zaaknr. 5045147 CV EXPL 16-4878.

287. Art. 7:57 lid 1 onder g resp. onder i BW.

288. Indien de kredietnemer geen consument is, zoals zich bij goederenkrediet of huurkoop onroerende zaken kan voordoen, is de maximering om die reden evenmin van toepassing.

krediet wordt daardoor mede gevormd door rechtspraak inzake woekerrente.²⁸⁹ Bij hypothecair krediet zijn bedingen inzake variabele rente op zich ook geldig,²⁹⁰ maar worden deze getoetst aan (onder andere) art. 6:233 onder a BW. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van zogenoemde Euribor-hypotheeken bepaald dat opslagwijzigingsbedingen onder de reikwijdte van de Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13/EG) vallen, en dat deze ongeclausuleerde bedingen in beginsel als oneerlijk bezwarend, en daarmee als een oneerlijk beding kwalificeren, waardoor zij voor (ambtshalve) vernietiging in aanmerking komen.²⁹¹

Gaat het om effectenkrediet en hypothecair krediet, is voor wat betreft de incassokosten art. 6:96 BW van toepassing. Deze bepaling is in 2012 gewijzigd.²⁹² Uit de memorie van toelichting blijkt dat ‘met name consumenten en kleine bedrijven, zoals eenmanszaken, moeten worden beschermd tegen onredelijke incassokosten’.²⁹³ De wijziging komt er kort gezegd op neer dat buitengerechterlijke incassokosten, niet zijnde proceskosten, worden begrensd door het Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke incassokosten.²⁹⁴ Een daarmee afwijkend beding is nietig op grond van art. 3:40 lid 2 BW.²⁹⁵ De vergoeding volgens het Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke incassokosten kan, indien de schuldenaar een consument is, eerst verschuldigd worden nadat de schuldenaar na het intreden van het verzuim, bedoeld in art. 6:81 BW, onder vermelding van de gevolgen van het uitblijven van betaling, waaronder de vergoeding die in overeenstemming met de nadere regels wordt gevorderd, vruchteloos is aangemaand tot betaling binnen een termijn van veertien dagen, aanvangende de dag na aanmaning (art. 6:96 lid 6 BW).²⁹⁶ Ten aanzien van deze veertiendagentermijn heeft de Hoge Raad onder andere geoordeeld dat deze termijn pas begint te lopen

289. Zie hiervoor par. 2.3.

290. Art. 7:124 BW.

291. Zie Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, JOR 2016/96.

292. Wet van 15 maart 2012 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (*Stb.* 2012, 140); en *Kamerstukken* 32418.

293. *Kamerstukken II* 2009/10, 32418, 3, p. 1.

294. Art. 6:96 lid 2 onder c, lid 3 en 5 BW, art. 241 Rv en Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke incassokosten (*Stb.* 2012, 141). De vergoeding van de kosten ex art. 6:96 lid 2 onder c BW is vastgesteld in percentages, afhankelijk van het bedrag van de hoofdsom en bedraagt ten minste € 40. Zie art. 2 Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke incassokosten. Art. 241 Rv verhindert dat incassokosten van kleur verschieten zodra het tot een procedure komt (*Kamerstukken II* 2009/10, 32418, 3, p. 3).

295. *Kamerstukken II* 2009/10, 32418, 3, p. 2; vgl. voor ambtshalve matiging, art. 242 Rv.

296. *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 11.5.2.2 (S.D. Lindenberg) 2016, met verdere rechtspraak- en literatuurverwijzingen.

op de dag na die waarop de aanmaning (de veertiendagenbrief) door de schuldenaar is ontvangen.²⁹⁷

Art. 7:128a lid 2 BW bevat een bijzondere regel voor de maximaal in rekening te brengen kosten bij het verzuim van de consument bij hypothecair krediet. Onverminderd het recht op wettelijke rente mag de vergoeding die de consument aan de kredietgever verschuldigd is wegens niet-nakoming van zijn uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, niet hoger zijn dan hetgeen nodig is ter vergoeding van de schade die de kredietgever als gevolg van de niet-nakoming heeft geleden.²⁹⁸ Met deze bepaling worden bedingen die de kredietgever recht geven op hoge (schade)vergoedingen en boetebedingen (art. 6:91) tegengegaan. De kredietgever mag alleen kosten in rekening brengen ter vergoeding van het door hem geleden financiële nadeel, zoals bedoeld in art. 6:96 BW.²⁹⁹ Daaronder zullen de kosten van parate executie als bedoeld in art. 3:270 BW vallen en mogelijk ook die van (gedwongen) onderhandse verkoop in het geval dat daarmee een openbare veiling en een grotere restschuld worden voorkomen.³⁰⁰

Pandbelening

De ‘pandbeleningsvergoeding’³⁰¹ is gemaximeerd op grond van art. 7:137 BW en het Besluit pandbeleningsvergoeding.³⁰² Het maximale percentage bedraagt 4,5% voor pandbeleningsovereenkomsten gesloten vanaf 1 juli

297. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704, *JBPr* 2017/20; vgl. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *JBPr* 2014/51; HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740, *NJ* 1999/196. Vgl. voorts de ‘Aanbeveling over de veertiendagenbrief n.a.v. het BIK-overleg (tussen deurwaarders en LOVCK-T)’, 19 januari 2017, raadpleegbaar op www.rechtspraak.nl; M.R. Ruygvoorn & M.I. Nijenhof-Wolters, ‘Schade in de vorm van buitengerechtelijke kosten; een overzicht’, *Letsel&Schade* 2016/4, p. 13 e.v.

298. Vgl. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz/Catalunyacaixa*), op grond waarvan het HvJ EU onder Richtlijn 93/13/EEG oordeelde dat een verhoogde rente nádat het (hypothecair) krediet is opgeëist onder omstandigheden oneerlijk kan zijn, hetgeen met name het geval zal zijn als die vergoeding hoger is dan de wettelijke rente. Vgl. ook HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, *JOR* 2014/247 (*Crédit Lyonnais/Kalhan*).

299. Art. 28 lid 3 Richtlijn 2014/17/EU; *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 3, p. 67-71; *Kamerstukken II* 2015/16, 34292, 6, p. 12.

300. J.W.A. Biemans, ‘Grenzen aan de uitoefening van een hypotheekrecht. Over de implementatie van art. 28 Richtlijn 2014/17/EU (hypothecair krediet)’, *MvV* 2017/6, p. 179-187.

301. Zie voor ‘pandbeleningsvergoeding’ en ‘beleentermijn’, art. 7:131 onder c resp. onder d BW.

302. Vaststellingsbesluit totstandkoming AMvB bedoeld in artikel 137 Burgerlijk Wetboek Boek 7 (percentage pandbeleningsvergoeding) en inwerkingtreding van de wet tot aanvulling van Burgerlijk Wetboek Boek 7 met nieuwe titel 2d (regels pandbeleningen), *Stb.* 2014, 123. De hoogte van de rente is van belang: de pandbelener kan de beleende zaak pas door terugbetaling van geleende geldsom en pandbeleningsvergoeding terugkrijgen (art. 7:130 lid 1 BW). De pandbelener is niet aansprakelijk voor de eventuele restschuld; incassokosten of proceskosten blijven in beginsel buiten beschouwing.

2015 en 9% vóór 1 juli 2015.³⁰³ Afd. 7.2D BW noch het besluit bevatten regels over de *waardering* van de in pand gegeven zaken. Valt die waardering laag uit, dan kan dat tot gevolg hebben dat de pandbeleningsvergoeding hoger uitvalt. Indien de pandbelener niet binnen de termijn de geldsom en de pandbeleningsvergoeding volledig voldoet, draagt het pandhuis op grond van art. 7:139 BW het ‘verlies’ ten opzichte van in art. 7:130 lid 1 BW bedoelde geldsom met pandbeleningsvergoeding, maar daar staat tegenover dat de pandbelener geen recht heeft op de eventuele overwaarde van de zaak.³⁰⁴ Die overwaarde behoort *de facto* tot de kredietvergoeding.

Uit het voorgaande volgt dat de regulering en begrenzing van de kredietvergoeding allerminst op uniforme wijze geregeld is, maar afhangt van het soort krediet, de oorsprong van de regeling (Europees of nationaal), de soort regel (wettelijk of rechtersrecht) en de soort kredietvergoeding. Deze verschillen en onderlinge afwijkingen zijn slechts ten dele te rechtvaardigen. Een overkoepelende visie van de wetgever op kredietvergoedingen ontbreekt vooralsnog.

3.3.4 Ambtshalve toetsing

Het HvJ EU heeft in verschillende arresten geoordeeld dat nationale rechters gehouden kunnen zijn om, indien zich feiten of omstandigheden voordoen die vallen onder nationale wetgeving ter implementatie van Unierecht, die wettelijke regeling ambtshalve te toetsen.³⁰⁵ Ambtshalve toetsing is barmhartig: de rechter onderricht de onwetenden en geeft in moeilijkheden goede raad, opdat de consument daadwerkelijk beschermd wordt door de rechtsregel die in zijn voordeel is gemaakt, zelfs als de consument niet in de procedure verschijnt.

De verplichting bestaat ongeacht of sprake is van een verstekzaak (art. 139 Rv). Het doel van de ambtshalve toetsing is om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden onder-

303. Art. 1 en 2 Besluit pandbeleningsvergoeding.

304. Art. 7:130 lid 1 onder a en b BW.

305. O.a. HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, NJ 2000/730 (*Océano*); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10421, NJ 2007/201 (*Mostaza Claro*); HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-08017, NJ 2008/37 (*Rampion*); HvJ EG 17 december 2009, C-227/08, *Jur.* 2009, p. I-11939, NJ 2010/225 (*Martín Martín*). Vgl. voorts o.a. C.J.A. Seinen & A.G.F. Ancery, ‘Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen?’, *TCR* 2015/3, p. 83; A.G.F. Ancery & H.B. Krans, ‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties’, *AA* 2016/825, p. 825-830; F.J.P. Lock, ‘De verdeling van de stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker: een Nederlands en Europees perspectief’, *NTBR* 2016/16, par. 7, steeds met verdere rechtspraak- en literatuurverwijzingen.

vindt om deze uit te oefenen, aldus het *Océano*-arrest.³⁰⁶ Aan de eis dat de nationale rechter de bepalingen van consumentenbeschermende Unierichtlijnen ambtshalve toepast, ligt het 'effectiviteitsbeginsel' ten grondslag.³⁰⁷ Die eis is gerechtvaardigd omdat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan de verkoper beschikt, en omdat het niet te verwaarlozen gevaar bestaat dat de consument uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregel die ertoe strekt hem te beschermen.

Het gaat niet alleen om een bevoegdheid van de rechter, maar ook om een verplichting.³⁰⁸ De barmhartigheid van de nationale rechter jegens de consument is een door de Europese rechter opgelegde barmhartigheid. De impact daarvan is groot. De Europese rechtspraak heeft onder andere geleid tot het rapport 'Ambtshalve toetsing II'.³⁰⁹ De regels zijn niet beperkt tot de rechter in eerste aanleg, maar strekken zich ook uit tot hoger beroep en mogelijk cassatie.³¹⁰ Dat de rechter bij strijdigheid met het Unierecht de overeenkomst ambtshalve dient te vernietigen, geldt in beginsel alleen indien het gaat om strijd met privaatrechtelijke bepalingen. Zijn de Europese bepalingen geïmplementeerd in de Wft, dan is het de vraag of de strijdigheid met die bepalingen op grond van art. 1:23 Wft niet (zonder meer) tot (ambtshalve) nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst kan leiden en hoe zich dat verhoudt tot de hiervoor genoemde beschermingsgedachte.

De rechter die overweegt een overeenkomst ambtshalve te vernietigen, dient de beginselen van hoor en wederhoor in acht te nemen en de verschenen partij(en) in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten en zo nodig hun stellingen aan te passen.³¹¹ Indien de consument in de procedure is verschenen, heeft hij aldus ook de gelegenheid zich ertegen te verzetten dat de betrokken overeenkomst wordt vernietigd, hetgeen de rechter dan heeft te respecteren.³¹² De rechter dient, alvorens over te gaan tot ambts-

306. HvJ EG 27 juni 2000, C-240-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941, NJ 2000/730 (*Océano*), nr. 26.

307. HvJEU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Hazet Ochten*).

308. Vgl. H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 5; A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, o.a. par. 10.1.

309. 'Ambtshalve toetsing II. Herzien rapport van de LOVCK-werkgroep', november 2014, raadpleegbaar op www.rechtspraak.nl.

310. O.a. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (*Heesakkers/Voets*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, JOR 2016/127 (*Lindorff/Nazier*).

311. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, JOR 2013/329 (*Heesakkers/Voets*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, JOR 2016/127 (*Lindorff/Nazier*).

312. Vgl. HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 (*Asbeek Brusse*), punt 49.

halve toepassing, partijen in de gelegenheid te stellen om te reageren op zijn beslissing.

De rechtspraak heeft betrekking op (privaatrechtelijke) regelingen van consumentenovereenkomsten zoals geïmplementeerd op grond van Europese richtlijnen. In de rechtspraak met betrekking tot onder andere de volgende onderwerpen en richtlijnen is geoordeeld dat de rechter ambtshalve dient te toetsen:³¹³ oneerlijke bedingen zoals geregeld in Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen,³¹⁴ colportage,³¹⁵ consumentenkoop,³¹⁶ en consumentenkrediet uit hoofde van Richtlijn consumentenkrediet 2008/48/EG en voorgangers daarvan.³¹⁷ Het HvJ EU heeft geoordeeld dat met de Richtlijn consumentenkrediet een hoog niveau van bescherming wordt nagestreefd.³¹⁸ Het ligt voor de hand dat een rechter ook de bepalingen inzake het hypothecair krediet, zoals omgezet uit de Richtlijn hypothecair krediet 2014/17/EU, ambtshalve zal dienen te toetsen, waaronder art. 7:128a BW. In de literatuur is verdedigd dat de rechter ook ambtshalve de kredietwaardigheidsstoetsing dient te toetsen.³¹⁹ Uit de rechtspraak inzake consumentenkrediet volgt dat de ambtshalve toetsing op méér kan zien dan op het oordeel dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met het Unierecht.³²⁰ Uit die beslissing in de prejudiciële procedure volgt dat de Hoge Raad van oordeel is dat de rechter bijvoorbeeld ook de verdere rechtsgevolgen van de nietigheid dient te bepalen, waaronder de hoogte van de verbintenissen uit onverschuldigde betaling en de mogelijkheid van verrekening. Op grond daarvan is ook denkbaar dat de rechter bij overkreditering niet ambtshalve overgaat tot nietigverklaring van de overeenkomst, in verband met art. 1:23 Wft, maar ambtshalve een schending van de bancaire zorgplicht vaststelt, de hoogte van de schadevergoeding bepaalt en verrekent.

313. Zie het rapport 'Ambtshalve toetsing II' met haast volledige bespreking van rechtspraak en aanbevelingen.

314. O.a. HvJ EG 27 juni 2000, C-244/98, NJ 2000/730 (*Océano*). Vgl. voor kredietovereenkomsten en oneerlijke bedingen voorts HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, 2012 (*Banco Español/Camino*) en HvJ EU 30 april 2014, C-26/13 (*Kásler/Jelzálogbank*).

315. HvJ EG 17 december 2009, ECLI:EU:C:2009:792, C-227/08, *Jur.* 2009, p. I-11939, NJ 2010/225 (*Martín Martín*).

316. HvJ EU 13 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637 (*Duarte Hueros/Autociba*).

317. HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, NJ 2008/37 (*Rampion*) t.a.v. de oude Richtlijn consumentenkrediet (Wck); voorts HvJ EU 16 november 2010, C-76/10 (*Photovost*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, JOR 2016/127 (*Lindorff/Nazier*).

318. HvJ EU 18 december 2014, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262 (*CA Consumer Finance/Bakkaus*).

319. F.J.P. Lock, 'De verdeling van de stelplecht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker; een Nederlands en Europees perspectief', *NTBR* 2016/16, p. 119.

320. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, JOR 2016/127 (*Lindorff/Nazier*).

Gaat het om Nederlandse regelgeving, dan lijkt de Hoge Raad terughoudender te zijn. Een voorbeeld daarvan zou kunnen zijn de prejudiciële beslissing inzake de buitengerechtelijke kosten,³²¹ waarin de Hoge Raad overweegt dat de rechter ambtshalve *kan* beoordelen of de schuldeiser conform art. 6:96 lid 5-7 BW heeft gehandeld, maar daartoe (kennelijk) niet verplicht is. In *Lindorff/Nazier*³²² heeft de Hoge Raad zijn ambtshalve toetsing van het Europese consumentenkredietrecht uitgestrekt tot de Nederlandse regeling van koop op afbetaling.

De ambtshalve toetsing dient plaats te vinden zowel in een procedure waarin beide partijen zijn verschenen als in een verstekzaak. Bij verstekzaken is het niet ongebruikelijk dat de rechters niet of nauwelijks motiveren waarom ze een vordering toewijzen. De rechter zal de vordering toewijzen indien de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, tenzij de vordering hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 139 Rv). Is sprake van nationale wetgeving ter implementatie van Unierecht dan zal de rechter met een ander toetsingskader dienen te werken, dat bij toewijzing in beginsel óók zal vragen om een motivering waarom geen strijd bestaat met het dwingende consumentenrecht. Blijft die motivering achterwege, dan wordt niet inzichtelijk of de rechter in de eerste plaats tot ambtshalve toetsing is overgegaan vóór toewijzing van de vordering. Het Unierecht dwingt mijns inziens aldus tot een andere motivering van verstekvonnissen.

3.3.5 Overdracht van consumentenkredietvorderingen

Een laatste punt van aandacht is de vraag of de (opgelegde) barmhartigheid van de kredietgever zich mede uitstrekt tot degene die de kredietvordering jegens de consument aan zich laat overgedragen om daarvan de incasso ter hand te nemen.

Vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten, waaronder consumentenkrediet, effectenlease en hypothecair krediet, worden overgedragen aan incassobedrijven of factormaatschappijen.³²³ Het bedrijfsmodel van deze bedrijven is gebaseerd op de inning van dergelijke vorderingen. De overdracht vindt plaats op grond van cessie (art. 3:94 BW) of, in mindere mate, contractoverneming (art. 6:159 BW), in welk laatste geval de wederpartij daaraan haar medewerking (bij voorbaat) moet hebben verleend.

321. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704, *JBPr* 2017/20.

322. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *JOR* 2016/127 (*Lindorff/Nazier*).

323. Vgl. bij zakelijke krediet o.a. Rb. Midden-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6718, *JOR* 2017/175 (*B&S/Propertize*).

De eerste vraag is of een dergelijke overdracht mogelijk is. Art. 17 Richtlijn consumentenkrediet en art. 7:69 BW bevestigen deze vraag in beginsel bevestigend.³²⁴ In het rapport van de Universiteit Tilburg ‘Een onbemind probleem’³²⁵ over de rol van deurwaarders- en incassokantoren wordt onder andere het verbieden van de verkoop van vorderingen, met name aan ‘loan sharks’, als aanbeveling gedaan. Een dergelijke aanbeveling is wellicht begrijpelijk vanuit maatschappelijk oogpunt, maar is gelet op genoemde bepalingen weinig kansrijk. Ook zonder uitdrukkelijke bepaling in art. 7:69 BW zullen geldvorderingen, waaronder consumentenkredietvorderingen, in beginsel vatbaar zijn voor overdracht (art. 3:83 lid 1 BW). Bedrijven die dergelijke vorderingen opkopen worden gereguleerd, en kunnen bij gebrek aan bijvoorbeeld een vergunning dergelijke vorderingen niet verkrijgen; in zoverre is overdraagbaarheid aan banden gelegd. Indien deze ‘schuldenhandel’ tot ‘uitwassen’ leidt, zoals toezichthouders ACM en AFM menen, ligt gelet op de Europese regelgeving die cessie toestaat (nadere regulering van de incassobureaus zelf voor de hand.³²⁶

Een tweede vraag is in hoeverre de rechtsverhouding tussen de consument en kredietgever wijzigingen ondergaat door de overdracht van de vordering. In een aantal opzichten zal de verhouding niet veranderen. Ten eerste zal de nieuwe schuldeisers eveneens onder publiekrechtelijk toezicht kunnen staan.³²⁷ Het innen van vorderingen kwalificeert als het assisteren bij het beheer van de vorderingen, zijnde bemiddelen, en is op grond van art. 2:80 Wft in beginsel vergunningplichtig. Gaat het alleen om het incasseren van vorderingen, dan is die activiteit vrijgesteld op grond van art. 6 Vrijstellingsregeling Wft. De kredietaanbieder is op grond van art. 4:16 Wft ‘eindverantwoordelijk’ voor die (uitbestede) incasso. Gaat het echter om kredietbeheer, waarbij ook betalingsregelingen kunnen worden overeengekomen, dan geldt de vrijstelling niet. Daarvan zal onder andere sprake zijn indien de vordering is overgedragen. Is sprake van een openbare cessie, dan zal zelfs sprake zijn van het aanbieden van krediet (art. 2:60 Wft).³²⁸ Deze uitkomst, dat de nieuwe schuldeiser onder hetzelfde of vergelijkbaar toezicht staat als de oorspronkelijke kredietaanbieder, sluit aan bij rechtspraak waarin vorderingen onoverdraagbaar ex art. 3:83 lid 1 BW worden geacht

324. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013, nr. 76 e.v.

325. R. in 't Veld, J. Westerbeek & R. Winters, *Een onbemind probleem. Voorstudie maatschappelijke kosten-batenanalyse schuldenproblematiek*, Tilburg University: oktober 2016.

326. Vgl. *de Volkskrant* 17 oktober 2017, ‘Incassobureaus kopen schulden op om ze daarna met harde hand te innen’, www.volkskrant.nl/economie/toezichthouders-waarschuwen-doorverkopen-incasso-s-maakt-schulden-nog-groter~a4522075/.

327. AFM, Leidraad ‘Consumenten en incassotrajecten. De verantwoordelijkheden van aanbieders van consumptief krediet bij betalingsachterstanden’, d.d. 14 november 2016. Vgl. reeds *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, 12, p. 34.

328. *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, 3, p. 66-67; vgl. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW B67), Deventer: Kluwer 2013, nr. 77.2.

vanwege een verslechtering van de rechtspositie van de schuldenaar door verandering van schuldeiser. In één geval ging het om een overdracht door de overheid aan een derde partij, die niet gebonden zou zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; in een ander geval ging het om de overdracht door een curator van een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid, waardoor de nieuwe schuldeiser niet onder het toezicht van de rechter-commissaris zou komen te staan.³²⁹

Ten tweede blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij (de voorganger van) art. 7:76 BW en Besluit kredietvergoeding dat na de overdracht van de vordering niet buitengerechtelijke incassokosten in rekening mogen worden gebracht, aangezien die onder de (gemaximeerde) kredietvergoeding vallen.³³⁰ Ook in dat opzicht verandert de positie van de schuldenaar derhalve niet. Indien en voor zover de kredietverstrekker een (bijzondere) zorgverplichting heeft geschonden, kan de consument de vordering instellen tegen de kredietverstrekker. Voor wat betreft het voortbestaan van de (bijzondere) zorgverplichting ná overdracht van de vordering (art. 3:84 lid 1 BW) geldt dat ondanks die overdracht de rechtsverhouding tussen consument en kredietverstrekker zal blijven voortbestaan; omdat de nieuwe schuldeiser bovendien vergunningplichtig is, zal op grond daarvan op hem ook een (bijzondere) zorgverplichting rusten. Ten slotte volgt uit art. 6:145 BW, zoals bevestigd in art. 7:69 BW, dat de consument de verweermiddelen behoudt die hij voor de overdracht reeds had. Indien de consument onbekend is met zijn nieuwe schuldeiser, kan hij zijn betaling opschorten op grond van art. 6:37 BW en/of art. 3:94 lid 4 BW, totdat meer duidelijkheid is verkregen.³³¹

In een aantal andere opzichten kan de positie van de consument wel degelijk verslechteren. Zoals gezegd zal de partij die de vordering overneemt haar verdienmodel hebben gebaseerd op de incasso van vorderingen. Dat kan ten eerste (relatief) hardere incassopraktijken betekenen,³³² en wellicht ook hogere incassokosten, ook al zijn die genormeerd.³³³ Een dergelijke

329. HR 12 januari 1990, NJ 1990/766 (*Staat/Appels*) resp. HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (*Den Toom/De Kreek*).

330. *Kamerstukken II* 1988/89, 19785, 12, p. 89.

331. Zie nader J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 631-632.

332. Vgl. de bezwaren van vastgoedfondsen in Rb. Midden-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6718, JOR 2017/175 (*B&S/Propertize*): een onder toezicht van de DNB en AFM staande, 'voormalige Nederlandse systeembank tevens staatsbedrijf' zou worden ingeruild 'voor een buitenlandse partij zonder normatieve of ethische rem op haar handelen', met een 'loan-to-own strategie'.

333. Vgl. 'Hoe bescheiden schulden oplopen tot duizenden euro's', *de Volkskrant* 26 juni 2017, p. 8-9; en morele verontwaardiging: www.volkskrant.nl/opinie/schofterig-dat-incassocowboys-klanten-mogen-leegplukken-zelfs-tot-er-geen-eten-meer-is~a4504448/.

feitelijke verandering (waar art. 6:145 BW geen betrekking op heeft) staat niet aan de overgang van de vordering in weg.³³⁴

Voorts kunnen door cessie de bevoegdheden van de schuldenaar een verandering ondergaan. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bevoegdheid tot verrekening (art. 6:130 BW) en de bevoegdheid tot het instellen van een reconventionele vordering (art. 136-137 Rv). Indien de bank een (bijzondere) zorgverplichting heeft geschonden, zal instellen van een reconventionele vordering jegens de bank in een afzonderlijke procedure dienen te gebeuren. Ook indien de rechter een oordeel dient te geven over de vernietiging van de onderliggende overeenkomst, al dan niet op grond van art. 1:88 jo. art. 1:89 lid 1 BW, dient deze procedure tussen de oorspronkelijke partijen te worden gevoerd, en zal een oordeel in de zaak tussen de cessionaris en de consument moeten worden aangehouden tot in de andere procedure daarover is beslist. Bij een ambtshalve toetsing kan een cessie ook voor problemen zorgen. Een ambtshalve oordeel over verrekening bijvoorbeeld kan problematisch worden indien niet alle drie partijen in de procedure zijn betrokken; de rechter is mogelijk gehouden om die derde partij ook in de procedure te laten verschijnen.³³⁵

-
334. Zie J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (Serie Onderneming en Recht deel 65; diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 555, met verdere verwijzingen. Overdracht kan worden voorkomen door een beding van onoverdraagbaarheid ex art. 3:83 lid 2 BW, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (Serie Recht en Praktijk deel 126; diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.
335. Nader J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (Serie Onderneming en Recht deel 65; diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 10.

Hoofdstuk 4

‘Between a rock and a hard place’: (het gezin van) de ‘kleine ondernemer’

Prof. mr. J.W.A. Biemans

4.1 Inleiding

De hoeveelheid aan regels inzake kredietverlening aan ondernemingen steekt schril af bij die inzake kredietverlening aan consumenten. Indien een kredietinstelling³³⁶ en een onderneming een kredietovereenkomst aangaan zijn ‘slechts’ de summiere bepalingen van titel 7.2C BW van toepassing.³³⁷ In de praktijk wordt de verhouding tussen kredietinstelling en onderneming bepaald door de kredietovereenkomst en toepasselijke algemene voorwaarden. Volgens de wetgever kan ‘juist als het om commerciële partijen gaat’ de inhoud van de overeenkomsten ‘beter aan de contractsvrijheid van partijen’ worden overgelaten.³³⁸ Indien ‘commerciële partijen’ worden afgezet tegen ‘consumenten’ is voor deze benadering het een en ander te zeggen.

Wordt echter binnen de groep van commerciële partijen gekeken, dan vallen onderlinge verschillen op. Beursgenoteerde ondernemingen zijn anders dan het midden- en kleinbedrijf (MKB). Ten eerste, bij zakelijke transacties tussen twee ondernemingen kan óók sprake zijn van een partij met een zwakke onderhandelingspositie. Ondernemingen kunnen voorts een financieel inzicht of financiële kennis en ervaring hebben die vergelijkbaar is met die van consumenten.³³⁹ Verder kan er, net als bij kredietverlening aan consumenten, bij kredietverlening aan ondernemingen een natuurlijk persoon aansprakelijk zijn voor de kredietverlening, indien de onderneming een eenmanszaak of personenvennootschap (zonder rechtspersoon) is of indien de onderneming in een rechtspersoon is ondergebracht, maar de ondernemer zich persoonlijk borg heeft gesteld jegens (of op andere wijze persoonlijke zekerheid heeft verstrekt aan) de kredietgever

336. Kredietverstrekking aan ondernemingen door een moeder- of zustervenootschap blijft buiten beschouwing. Zie daarover o.a. J.W.A. Biemans, ‘De door- of niet-door-financierende moeder’, in: F. Schreurs e.a. (red.), *De curator en het Concern (INSOLAD Jaarboek 2017)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 57-80, met verdere verwijzingen.

337. Goederenkrediet en huurkoop onroerende zaken blijven buiten beschouwing. Bij goederenkrediet is voor ondernemingen art. 7:92 BW (volledige verrekening) van dwingend recht (art. 7:98 BW).

338. Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, 3, p. 15.

339. Dit kan ook gelden voor stichtingen en verenigingen die geen onderneming zijn; dit blijft hier verder buiten beschouwing.

ten behoeve van het aan zijn rechtspersoon verstrekte krediet. Die persoonlijke aansprakelijkheid heeft uiteindelijk gevolgen voor het gezin van de ondernemer.

Hieronder wordt ingegaan op de vraag op welke wijze het MKB of de ‘kleine ondernemer’³⁴⁰ kan worden beschermd en op welke wijze de te beschermen groep van ondernemingen kan worden afgebakend (par. 4.2). Hoewel afbakeningsvragen zich ook voordoen bij het onderscheid tussen consumenten enerzijds en natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep en bedrijf anderzijds,³⁴¹ is de afbakeningsvraag met betrekking tot de groep van te beschermen ondernemingen ingewikkelder, omdat een eenduidig criterium ontbreekt. In het verlengde van kredietverlening speelt de vraag wat de grenzen zijn aan de verstrekking van (persoonlijke) zekerheidsrechten aan banken (par. 4.3), en op welke wijze het gezin van de ondernemer kan worden beschermd (par. 4.4). De conclusie is dat de MKB’er en zijn gezin meer bescherming verdienen dan thans het geval is.

4.2 Tussen grote onderneming en consument

4.2.1 Inleiding

In Europese richtlijnen en nationale wetgeving staat de bescherming van de consument centraal: de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Ondernemingen ontberen in beginsel eenzelfde bescherming. Uit een aantal regelingen blijkt dat desondanks wordt voorzien in aanvullende bescherming vanwege de zwakke onderhandelingspositie of het gebrek aan financiële deskundigheid bij ondernemingen. Daarbij valt het volgende op. Aanduidingen van, en criteria voor het bepalen van de te beschermen groep ondernemingen lopen uiteen in Europese en nationale regelgeving en rechtspraak. Zo wordt bijvoorbeeld gesproken over het MKB, de KMO’s (de kleine, middelgrote en micro-ondernemingen), de ‘kleine ondernemer’ en de niet-professionele belegger. Indien (objectieve) criteria worden gegeven, zien die met name op de omvang en (in mindere mate) de (financiële) deskundigheid van de onderneming. Voorts is niet bepalend of uiteindelijk een natuurlijk persoon medeaansprakelijk is voor de schulden van de onderneming. Ten slotte, indien regelgeving wordt ingevoerd met het oog op de bescherming van dergelijke ‘kleine ondernemingen’, ontbreekt dat onderscheid niet zelden in de regelgeving zelf, waardoor die een breder toepassingsbereik hebben. Het voor-

340. Vgl. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, JOR 2016/220, r.o. 3.5.

341. Deze afbakening als zodanig blijft buiten beschouwing. Voor zover het gaat om natuurlijke personen wordt er in het onderstaande van uitgegaan dat zij handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf.

gaande wordt hieronder geïllustreerd aan de hand van een aantal voorbeelden (zonder dat daarbij naar volledigheid wordt gestreefd).

4.2.2 Algemene voorwaarden

De regeling inzake algemene voorwaarden is van toepassing op de gebruiker van de algemene voorwaarden en diens wederpartij (art. 6:231 jo. art. 6:232 BW). Door de algemene formulering strekt de bescherming op grond van art. 6:233 onder a BW (onredelijk bezwarende voorwaarde) zich in beginsel uit tot alle wederpartijen van een gebruiker. Art. 6:235 BW bepaalt echter dat op de vernietigingsgronden bedoeld in art. 6:233 en 6:234 BW geen beroep kan worden gedaan door (a) een rechtspersoon bedoeld in art. 2:360 BW, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk art. 2:403 lid 1 BW is toegepast; (b) een partij waarop het onder a bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn. Anders gezegd: naast consumenten kunnen ook rechtspersonen en natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en die niet onder de omschrijving in art. 6:235 BW vallen een algemene voorwaarde vernietigen op de grond dat deze onredelijk bezwarend is. Onder deze wederpartijen zal in de regel 'het MKB' vallen.³⁴² Hoewel de bescherming op grond van de grijze en zwarte lijst (art. 6:236 en 6:237 BW) wél beperkt is tot consumenten, kan van deze lijsten een 'reflexwerking' uitgaan ten behoeve van de MKB'er die wat betreft zijn positie lijkt op een consument, als bescherming jegens een grote onderneming, zoals een multinational. Uit de rechtspraak blijkt dat deze reflexwerking verschillend wordt toegepast; ook in de literatuur wordt hierover verschillend gedacht.³⁴³ De nationale regeling van algemene voorwaarden gaat aldus enerzijds uit van een (relatief) duidelijk afgebakende groep ondernemingen (art. 6:235 BW). Anderzijds bestaat onzekerheid over (de bewijslast met betrekking tot) de onredelijkheid van algemene voorwaarden voor de groep ondernemingen die zich op art. 6:233 BW kan beroepen.

342. Zie over de precieze afbakening nader, o.a. *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1622-1646; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 32; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/502-503; R.H.C. Jongeneel, 'Grote wederpartijen', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Serie Recht en Praktijk CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 233-240.

343. Zie o.a. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 49; R.H.C. Jongeneel, 'Reflexwerking', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Serie Recht en Praktijk CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 457-467, met verdere verwijzingen.

Anders dan afd. 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) voorziet de Richtlijn oneerlijke bedingen³⁴⁴ in beginsel alleen in de bescherming van consumenten. Ook de zwarte en de grijze lijst hebben alleen betrekking op consumenten (art. 6:236-6:237 BW). Uit art. 7 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties³⁴⁵ blijkt evenwel dat de bescherming tegen onredelijke bedingen zich ook op Europees niveau op concrete wijze kan uitstrekken tot ondernemingen. Deze bepaling heeft namelijk betrekking op kennelijk oneerlijk bedingen inzake de datum of termijn voor betaling, de interestvoet voor betalingsachterstand of de vergoeding van invorderingskosten. De lidstaten dienen erin te voorzien dat dergelijke bedingen hetzij niet afdwingbaar zijn, hetzij aanleiding geven tot een schadevergoedingsvordering. De wetgever heeft de bepaling echter niet geïmplementeerd met het argument dat schuldenaren die afwijkende contractuele regelingen onaanvaardbaar achten een beroep moeten doen op art. 6:248 lid 2 of art. 6:233 onder a BW.³⁴⁶ Dat is onbevredigend. Het opnemen van dit beding op een afzonderlijke ‘grijze’ of ‘zwarte’ lijst voor ondernemingen had de ondernemingen met een zwakke onderhandelingspositie waarop de richtlijn betrekking heeft (meer) bescherming geboden en (meer) richting kunnen geven aan de vaak casuïstische rechtspraak.

4.2.3 Richtlijn betalingsachterstanden handelstransacties

De Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties,³⁴⁷ zoals geïmplementeerd onder andere door toevoeging van art. 6:96 lid 4 BW, wijziging van art. 6:119a BW en invoering van art. 6:119b BW,³⁴⁸ heeft blijkens de MvT mede ten doel om het MKB te helpen om liquiditeitstekorten te voorkomen:

‘Veel betalingen voor handelstransacties tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties worden later verricht dan contractueel is overeengekomen of in de algemene handelsvoor-

344. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 095).

345. Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48/1).

346. *Kamerstukken II* 2011/12, 33171, nr. 3, p. 3-4.

347. Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48/1).

348. Wet van 13 december 2012 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48/1), *Stb.* 2012, 647; *Kamerstukken* 33171. Vgl. voorts de toevoeging van art. 6:119a lid 6 BW per 1 juli 2017, *Stb.* 2017/170, *Kamerstukken* 34559.

waarden is vastgelegd. Betalingsachterstanden bemoeilijken het financiële beheer van een onderneming en hebben een negatieve invloed op de kaspositie, het concurrentievermogen en de levensvatbaarheid van ondernemingen. Vertragingen in betaling van facturen kunnen leiden tot liquiditeitsproblemen van een bedrijf en kunnen zelfs in het meest ernstige geval een reeks faillissementen in de toeleveringsketen op gang brengen. In tijden van economische neergang, wanneer de toegang tot financiering lastiger is, laten de negatieve gevolgen van betalingsachterstanden zich nog sterker voelen. Dit geldt in het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen (MKB). Zij zijn kwetsbaarder, omdat hun alternatieve bronnen van kasgeld beperkt zijn en adequate kredietbeheerssystemen en middelen om betalingsachterstanden op te vangen vaak ontbreken.³⁴⁹

Niet de (sterkere) schuldenaar, waaronder de overheid, maar juist de schuldeiser met een zwakke onderhandelingspositie verdient bescherming. Ook bij wijziging van art. 6:96 BW, dat onder andere betrekking heeft op begrenzing van buitengerechtelijke incassokosten,³⁵⁰ werd in de MvT opgemerkt dat ‘met name consumenten en kleine bedrijven, zoals eenmanszaken, moeten worden beschermd tegen onredelijke incassokosten’.³⁵¹ Hoewel de Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties ziet op de bescherming van het MKB en dat in de richtlijn ook als zodanig wordt benoemd,³⁵² komt dat niet tot uitdrukking in de reikwijdte.³⁵³ Hetzelfde geldt voor art. 6:96 BW. De richtlijn en genoemde bepalingen strekken zich uit tot overeenkomsten tussen ondernemingen of overeenkomsten tussen een onderneming en een overheidsinstantie.³⁵⁴ De reikwijdte van de bescherming is derhalve ruimer dan de bescherming waar de richtlijn eigenlijk op ziet. De Europese Commissie heeft de bescherming van het MKB al eerder benoemd.³⁵⁵ In 2003 heeft de Europese Commissie voor de definitie

349. *Kamerstukken II* 2011/12, 33171, 3, p. 1 e.v.

350. Wet van 15 maart 2012 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, *Stb.* 2012, 140.

351. *Kamerstukken II* 2009/10, 32418, 3, p. 1.

352. Vgl. art. 1 lid 1 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties en overwegingen 6 en 7 Preamble.

353. Zie evenwel het op 1 juli 2017 ingevoerde art. 6:119a lid 6 BW, waar een onderscheid wordt gemaakt tussen een grote en kleine ondernemer op grond van art. 2:397 BW.

354. Art. 2 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties; en om ‘natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf of rechtspersonen’ (art. 6:119a lid 1 BW) en ‘overheidsinstanties’ zoals gedefinieerd in art. 6:119b lid 1 BW).

355. Mededeling van de Europese Commissie van 25 juni 2008, ‘Denk eerst klein’ – Een ‘Small Business Act’ voor Europa (IP/08/1003), waarin de EC benadrukt dat toegang van het MKB/de MKO’s tot financiering moet worden vergemakkelijkt en een juridisch en

van het MKB/de KMO's de volgende criteria gegeven: (1) tot de categorie kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (KMO's) behoren ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn, en met een jaaromzet van minder dan € 50 miljoen of een jaarlijks balanstotaal van minder dan € 43 miljoen; (2) binnen de categorie KMO's is een 'kleine onderneming' een onderneming waar minder dan 50 personen werken en de jaaromzet of het balanstotaal niet € 10 miljoen overschrijdt; en (3) bij een micro-onderneming, binnen diezelfde categorie, werken minder dan 10 personen en overschrijdt de jaaromzet of het balanstotaal niet € 2 miljoen.³⁵⁶ Deze criteria zijn niet gebruikt voor de Richtlijn betalingsachterstanden, maar zouden van dienst kunnen zijn bij de afbakening van 'het MKB', bijvoorbeeld in het kader van een ambtshalve toetsing door de rechter.

4.2.4 Ambtshalve toetsing

Ambtshalve toetsing door de rechter van het Unierecht is een belangrijk hulpmiddel voor consumenten, met name indien hij zonder procesvertegenwoordiger procedeert of verstek laat gaan.³⁵⁷ Het is de vraag of de rechter ook het Europese Unierecht dat op de 'kleine ondernemer' van toepassing is, ambtshalve dient toe te passen. In het rapport 'Ambtshalve toetsing II'³⁵⁸ wordt daarover opgemerkt:

'In de Nederlandse parlementaire geschiedenis en de rechtspraak inzake de open norm (art. 6:233 onder a) wordt aangenomen dat het feit dat een beding op de zwarte of grijze lijst staat "reflexwerking" heeft jegens niet consumenten, vooral als hun maatschappelijke positie sterk op een consument lijkt, bijvoorbeeld de eenmanszaak. Dan moet echter wel een beroep gedaan zijn op de vernietigbaarheid van het beding. In de rechtspraak van het HvJ is echter geen aanzet te vinden voor "reflexwerking" van de ambtshalve toetsing in die zin dat deze ook ten behoeve van "consumentachtige" partijen toegepast zou moeten worden.'

Ancery en Krans achten evenwel de stelling dat het Unierecht alleen ambtshalve moet worden toegepast bij consumenten, en niet bij andere

commercieel klimaat moet worden geschapen dat tijdige betaling bij handelstransacties bevordert.

356. Art. 2 Bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van micro-, kleine en middelgrote ondernemingen, *PbEU* 2003, L 124, p. 36, zoals nader uitgewerkt in de daarop volgende bepalingen.

357. Zie hiervoor par. 3.3.4.

358. 'Ambtshalve toetsing II, Herzien rapport van de LOVCK werkgroep', november 2014, p. 6, raadpleegbaar op www.rechtspraak.nl.

‘zwakkere’ partijen niet houdbaar.³⁵⁹ Zij noemen in dat verband de Richtlijn handelsagenten³⁶⁰ en de Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties (zie hiervoor). Ook Jongeneel wijst erop dat de rechter ambtshalve dient te toetsen of bedingen met betrekking tot een termijn voor betaling of invorderingskosten een kennelijke onbillijkheid inhouden (art. 7 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties), en, in dat geval, dient te oordelen dat deze niet afdwingbaar zijn of recht op schadevergoeding geven.³⁶¹ Algemeen gesteld: is een partij niet (goed) geïnformeerd over haar rechten, dan ligt ambtshalve toetsing door de rechter voor de hand, indien de Europese beschermingsgedachte duidelijk is.

Een verplichte ambtshalve toetsing zal zich in beginsel beperken tot het Unierecht. Gaat het om onredelijk bezwarende bedingen, dan ligt deze ambtshalve toetsing ten behoeve van het MKB bijvoorbeeld *niet* voor de hand, omdat de Richtlijn oneerlijke bedingen³⁶² alleen betrekking heeft op consumenten en niet op (anders dan in de Nederlandse regeling) het MKB, afgezien van het hiervoor genoemde art. 7 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties.

Is ambtshalve toetsing van toepassing op Europees recht dat betrekking heeft op ondernemingen, dan is het de vraag of deze ambtshalve toetsing zich moet uitstrekken tot alle ondernemingen, of alleen tot de ondernemingen die bescherming behoeven, zoals het in de Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties genoemde MKB, en zo ja, hoe deze groep dient te worden afgebakend.³⁶³ De in 2003 gegeven definitie in de Aanbeveling zou hierbij behulpzaam kunnen zijn.

4.2.5 Colportage

Uit *Booren/Grenkefinance*³⁶⁴ volgt dat de Hoge Raad terughoudend kan zijn om consumentenwetgeving overeenkomstig toe te passen op overeenkomsten met ‘kleine ondernemers’. Een ondernemer was, na daarvoor te zijn benaderd, een leaseovereenkomst aangegaan met betrekking tot een lcd-

359. A.G.F. Ancery & H.B. Krans, ‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties’, AA 2016/825, p. 827.

360. Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake handelsagenten (*PbEG* 1986, L 382/17).

361. R.H.C. Jongeneel, ‘Algemene vernietigingsgronden: de open norm’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Serie Recht en Praktijk CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 7.2, p. 154.

362. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 095).

363. Het ligt voor de hand dat zulks gebeurt aan de hand van de hiervoor genoemde Aanbeveling uit 2003.

364. HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *JOR* 2016/220.

scherm voor reclamadoeleinden en bedacht zich uiteindelijk. In de procedure tot nakoming door de lessor deed de ondernemer een beroep op de reflexwerking van de Colportagewet.

De Hoge Raad wijst het beroep onder meer af onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij afd. 6.5.2B BW (art. 6:230g-6:230z BW), waarin de Richtlijn consumentenrechten³⁶⁵ is geïmplementeerd en bij de inwerkingtreding waarvan de Colportagewet (met ingang van 13 juni 2014) is komen te vervallen. Zowel de Colportagewet (oud) als afd. 6.5.2B BW heeft volgens de Hoge Raad betrekking op overeenkomsten tussen, kort gezegd, een handelaar en een consument.³⁶⁶ Bij de parlementaire behandeling van afd. 6.5.2B BW is volgens de Hoge Raad de vraag aan de orde geweest of de bescherming van deze afdeling ook zou moeten gelden voor ‘kleine ondernemers’, maar daarvan is uitdrukkelijk afgezien.³⁶⁷ Ook de Colportagewet was toegesneden op de bescherming van consumenten.³⁶⁸ De Colportagewet bevatte daartoe onder meer een specifiek vormvoorschrift, inhoudende dat de overeenkomst op straffe van nietigheid moest worden neergelegd in een ondertekende akte, en dat de consument nog een bedenkt termijn had van acht dagen na ontvangst van die akte.³⁶⁹ Deze vormvereisten brengen volgens de Hoge Raad mee dat duidelijkheid moet bestaan over de hoedanigheid van de wederpartij van de handelaar. Een en ander staat eraan in de weg om deze formele eisen uit de Colportagewet (analoog) toe te passen op overeenkomsten met andere wederpartijen, ‘zeker met een moeilijk af te bakenen groep als “kleine ondernemers”’, aldus de Hoge Raad. Hetzelfde geldt voor de bepleite reflexwerking van deze regels via een algemene bepaling als art. 6:248 of art. 6:162 BW.

Ook indien het gaat om oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193b e.v. BW, implementatie van Richtlijn oneerlijke handelspraktijken³⁷⁰) lijkt de wet-

365. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 304/64).

366. In de Colportagewet aangeduid als ‘particulier’.

367. *Kamerstukken II* 2012/13, 33520, 7, p. 9 en 12.

368. *Kamerstukken II* 1970/71, 11106, 3, p. 7; *Kamerstukken II* 1971/72, 11106, 7, p. 9 en 12; *Kamerstukken II* 1994/95, Aanhangsel, p. 1691-1692; *Kamerstukken II* 2007/08, Aanhangsel, p. 3113-3114.

369. Art. 24 resp. 25 Colportagewet.

370. Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149).

gever het initiatief voor verdere wetgeving aan de Europese wetgever over te laten.³⁷¹

4.2.6 Renteswaps

Hoewel de ‘moeilijk af te bakenen groep’ van kleine ondernemers voor haar bescherming afhankelijk zal zijn van de Europese wetgever, kan de Nederlandse rechter kleine ondernemers bescherming bieden door nadere inkleuring van leerstukken als onrechtmatige daad en dwaling, al dan niet onder verwijzing naar de bancaire zorgplicht. Dit gebeurt bijvoorbeeld in de rechtspraak inzake renteswaps.³⁷² De rechtspraak biedt aan het MKB bescherming en maakt in dat kader een onderscheid tussen professionele en niet-professionele beleggers, welk onderscheid verschilt van dat tussen consumenten en niet-consumenten.

In verschillende procedures hebben kleine ondernemingen gesteld dat zij niet juist, althans niet volledig, zijn geïnformeerd over de risico’s van een negatieve marktwaarde die zijn verbonden aan de renteswap bij voortijdige beëindiging van de kredietovereenkomst en de renteswap.³⁷³ Als de bank

371. *Kamerstukken II 2007/08, Aanhangsel, p. 3113-3114*: ‘Kleine bedrijven die worden benadeeld door oneerlijke handelspraktijken, kunnen hiertegen optreden op basis van bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht (zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog) of kunnen aangifte doen van oplichting of verduistering bij de politie. De vraag of kleine ondernemers dezelfde bescherming nodig hebben als consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken vergt een afweging die, gelet op het niveau van rechtsbescherming, het beste op Europees niveau kan worden gemaakt.’ De wetgever voegde daar nog aan toe: ‘Blijkens vaste rechtspraak over colportage gericht op de kleine ondernemer beoordeelt de rechter van geval tot geval, rekening houdend met de concrete omstandigheden, of de kleine ondernemer al dan niet wordt beschermd door de Colportagewet (zgn. reflexwerking).’ Van die reflexwerking is na het genoemde arrest echter geen sprake meer.

372. Vgl. (beperkt tot hoven) Hof Amsterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:976 en Hof Amsterdam 4 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022; Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255, JOR 2017/130; Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4631 en Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, JOR 2015/334; Hof Amsterdam 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4098 en Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1920; Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, JOR 2016/37; Hof ’s-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294; Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692; Hof ’s-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, JOR 2014/168. Vgl. voorts de conclusie van AG Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:1057, ten aanzien van het cassatieberoep ingesteld tegen o.a. het hiervoor genoemde eindarrest van Hof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692.

373. Zie voor werking en risico’s van renteswaps, Hof Amsterdam 4 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022, alsmede de hieronder genoemde literatuur.

de onderneming juist had geïnformeerd, had de onderneming de renteswap niet gesloten.³⁷⁴

Uit de rechtspraak ten aanzien van renteswaps blijkt dat (een schending van) de informatieverplichting van de bank jegens de onderneming, de verplichting om te waarschuwen over de aan renteswaps verbonden risico's, wordt gesanctioneerd met een beroep op de schending van de zorgverplichting van de bank (art. 2 ABV) in het kader van een adviesrelatie dan wel met een beroep op dwaling (art. 6:228 BW).

Uit met name Amsterdamse rechtspraak volgt dat indien een beroep op dwaling wordt toegewezen, de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 BW) met zich meebrengt dat partijen zonder rechtsgrond hebben gepresteerd en wederzijds vorderingen uit onverschuldigde betaling verkrijgen (art. 6:203 BW). De bank dient de aan haar betaalde swaprente verminderd met de door de bank ontvangen Euribor-rente terug te betalen. De bank heeft voorts een vordering uit onverschuldigde betaling op de onderneming uit hoofde van haar prestatie om gedurende de looptijd van de renteswapovereenkomst het risico voor haar rekening te nemen dat het Euribor-tarief hoger wordt dan de swaprente. Deze prestatie is naar haar aard niet vatbaar voor restitutie en wordt gecijferd aan de hand van art. 6:210 lid 2 BW. De vorderingen kunnen met elkaar worden verrekend, indien daar een beroep op is gedaan.³⁷⁵

Van schending van de bancaire zorgplicht jegens de niet-professionele belegger is sprake indien een niet-professionele belegger bij het aangaan van de overeenkomst niet of niet volledig wordt geïnformeerd over de risico's van een financieel product. De Haagse rechtspraak baseert de aansprakelijkheid van banken jegens het MKB in principe op een schending van de bancaire zorgplicht, niet op een schending van de *bijzondere* zorgplicht van de bank jegens het MKB. Zo overweegt het Hof Den Haag in een procedure dat het betoog dat de eisende partij '(min of meer) gelijk gesteld kan worden met particulieren waarvoor een bijzondere zorgplicht geldt' ongegrond is, omdat zij immers bedrijfsmatig handelt 'en (...) niet op een lijn [kan] worden gesteld met een consument'. De aangevoerde omstandigheden, de kwalificatie van de ondernemer en de risicovolheid van het product brengen

374. Vgl. over (rechtspraak inzake) renteswaps, o.a. V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties', *OF&F* 2014/2, p. 38-54; E.P. Roelofs, 'Een kritische beschouwing van de huidige stand van zaken met betrekking tot de jurisprudentie aangaande rentederivaten en het MKB', *FR* 2015/5, p. 191-198; J.A. Möhlmann & M.R. Fidder, 'Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controversie?', *FR* 2016/7-8, p. 293-302.

375. Hof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647, *JOR* 2016/37; Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, *JOR* 2015/334.

evenwel mee dat de bank de ondernemer niet alleen de benodigde informatie had moeten verschaffen over renteswaps in het algemeen, maar haar ook ‘in niet mis te verstane bewoordingen diende te informeren over de bijzondere risico’s van de door haar geadviseerde en verkochte producten.’³⁷⁶ Hoewel het hof niet een *bijzondere* zorgplicht van de bank aanneemt, lijkt de invulling die het hof daaraan vervolgens geeft niet wezenlijk te verschillen van de verplichting die de Hoge Raad op grond van de bijzondere zorgplicht van de bank in het kader van bijvoorbeeld effectenlease of beleggingsadvies jegens consumenten aanneemt. Het Hof Den Bosch heeft de aansprakelijkheid eerder gebaseerd op een schending van de bijzondere zorgplicht, en in een later arrest uitdrukkelijk in het midden gelaten of sprake is van een schending van de gewone of bijzondere zorgplicht.³⁷⁷

Wat betreft de afbakening van de te beschermen groep geldt het volgende. De Minister van Financiën heeft drie deskundigen aangesteld om een uniform ‘herstelkader’ overeen te komen met de Nederlandse banken die renteswaps hebben gesloten met het MKB op grond waarvan partijen eventueel tot een minnelijke regeling kunnen komen.³⁷⁸ Het Herstelkader is alleen van toepassing op niet-professionele en niet-deskundige klanten van de bank. De definitie van professionele belegger is ontleend aan de definitie van professionele belegger (onder q) in art. 1:1 Wft.³⁷⁹ Iedere natuurlijke persoon wordt als niet-professioneel aangemerkt. Een rechtspersoon kwalificeert als professioneel indien deze op het moment van het afsluiten van het rentederivaat aan twee van de drie (minimale) omvangscriteria voldeed die betrekking hebben op balanstotaal (€ 20 miljoen), omzet (€ 40 miljoen) en eigen vermogen (€ 2 miljoen). Daarnaast dient de ‘MKB-klant’ niet-deskundig te zijn. Daarvoor zijn (uitgebreide) criteria opgesteld, waarbij onder andere (de samenstelling van) het balanstotaal en het personeel (bijvoorbeeld, een treasury-afdeling) een rol spelen.³⁸⁰ De bepaling van de reikwijdte van de te beschermen groep is nauwer getrokken dan in de Europese wetgeving of in de Nederlandse wetgeving (zie hiervoor), omdat naast de omvang van de onderneming, ook de kennis van de onderneming een rol speelt.

376. Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255, JOR 2017/130, r.o. 9.3.

377. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, JOR 2014/168; vgl. Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1415, JOR 2014/167; resp. Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.

378. Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, versie 19 december 2016, raadpleegbaar op www.derivatenco commissie.nl.

379. Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, onder 3.1.6-3.1.11.

380. Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, onder 3.1.12-3.1.13.

4.2.7 Opzeggen van krediet

Bij kredietverlening aan ondernemingen is het verstrekte krediet veelal de *life-line* van de onderneming. Indien een of meer bepaalde omstandigheden zich voordoen, zoals omschreven in toepasselijke algemene voorwaarden, kan de bank de kredietovereenkomst opzeggen en zijn het uitstaande kredietbedrag en de kredietvergoeding onmiddellijk opeisbaar. Indien een onderneming afhankelijk is van de kredietverlening, kan de opzegging verstekkende gevolgen hebben. Dat geldt met name indien de onderneming zekerheidsrechten op (alle goederen van) de onderneming heeft verstrekt. De opzegging van de kredietverhouding, gevolgd door de uitwinning van de zekerheden, kan de liquidatie of insolventie van de onderneming betekenen.³⁸¹ Indien een directeur-grotaandeelhouder (DGA) op grond van borgtocht of andere persoonlijke zekerheid in privé aansprakelijk is voor de terugbetaling van het krediet, kan de opzegging ook gevolgen hebben voor hem persoonlijk.³⁸²

In de lagere rechtspraak werd de opzegging van krediet begrensd op grond van de redelijkheid en billijkheid. In *ING/De Keijzer*³⁸³ heeft de Hoge Raad bevestigd dat indien een kredietverlener gebruikmaakt van een overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst, de rechtsgeldigheid daarvan beoordeeld dient te worden aan de hand van de overeenkomst en aan de hand van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW, die meebrengt dat de beëindiging door de kredietverlener op grond van een dergelijke bevoegdheid niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De kredietgever kan in een dergelijk geval ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens de kredietnemer, op grond waarvan de kredietgever tot schadevergoeding verplicht kan zijn (art. 6:74 en/of art. 6:162 BW).

Voor de bepaling of sprake is van een dergelijke niet-rechtsgeldige opzegging van het krediet wordt in de lagere rechtspraak de maatstaf gehanteerd

381. Vgl. www.nu.nl/economie/4806240/curatoren-oad-dragen-claim-voormalige-eigenaren.html: 'De familie Ter Haar laat weten dat er veel aanwijzingen zijn dat Oad op de fles is gegaan door een onterechte intrekking van de kredietfaciliteit door de Rabobank.' Het buitengerechtelijke akkoord en wetsvoorstellen zoals WCO I tot verbetering van doorstart van ondernemingen blijven buiten beschouwing.

382. Bijvoorbeeld Hof Den Bosch 6 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2531.

383. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70, JOR 2015/8 (*ING/De Keijzer*). In titel 7.2C BW is deze rechtspraak niet gecodificeerd. Het navolgende is deels gebaseerd op J.W.A. Biemans, 'De door- of niet-door-financierende moeder', in: F. Schreurs e.a. (red.), *De curator en het Concern (INSOLAD Jaarboek 2017)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 7.4.

die is gebaseerd op het Arnhemse arrest *Rabobank/Aarding*.³⁸⁴ In deze uitspraak kent het hof betekenis toe aan een aantal factoren om te beoordelen of de opzegging ten minste voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.³⁸⁵ Uit *ING/De Keijzer* volgt niet of de Hoge Raad deze uitwerking onderschrijft. In de feitenrechtspraak heeft de door het Hof Arnhem gehanteerde maatstaf in ieder geval navolging gevonden.³⁸⁶

In de rechtspraak ten aanzien van de opzegging van krediet wordt in beginsel geen onderscheid tussen de soort onderneming gemaakt waaraan het krediet is verleend. Evenmin lijkt van belang te zijn of een natuurlijk persoon uiteindelijk aansprakelijk is voor de terugbetaling van het krediet. In *Rabobank/Aarding* heeft het Hof Arnhem aangegeven dat op de bank uit hoofde van haar maatschappelijke functie een *bijzondere* zorgplicht rust jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, hetgeen vervolgens meebrengt dat de opzegging van een bankkrediet ten minste dient te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In *ING/De Keijzer* noemt de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht niet. In haar conclusie voor dit arrest merkt A-G De Vries Lentsch-Kostense op dat de bedoelde verwijzing van het hof naar de bijzondere zorgplicht van de bank onjuist is, omdat op banken niet in algemene zin

384. Hof Arnhem van 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233, JOR 2003/267 (*Rabobank/Aarding*).

385. Deze (in het arrest van het hof overigens niet genummerde) factoren zijn: (i) de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van de kredietrelatie; (ii) een aanmerkelijke afname van de kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toeneming van het bancaire kredietrisico, waarbij met name van belang zal zijn of er voldoende dekking door zekerheid bestaat dan wel kan worden verleend en de mate van waarschijnlijkheid of en in welke omvang deze zal blijven bestaan (alles te stellen op de liquidatiewaarde); (iii) het gedrag en de betrouwbaarheid van de kredietnemer alsmede de mate waarin en de tijdigheid waarmee deze de bank op de hoogte heeft gesteld en stelt van alle voor de kredietrelatie relevante omstandigheden; (iv) of en in welke mate de kredietnemer toerekenbaar is tekortgeschoten (bijvoorbeeld door (structurele en/of ruime) overschrijding van de kredietlimiet); (v) de kans dat de onderneming van de kredietnemer, al of niet na reorganisatie of doorstart, zal overleven en de mate waarin de kredietnemer een reorganisatie heeft opgestart; (vi) welke termijn de kredietnemer krijgt om een andere (huis-)bankier te zoeken en welke ernstige financiële problemen voor de kredietnemer (zullen) ontstaan indien hij zijn financieringsbehoefte niet op korte termijn elders kan onderbrengen; (vii) de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaand aan de opzegging en de wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer en of en in welke mate de bank de kredietnemer tevoren heeft gewaarschuwd; (viii) of de bank door eigen gedragingen (zoals toelating van overschrijding van de kredietlimiet) verwachtingen heeft gewekt; en (ix) andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid). Zie r.o. 4.30-4.31 van het arrest.

386. Zie de rechtspraak genoemd onder 15, conclusie vóór *ING/De Keijzer*, ECLI:NL:PHR:2014:674, met verdere literatuurverwijzingen. De toetsing leent zich voor overeenkomstige toepassing bij de verlaging van een kredietlimiet, in het bijzonder bij leverancierskrediet, vgl. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4114, JOR 2014/53.

een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten rust.³⁸⁷ Een dergelijke bijzondere zorgplicht is volgens haar³⁸⁸ ‘gekoppeld aan bijzondere situaties, waarbij het gaat om situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van een bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico’s loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt’.

Het is niet ondenkbaar dat een rechter op grond van het voorgaande zal oordelen dat van een dergelijke *bijzondere* zorgplicht ook sprake kan zijn indien het een ‘kleine ondernemer’ betreft die vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, al dan niet (mede) vanwege zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Is het krediet formeel verstrekt aan een rechtspersoon, maar heeft die kredietverstrekking gevolgen voor een natuurlijk persoon die in privé aansprakelijk is voor de terugbetaling van dat krediet, dan dient ook die factor mijns inziens een rol te spelen bij de beantwoording van de vraag of de opzegging in strijd is geweest met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

4.2.8 Andere uitwerkingen van de bancaire zorgplicht; kredietwaardigheidsbeoordeling?

Het is niet ondenkbaar dat op grond van de bancaire zorgplicht in de rechtspraak andere specifieke verplichtingen van banken jegens het MKB worden aangenomen. Beschermingsbepalingen die gelden voor consumenten (zoals de reclameverplichtingen, precontractuele en contractuele informatieverplichtingen, wettelijke bedenktijd) gelden in beginsel niet voor ondernemingen, maar vergelijkbare verplichtingen zouden kunnen voortvloeien uit de zorgplicht van de bank, met name indien het gaat om het MKB.

Het is met name de vraag of een bank op grond van haar zorgplicht dient te toetsen op kredietwaardigheid, in de zin dat de bank dient te onderzoeken of een onderneming op grond van haar inkomen en vermogen zal kunnen voldoen aan haar terugbetalingsverplichtingen.³⁸⁹ Een dergelijke verplichting volgt niet uit art. 4:34 Wft, dat alleen betrekking heeft op

387. Conclusie vóór *ING/De Keijzer*, ECLI:NL:PHR:2014:674, onder 16.

388. In navolging van A-G J.B.M.M. Wuisman in zijn conclusie vóór HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921 (art. 81 RO).

389. Zie voor een geval waarin het beroep daarop door een ondernemer (natuurlijk persoon) werd afgewezen, Rb. Amsterdam 5 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:CA3962, JOR 2014/178.

consumenten. De afweging zal bij ondernemingen in beginsel dan ook anders uitvallen dan bij consumenten. Indien een bank voldoende zekerheden heeft, zal de prikkel om die kredietwaardigheidsbeoordeling uit te voeren wellicht ook minder zijn. Indien een eventuele (onrechtmatige) overkreditering door de bank zou leiden tot het faillissement van de onderneming en daardoor de gezamenlijk *schuldeisers* zijn benadeeld, kan een curator een *Peeters/Gatzen-vordering*³⁹⁰ instellen jegens de bank. Die vordering gaat echter voorbij aan de vraag of de onderneming een *eigen* (of, in de vorm van bijvoorbeeld werkgelegenheid, afgeleid) belang kan hebben bij een kredietwaardigheidsbeoordeling. Indien daarvan al sprake is, zal kunnen meespelen in welk kader de kredietverstrekking heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld in het kader van een reddingsoperatie of risicovolle acquisitie. Het voert te ver om deze vragen in het kader van dit preadvies uit te werken. Een kredietwaardigheidsbeoordeling ligt n.m.m. vooral voor de hand in het kader van een zakelijke kredietverlening onder voorwaarde van persoonlijke aansprakelijkheid van de ondernemer in privé (naast verstrekking van zekerheidsrechten op de activa van de onderneming). In dat geval verbindt een natuurlijk persoon die handelt ten behoeve van zijn bedrijf, maar niet *in* de uitoefening van beroep of bedrijf, zich immers tot de terugbetaling van dat verstrekt krediet.³⁹¹ Daarvoor zou in beginsel geen andere toets moeten gelden dan in het geval dat het krediet rechtstreeks aan de particulier wordt verstrekt. In de kredietwaardigheidsbeoordeling dient niet alleen het inkomen en vermogen van de particulier, maar (uiteraard) ook het inkomen en vermogen van de onderneming te worden meegenomen.

4.3 Verstrekken van zekerheidsrechten op goederen van de onderneming

4.3.1 Onbegrensde verpanding

Anders dan bij consumentenkrediet, waar onder andere (stille) verpanding van roerende zaken, niet-registergoederen aan banden is gelegd,³⁹² bestaan geen (uitdrukkelijke) wettelijke grenzen aan het (bij voorbaat) verpanden van roerende zaken, niet-registergoederen, vorderingen op naam of andere goederen van de onderneming.³⁹³ Uit de rechtspraak blijkt dat deze zeker-

390. HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*).

391. Een dergelijke persoonlijke aansprakelijkstelling voor zakelijk krediet valt buiten de reikwijdte van consumentenkrediet.

392. Art. 7:79 lid 1 BW en vgl. voorts titel 7.2D BW (pandbelening).

393. Anders dan roerende zaken, niet-registergoederen en vorderingen op naam, kan ten aanzien van registergoederen niet bij voorbaat de 'verhypothekeeringshandeling' worden verricht (art. 3:97 lid 1 BW). De ratio van het verbod om registergoederen bij voorbaat te leveren of te verhypothekeken ligt in het voorkomen van verwarring in de openbare registers. Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 401-402.

heidsverstrekking (bij voorbaat) in beginsel onbeperkt is.³⁹⁴ In de rechtspraak staat niet de bescherming van de schuldenaar centraal, maar de rangorde tussen schuldeisers onderling bij verdeling van de opbrengst.

Roerende zaken, niet-registergoederen, kunnen onbeperkt bij voorbaat stil worden verpand, met dien verstande dat het rechtsgeldige pandrecht uiteraard pas tot stand komt indien de pandgever daarvan eigenaar is geworden.³⁹⁵ De bank zal daardoor tot het moment waarop het faillissement wordt uitgesproken op alle roerende zaken, niet-registergoederen waarvan de kredietnemer (pandgever) eigenaar is, zoals inventaris en voorraden, een rechtsgeldig pandrecht hebben. Op grond van *Rabobank/Reuser*³⁹⁶ kan de bank tevens een pandrecht laten vestigen op een aan de koper onder eigendomsvoorbehoud geleverde roerende zaak, niet-registergoed, voor zover de verpanding betrekking heeft op het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde van de koper. Gaat het om zogenoemde ‘bodemzaken’, zaken die bestemd zijn om op de bodem van de belastingplichtige blijven, zoals inventaris, maar niet voorraden,³⁹⁷ dan gaat het bodemvoorrecht van de Ontvanger (fiscus) voor een stil pandrecht van de bank, indien de bodemzaken zich nog op de bodem van de belastingplichtige bevinden op het moment dat de Ontvanger executoriaal beslag legt of het faillissement wordt uitgesproken (art. 21 lid 2 IW 1990). In het verleden hebben banken dit bodemvoorrecht weten te omzeilen door toepassing van de bodemverhuurconstructie, op grond waarvan de belastingplichtige de bodem aan de bank verhuurde. Het stil pandrecht werd niet alleen omgezet in een vuistpandrecht van de bank (art. 3:237 lid 3 BW), maar ook verloren de verpande zaken hun status als ‘bodemzaak’, waardoor het pandrecht in rang voor het bodemvoorrecht van de fiscus ging. In de praktijk werkten ondernemingen vaak aan deze constructie mee in de gevallen waarin de DGA persoonlijk aansprakelijk was jegens de bank, aangezien hij door medewerking aan de bodemverhuurconstructie feitelijk zijn eigen aansprakelijkheid verminderde.

Hoewel de bodemverhuurconstructie is gesanctioneerd in *Eringa q.q./ABN Amro*³⁹⁸ heeft de wetgever nog vóór het wijzen van dit arrest art. 22bis IW 1990 ingevoerd.³⁹⁹ Op grond daarvan is de pandhouder meldingsplichtig jegens de Ontvanger indien hij verpande bodemzaken wil opeisen, waarna hij een termijn van vier weken in acht dient te nemen, voordat hij, na

394. Afgezien van een beroep op de actio Pauliana (art. 3:45 BW) of de faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw).

395. Art. 3:237 lid 1 jo. art. 3:97 jo. art. 3:98 jo. art. 3:84 lid 1 BW.

396. HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 (*Rabobank/Reuser*).

397. Zie art. 22 IW 1990.

398. HR 21 juni 2013, JOR 2013/320 (*Eringa q.q./ABN Amro*).

399. Als onderdeel van Belastingplan 2013 (*Kamerstukken II 2012/13, 33402, 3*).

kennisgeving door de Ontvanger, binnen een termijn van vier weken, kan overgaan tot uitoefening van zijn pandrecht. Bij niet-inachtneming van deze voorschriften dient hij een verklaring af te geven over de executiewaarde van de bodemzaken en deze executiewaarde aan de Ontvanger af te dragen.⁴⁰⁰ De bodemverhuurconstructie is met deze bepaling effectief om de zeep geholpen, omdat de Ontvanger tijdig executoriaal beslag kan leggen en zo zijn bodemvoorrecht veilig kan stellen.⁴⁰¹ De overheid heeft met art. 22bis IW 1990 niet alleen zijn positie als (bijzondere) schuldeiser versterkt, maar (onbedoeld) ook de positie van de DGA en diens gezin verslechterd. Een bank die de bodemverhuurconstructie niet kan toepassen en daardoor minder kan uitwinnen, zal de ondernemer eerder en/of voor méér in privé aanspreken. De ‘kleine ondernemer’ draagt het verlies van de strijd tussen de Ontvanger en de bank.

Bij de verpanding van vorderingen aan banken is door middel van de verzamelpandakte een vergelijkbare uitkomst bereikt als bij de verpanding van roerende zaken, niet-registergoederen, zo volgt uit *Dix q.q./ING*⁴⁰² en *Van Leuveren q.q./ING*.⁴⁰³ In twee procedures, die na elkaar zijn begonnen, en waarbij in de tweede procedure is voortgebouwd op de argumenten die in de eerste procedure zijn aangevoerd, heeft de Hoge Raad verschillende, tegen de verzamelpandakte aangevoerde ‘technische’ bezwaren verworpen. Naast meer technische argumenten werd *tegen* het gebruik van de verzamelpandakte eveneens aangevoerd dat de uitkomst hiervan haaks zou staan op hetgeen de wetgever ooit zou hebben beoogd, namelijk een gelijke uitgangspositie voor de pandhouder en de beslaglegger. Er zou voor een gewone schuldeiser weinig overblijven om zich op te verhalen. In *Dix q.q./ING* stelt de Hoge Raad dat deze uitkomst weliswaar ‘moeilijk te verenigen’ is met de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat art. 3:239 BW ruimte laat voor gewone schuldeisers en dat de uitgangspunten in art. 3:276-3:277 BW hiermee ‘verregaand uitgehold’ zouden zijn, maar dat deze uitkomst gerechtvaardigd wordt. Het belang van de verpandingsconstructie is volgens de Hoge Raad ten eerste gelegen in een vlot functionerend kredietverkeer; ten tweede zijn ook gewone schuldeisers gebaat bij ruimere financiering door banken (omdat zij dan betaald krijgen); ten slotte kunnen leveranciers hun eigen zekerheden, bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud, bedingen.⁴⁰⁴ Als in *Van Leuveren q.q./ING* hetzelfde punt wordt aangevoerd in het cassatiemiddel, oordeelt de Hoge Raad — anders dan de A-G in zijn

400. Zie art. 22bis lid 8 IW; *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, 3, p. 18.

401. Zie nader J.W.A. Biemans, L.S. Opraus & M.E. Witting ‘De strijd om bodemzaken en vorderingen in faillissement: twee rechtsontwikkelingen in perspectief’, *Tvl* 2015/45, par. 3.

402. HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (*Dix q.q./ING*).

403. HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (*Van Leuveren q.q./ING*).

404. Inmiddels gerelativeerd door *Rabobank/Reuser*.

conclusie vóór het arrest, die in navolging van kritische geluiden in de literatuur en praktijk,⁴⁰⁵ zich eveneens kritisch toont⁴⁰⁶ — dat het aan de wetgever is om te beoordelen of hun belangen tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is.

4.3.2 Verdeling van de pijn tussen schuldeisers; de positie van de pandgever

Uit de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad de voorrangspositie van de ene schuldeiser niet onnodig ten koste wil laten gaan van de andere schuldeiser. In *Aerts q.q./ABN Amro*⁴⁰⁷ bijvoorbeeld oordeelde de Hoge Raad dat voordat de curator een bedrag bij de pandhouder kan opvorderen, eerst de fiscus uit het vrije boedelactief moet worden voldaan. Uit het arrest spreekt enige barmhartigheid jegens de bank: de fiscus heeft een hoger bodemvoorrecht op de executieopbrengst, maar als dat voorrecht niet nodig is, kan de fiscus daar niet (ten koste van de pandhouder) nodeloos gebruik van maken (vgl. art. 3:13 BW).

Bij de onbegrensde verpanding van roerende zaken, niet-registergoederen en vorderingen op naam ligt het ingewikkelder. In de praktijk zal een bank op veel, zo niet alle goederen zekerheidsrechten hebben en zal voor andere schuldeisers weinig of niets overblijven. De mogelijkheden om daarin verandering te brengen op grond van het huidige recht lijken beperkt. In de literatuur is geopperd dat andere schuldeisers ook kunnen overgaan tot het bij voorbaat verpanden van vorderingen op naam,⁴⁰⁸ of dat leveranciers in navolging van het Duitse recht op grond van hun positie als leverancier met eigendomsvoorbehoud een pandrecht op de vordering uit hoofde van doorverkoop kunnen bedingen.⁴⁰⁹ Ook het uit 2007 daterende Voorontwerp Insolventiewet,⁴¹⁰ dat geen wet is geworden, beoogde verandering te brengen in de verdeling van de executieopbrengst in faillissement. In de literatuur en in de praktijk (INSOLAD) is voorts gepleit voor een begrenzing van de verhaalsrechten van banken ter faveure van andere schuldeisers en de curator op grond van een ‘carve-out-regeling’ of ‘percentage-regeling’,

405. Zie voor een overzicht A.M. Mennens, ‘Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van een carve-out regelingen’, *TvI* 2013/38, met verdere verwijzingen.

406. Conclusie van A-G L. Timmerman vóór *Van Leuven q.q./ING*, nr. 3.30 e.v.

407. HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/745 (*Aerts q.q./ABN Amro*).

408. F.M.J. Verstijlen, ‘Iedereen pandhouder: door de “verzamel-pandakte” naar paritas creditorum’, *WPNR* 2013/6983.

409. E.F. Verheul, ‘De wedloop tussen leverancierskrediet en geldkrediet’, *NTBR* 2014/16.

410. Commissie Insolventierecht, onder leiding van prof. mr. S.C.J.J. Kortmann. Raadpleegbaar op www.rijksoverheid.nl.

waarvoor een wetswijziging is vereist.⁴¹¹ Tegen dergelijke regelingen is aangevoerd dat deze zullen leiden tot een verminderde bereidheid van de banken om krediet te verlenen. Hoewel het de vraag is of dat daadwerkelijk het geval zal zijn,⁴¹² heeft de Hoge Raad duidelijk de bal bij de wetgever neergelegd.

Hoewel de voorstellen gemeenschappelijk hebben dat zij zien op de positie van *andere schuldeisers*, en niet op die van de schuldenaar, zou juist de positie van de *pandgever* tot een andere verdeling tussen schuldeisers kunnen leiden. In *Dix q.q./ING* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat (in cassatie niet gemotiveerd is bestreden de overweging van de rechtbank dat) de pandgever te veel verschilt van een consument om reflexwerking aan art. 6:237 aanhef en onder n BW te kunnen toekennen. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of sprake was van een onredelijk bezwarend beding in de algemene voorwaarden ter zake van de (onherroepelijke) volmachtverlening door de pandgever aan de bank aan de hand van art. 6:233 onder a BW, om vervolgens tot een ontkennend antwoord te komen. Een oordeel over de toelaatbaarheid zou anders kunnen uitvallen indien de pandgever – zoals een MKB-er – wél onder de bedoelde reflexwerking valt.

Het bij voorbaat leveren van goederen kan blijkens de parlementaire geschiedenis in strijd met de goede zeden zijn. De grondslag hiervoor is (mede) het in art. 3:97 lid 1 BW genoemde verbod van levering (en op grond van art. 3:98 BW eveneens verpanding) bij voorbaat ‘indien het verboden is [toekomstige goederen] tot onderwerp van een overeenkomst te maken’. In de TM wordt het voorbeeld genoemd dat een kunstenaar bij voorbaat ‘alle’ schilderijen verkoopt die hij in de toekomst zal scheppen.⁴¹³ Uit deze passage spreekt barmhartigheid jegens de kunstenaar, die het niet mogelijk moet worden gemaakt om bij voorbaat alles te leveren wat hij ooit zal maken. Verderop in de parlementaire geschiedenis wordt van de toepassing van art. 3:97 BW het voorbeeld gegeven dat een bepaalde hoeveelheid producten die al zijn betaald, bij voorbaat kunnen worden geleverd. Ook uit dit voorbeeld volgt een zekere begrenzing van de levering bij voorbaat. Het gaat immers in dit voorbeeld niet om de levering bij voorbaat van ‘alle’ producten, ongeacht of ze zijn betaald of niet.⁴¹⁴ In de parlementaire geschiedenis wordt een en ander niet toegepast op verpanding bij voorbaat.

411. A.M. Mennens, ‘Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van een carve-out regelingen’, *TvI* 2013/38, met verdere verwijzingen, resp. ‘Voorstellen wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD’, d.d. 13 december 2012, p. 6 e.v., raadpleegbaar op www.insolad.nl/publicaties.

412. Daarvoor zou empirisch onderzoek moeten worden verricht, hetgeen naar mijn weten in Nederland vooralsnog ontbreekt.

413. TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 402.

414. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 403.

Het is derhalve de vraag of in een voorkomend geval sprake kan zijn van strijd met de goede zeden, indien *alle* roerende zaken en/of *alle* vorderingen bij voorbaat zijn verpand. De pandgever (lees: de DGA van de rechtspersoon die de zekerheden heeft verstrekt) zal zich hierop dienen te beroepen. Het is uiteraard de vraag of hij op deze barmhartigheid een beroep zal willen doen, als dat betekent dat de bank zich daardoor eerder zal verhalen op zijn privévermogen.

4.4 Bescherming van (de woning van) het gezin

4.4.1 Inleiding

De ondernemer die zich borg heeft gesteld of op andere wijze persoonlijke zekerheid heeft verstrekt aan zijn onderneming, of als natuurlijke persoon handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, betreft de kredietverlening daarmee niet alleen op zichzelf, maar ook op zijn gezin. Hoewel op grond van de wet (art. 1:88 jo. art. 1:89 BW) alsmede op grond van recente, hieronder te behandelen wetswijzigingen in het relatievermogensrecht en het erfrecht de (verhaals)aansprakelijkheid van het gezin wordt beperkt, is het de vraag of de bescherming van het gezin niet verder zou moeten gaan, bijvoorbeeld door de woning van het gezin buiten het bereik van schuldeisers van de onderneming te houden, zoals in België mogelijk is. Eerst wordt ingegaan op recente wetswijzigingen in het erfrecht en huwelijksvermogensrecht, die onder meer tot gevolg hebben dat gezinsleden minder snel aansprakelijk zijn voor schulden van de ondernemer, en vervolgens op aanvullende bescherming van de gezinswoning in het kader van art. 1:88 jo. art. 1:89 BW en de Belgische wetgeving.

4.4.2 Wet Beperking wettelijke gemeenschap van goederen

Door de Wet Beperking wettelijke gemeenschap van goederen, die per 1 januari 2018 in werking treedt,⁴¹⁵ zullen echtgenoten minder snel (verhaals)aansprakelijk zijn voor elkaars privéschulden. Met name twee wijzigingen springen in het oog. Ten eerste is dat de afbakening van de goederen en schulden die onderdeel uitmaken van de huwelijksgemeenschap in het nieuwe art. 1:94 BW. Anders dan onder het voor 1 januari 2018 geldende recht zal de wettelijke gemeenschap van goederen die van rechtswege ontstaat vanaf de voltrekking van het huwelijk (art. 1:94 lid 1 BW)⁴¹⁶

415. Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, *Stb.* 2017, 177 en 2017, 178. Zie art. IV voor overgangsrecht. Het navolgende is ontleend aan J.W.A. Biemans, 'Huwelijksgemeenschap als verhaalsobject, buiten en tijdens faillissement' (Podium), *ftV* 2017/40, p. 4.

416. Of geregistreerd partnerschap.

voortaan niet meer omvatten de goederen en de schulden die aan één van de echtgenoten afzonderlijk toebehoorden (art. 1:94 lid 2 en 7 BW), en evenmin een aantal andere goederen (en daarmee verwante schulden) die een echtgenoot tijdens het huwelijk verkrijgt, zoals krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen (art. 1:94 lid 2 onder a BW). Uit de rechtspraak volgt dat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de interne draagplicht van voorhuwelijkse schulden bij één echtgenoot kan worden neergelegd,⁴¹⁷ hetgeen echter niet verhindert dat de andere echtgenoot alsnog tot betaling wordt aangesproken.

Ten tweede vormt art. 1:96 lid 3 BW (nieuw) een belangrijke wijziging ten opzichte van het huidige recht. Op grond van die bepaling is het verhaal op de goederen van de gemeenschap voor een privéschuld van een echtgenoot beperkt tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed. De andere helft komt de andere echtgenoot toe en valt voortaan buiten de gemeenschap. De andere echtgenoot is bevoegd, indien een schuldeiser verhaal op een goed van de gemeenschap zoekt ter zake van een dergelijke privéschuld, het goed waarop de schuldeiser verhaal zoekt, over te nemen tegen betaling van de helft van de waarde van dat goed uit zijn eigen vermogen, waardoor dit goed vanaf het tijdstip van de overneming een eigen goed van deze echtgenoot is dat niet (meer) in de gemeenschap valt. Uit de toelichting van de wetgever was lange tijd niet duidelijk wat de status was van deze bepaling in het faillissement van een der echtgenoten.⁴¹⁸ Gold deze bepaling niet in het faillissement, dan zouden schuldeisers met een faillissement beter uit zijn zonder faillissement en op grond daarvan het faillissement aanvragen. Door schrijvers en in de Tweede Kamer is hiervoor aandacht gevraagd.⁴¹⁹ De wetgever heeft op de valreep alsnog deze kwestie verduidelijkt.⁴²⁰

417. Zie voor voorbeelden, B.E. Reinhartz, 'Draagplicht voor schulden bij echtscheiding', *JBN* 2015(1) 4. Vgl. voorts Rb. Noord-Nederland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8300; en Hof Den Haag 12 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC204, waarbij hoofdelijke aansprakelijkheid voor financiering (onder druk) tijdens huwelijk was ontstaan en de man diende mee te werken aan het ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vrouw.

418. Vgl. soms tegenstrijdige opvattingen in *Kamerstukken II* 2013/14, 33987, 3, p. 17-20; *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 6, p. 19-20; *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 7, p. 16-17; *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 8, p. 46-47; *Kamerstukken II* 2014/2015, 33987, 10, p. 18-19; *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 11, p. 5; *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 28; *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, B, p. 3; *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, C, p. 8-9; *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, G, p. 3-4 en 14-15.

419. M.C.J.M. Hermus, 'De beperking van de gemeenschap en faillissement', *EB* 2016/6, p. 114-118; F.M.H. Hoens & F.W.J.M. Schols, 'Toekomstig huwend Nederland op het verkeerde been? Deel II', *WPNR* 2017/7134; resp. *Kamerstukken II* 2015/16, 33987, 22.

420. *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, G, p. 14-15.

Volgens de wetgever gelden het recht op de helft van de (netto-) executieopbrengst (na aftrek van de op dat goed betrekking hebbende executiekosten) en het overnemingsrecht van art. 1:96 lid 3 BW ook in faillissement, schuldsanering, wettelijke vereffening of na ontbinding van de gemeenschap (vgl. art. 1:100 BW). Aan privéschuldeisers van een in gemeenschap van goederen gefailleerde echtgenoot komt ook bij uitwinning van een gemeenschapsgoed in geval van faillissement slechts de helft van de (netto-) opbrengst daarvan toe. De andere helft komt de andere echtgenoot in privé toe en valt op grond van art. 1:96 lid 3 BW buiten de faillissementsboedel.⁴²¹ De curator wint in beginsel de gehele huwelijksgemeenschap uit overeenkomstig art. 63 Fw en verdeelt de opbrengst onder de schuldeisers van de gefailleerde echtgenoot, waaronder de gezamenlijke schuldeisers van de echtgenoten en de privéschuldeisers van de gefailleerde echtgenoot. Voor zover het gaat om de vorderingen van de privéschuldeisers van de gefailleerde echtgenoot kan de curator voor het deel van de vorderingen van de privéschuldeisers slechts de helft van de netto-executieopbrengst ten goede laten komen aan de faillissementsboedel. De andere helft van de netto-executieopbrengst valt in het privévermogen van de andere echtgenoot. De andere helft maakt daarmee geen onderdeel (meer) uit van de faillissementsboedel. De andere echtgenoot/niet-schuldenaar kan met gebruikmaking van het overnemingsrecht ex art. 1:96 lid 3 BW de helft van de waarde van een gemeenschapsgoed met eigen vermogen aan de gemeenschap vergoeden, waarna dat goed onderdeel uitmaakt van het privévermogen van de andere echtgenoot en daarmee eveneens buiten de bedoelde faillissementsboedel valt. Deze rechten staan gelijk aan de aanspraken die de echtgenoot heeft uit hoofde van art. 61 Fw. De curator kan geen boedelkosten (algemene faillissementskosten, art. 182 Fw) verhalen of in mindering brengen op de helft van de (netto-) executieopbrengst, aangezien deze *van rechtswege* onderdeel uitmaakt van het privévermogen van de andere echtgenoot. Omdat geen sprake is van een pre-faillissementsvordering hoeft de echtgenoot van de failliet de vordering ex art. 1:96 lid 3 BW niet ter verificatie in te dienen bij de curator. De echtgenoot heeft een rechtstreekse aanspraak jegens de curator tot afgifte van de helft van de (netto-) executieopbrengst dan wel de overgenomen goederen.⁴²² Door deze insteek wordt de maximale bescherming van de andere, niet gefailleerde echtgenoot gewaarborgd voor zover dat mogelijk is op grond van het nieuwe art. 1:94 lid 3 BW.

Het is moeilijk te voorspellen hoe de toepasselijkheid van de bepaling precies zal uitpakken in een concreet geval. Indien — in het voor de andere

421. Aanpassing van art. 63 en 20-22 Fw is niet nodig om te bereiken dat de privéschuldeisers van de gehuwde schuldenaar zich niet op meer kunnen verhalen dan de helft van het gemeenschappelijk vermogen.

422. *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, G, p. 14-15.

echtgenoot meest gunstige geval – er geen andere schuldeisers zijn die verhaal op de opbrengst van het uitgewonnen gemeenschapsgoed kunnen uitoefenen (geen gemeenschapsschuldeisers zijn), maar alleen privéschuld-eisers van de gefailleerde echtgenoot, komt zonder meer de helft van de (netto-) opbrengst aan de andere echtgenoot toe. Die helft valt aldus buiten het faillissement. In andere gevallen zal moeten worden gekeken wat de onderlinge verhouding is tussen de gemeenschapsschulden en de privé-schulden van de gefailleerde echtgenoot om vast te stellen welk deel van de (netto-) executieopbrengst van de gemeenschapsgoederen aan de niet gefailleerde echtgenoot toekomt.⁴²³ Een dergelijk geval kan nog voor lastige puzzels voor de curator zorgen en laat tevens zien dat de positie van de echtgenoot in het faillissement van de andere, ondernemende echtgenoot niet zonder meer veilig is gesteld.

4.4.3 Wet Bescherming erfgenamen tegen schulden

Naast echtgenoten die mede(verhaals)aansprakelijk worden voor voorhu-welijkse privéschulden van de andere echtgenoot of privéschulden ontstaan tijdens het huwelijk, kunnen ook de kinderen aansprakelijk worden voor schulden van hun ouders uit hoofde van kredietverlening. Voorbeelden zijn schulden uit hoofde van consumptief krediet, restschuld bij (gedwon-gen) verkoop van effecten of woning en schulden in verband met diens onderneming. Door de crisis op de woningmarkt heeft het aantal negatieve nalatenschappen een vlucht genomen en is het aantal vereffeningen van nalatenschappen toegenomen, hetgeen tot wetswijziging heeft geleid.

In het erfrecht, zoals dat sinds 2002 geldt, geldt als regel dat erfgenamen de nalatenschap zuiver of beneficiair kunnen aanvaarden of kunnen verwerpen. Bij zuivere aanvaarding is de erfgenaam met zijn privévermogen (subsidiar, naast de nalatenschap⁴²⁴) aansprakelijk voor alle schulden van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 jo. art. 4:184 lid 2 BW). Bij beneficiaire aanvaarding is de erfgenaam daarentegen in beginsel niet aansprakelijk met zijn privévermogen, behoudens uitzonderingen (art. 4:182 lid 2 en 3 BW). Beneficiaire aanvaarding vindt plaats door het afleggen van een verklaring bij de griffie van de rechtbank en het betalen van onder andere griffierechten (in totaal ongeveer € 120). Voor zover erfgenamen al van deze mogelijkheid op de hoogte zijn, blijken deze twee aspecten een hoge drempel te zijn voor beneficiaire aanvaarding. Zuivere aanvaarding kan ook plaatsvinden door gedragingen. Onder het voor 1 september 2016 geldende recht gebeurde dat indien een erfgenaam ‘zich ondubbelzinnig en zonder

423. *Kamerstukken I* 2015/16, 33987, G, p. 14-15.

424. *Kamerstukken II* 2014/15, 34224, 3, p. 5-6; Asser/Perrick 4 2013/483 en 485; Asser/Perrick 3-V* 2011/58. Vgl. echter L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a. (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, par. XIII.4.

voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam' gedroeg. Over wanneer daarvan sprake was, bestond onduidelijkheid en was veel rechtspraak.⁴²⁵ Naar aanleiding van het rapport 'Erven zonder financiële zorgen',⁴²⁶ waarin voor een standaard beneficiaire aanvaarding werd gepleit, heeft de wetgever een concept-wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd, en vervolgens, na enige kritiek in de literatuur,⁴²⁷ een gewijzigd wetsvoorstel ingediend dat de gedragingen op grond waarvan zuivere aanvaarding plaatsvindt beperkt,⁴²⁸ en dat, conform lagere rechtspraak,⁴²⁹ een regeling biedt voor de erfgenaam die zuiver heeft aanvaard om alsnog beneficiair te aanvaarden indien sprake is van een onbekende schuld (art. 4:194a BW). Hoewel de positie van de erfgenaam door dit wetsvoorstel verbeterd is, is het risico dat de erfgenaam onbewust en ongewild door gedragingen een negatieve nalatenschap in huidige erfrecht nog steeds aanwezig. Met name degenen in de maatschappij die kwetsbaar zijn, zijn de dupe van deze regeling. Immers, indien een erflater een testament heeft laten opmaken, zal hij in de regel vermogen te verdelen hebben gehad; de erfgenamen zullen sneller op bijstand van de notaris kunnen rekenen. Ook zullen zij in staat zijn, op grond van hun financiële positie, om de kosten te betalen, vereist voor beneficiaire aanvaarding. Het zijn juist de zwaksten in de samenleving die door onwetendheid, onkunde en onvermogen te lijden hebben onder deze regeling. Om het gezin beter te beschermen ligt het voor de hand om alsnog standaard beneficiaire aanvaarding in te voeren (al dan niet door of onder begeleiding van een door de rechtbank benoemde vereffenaar), en degenen die de afwikkeling van de nalatenschap zelf ter hand willen nemen teneinde zo kosten te besparen een 'opt-out'-mogelijkheid te geven door alsnog zuiver te aanvaarden. Bij negatieve nalatenschappen zouden ook schuldeisers gebaat zijn, indien een onafhankelijke persoon de afwikkeling ter hand neemt.

425. Bijvoorbeeld HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1489, NJ 2014/508; HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1284, NJ 2015/379 (*De Koperen Pan*).

426. www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/11/09/rapport-erven-zonder-financiele-zorgen.html.

427. O.a. P. Blokland, W. Burgerhart & W.D. Kolkman, 'Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de "Wet betos"', *WPNR* 2014/7019; J.W.A. Biemans, 'Reactie op het concept-Wetsvoorstel bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden', *WPNR* 2014/7019.

428. Wet van 8 juni 2016 tot wijziging van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek om erfgenamen beter te beschermen tegen schulden van de erflater (Wet bescherming erfgenamen tegen schulden), *Stb.* 2016, 226.

429. Vgl. rechtspraak in de MvT bij het concept-wetsvoorstel Bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden, p. 3, raadpleegbaar op www.internetconsultatie.nl.

4.4.4 Bezint eer ge begint: art. 1:88 jo. art. 1:89 BW

Een echtgenoot behoeft op grond van art. 1:88 BW onder andere de toestemming van de andere echtgenoot voor (a) het aangaan van een overeenkomst strekkende tot overdracht of bezwaring van de echtelijke woning, (b) ongebruikelijke of bovenmatige giften, (c) 'overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf,⁴³⁰ zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt', met dien verstande dat deze toestemming niet is vereist, indien zij wordt verricht door een directeur-grootaandeelhouder⁴³¹ en geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap (lid 5), en (d) overeenkomst van goederenkrediet als bedoeld in art. 7:84 BW, behalve indien het zaken betreffen die kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken. Door het geven van de toestemming wordt de echtgenoot niet partij bij de rechtshandeling.⁴³² De uitzondering in lid 5 ziet op de borgstelling door een DGA ten behoeve van zijn besloten vennootschap. De uitzondering is ingegeven door de overweging dat:

'(...) de degene die een zelfstandig beroep uitoefent of door een eenmansonderneming of vennootschap onder firma aan het zakenleven deelneemt, daarvoor ook de volle verantwoordelijkheid draagt, waarvan zijn echtgenoot de financiële gevolgen kan ondervinden, zonder dat diens toestemming voor de aansprakelijkheid scheppende handelingen is vereist. Deze persoonlijke aansprakelijkheid kan in beginsel worden uitgesloten door het beroep of bedrijf door middel van een naamloze of besloten vennootschap uit te oefenen, doch de enkele aansprakelijkheid van deze vennootschap wordt in de praktijk niet ten onrechte veelal onvoldoende geacht bij belangrijke transacties, zoals geldleningen. Gebruikelijk is dan ook dat daarvoor door de wederpartij extra-zekerheid wordt verlangd door middel van handelingen als die waarop [art. 1:88 lid 1 onder c BW] het oog heeft. Lid 5 komt aan deze behoefte van de praktijk tegemoet.'⁴³³

430. Daarvan is sprake indien een natuurlijke persoon er zijn beroep of bedrijf van maakt dergelijke zekerheden te verlenen; een enkel verband met bedrijf of beroep is onvoldoende (HR 22 juni 1962, NJ 1963/53; HR 31 mei 1991, NJ 1991/777; HR 21 februari 1992, NJ 1992, 336, 19 maart 1993, NJ 1994, 92; HR 22 september 1995, NJ 1996, 521 en HR 14 april 2000, NJ 2000, 689).

431. 'Een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt'.

432. Asser/De Boer I* 2010/239.

433. *Parl. Gesch. Aanpassing BW* (Inv. 3, 5 en 6), p. 20.

De rechtspraak bevestigt dat dergelijke borgstellingen met name plaatsvinden voor kredietverlening door banken aan een rechtspersoon.⁴³⁴ Door een borgstelling kan het lot van de echtelijke woning afhangen van de kredietverlening aan de rechtspersoon van de DGA, ook als hij buiten gemeenschap van goederen is getrouwd. Indien de DGA zich borg heeft gesteld voor de verplichtingen van zijn rechtspersoon en de echtgenoten bij dezelfde bank een bankhypotheek hebben gevestigd op de woning in het kader van de financiering daarvan, strekt het hypotheekrecht mede tot zekerheid voor de nakoming van de vordering uit hoofde van de borgtocht. Biedt de rechtspersoon van de DGA-echtgenoot geen verhaal (bijvoorbeeld in faillissement), dan kan de bank zich via de borgtocht en de bankhypotheekrecht op de woning verhalen, en vervolgens op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de echtgenoten uit hoofde van de geldlening voor de woning tevens op hun overige vermogen, waaronder hun beider privévermogens.⁴³⁵

Een echtgenoot zal bij vestiging doorgaans niet doorhebben dat het hypotheekrecht mede strekt voor dergelijke verplichtingen uit hoofde van een borgtocht voor de onderneming van de andere echtgenoot.⁴³⁶ Voor de borgstelling is vanwege art. 1:88 lid 1 onder c jo. lid 5 BW meestal geen toestemming vereist. Van toestemming op dat moment op grond van art. 1:88 lid 1 onder a BW is evenmin sprake, omdat de bezwaring *als zodanig* reeds heeft plaatsgevonden. De combinatie van het bankhypotheekrecht dat is gevestigd in het kader van de financiering van de woning, in de privésfeer, en de borgstelling die heeft plaatsgevonden ten behoeve van de onderneming van de echtgenoot, met als resultaat dat de woning voortaan mede bezwaard is voor kredietverlening aan de onderneming, zou een afzonderlijke toestemmingsgrond rechtvaardigen in art. 1:88 BW. Een alternatief is dat de omschrijving in de akte van vestiging, dat het hypotheekrecht strekt 'tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van hem te vorderen heeft of mocht hebben, uit hoofde van verstrekte en/of nog te verstrekken geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen krediet in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken anderen hoofde ook, tot het hierna te vermelden bedrag', wordt beperkt tot vergelijkbare (privé)vorderingen als de (privé)vordering in welk kader het hypotheekrecht aanvankelijk wordt verleend, en dat bij uitbreiding de andere echtgenoot alsnog zijn of haar medewerking dient te verlenen.

Het lot van de echtelijke woning kan ook zijn verbonden aan het lot van de rechtspersoon van de DGA-echtgenoot, indien beide echtgenoten een derde-hypotheekrecht op de woning hebben gevestigd als zekerheid voor

434. Bijvoorbeeld HR 14 april 2000, NJ 2000/689 (*Soetelieve/Stienstra-Fieten*).

435. Vgl. de casus in HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651, NJ 2013/390 (*Pessers/Rabobank*).

436. Vgl. Hof Den Bosch 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3753.

de nakoming van de verplichtingen van die rechtspersoon. De andere echtgenoot zal moeten weten waarvoor hij of zij de hypotheekakte tekent. Is hij of zij niet betrokken bij de onderliggende financieringsovereenkomst die de titel vormt voor de vestiging van het derde-hypotheekrecht, is verdedigbaar dat de titel van vestiging ontbreekt en geen hypotheekrecht tot stand is gekomen (art. 3:84 lid 1 jo. art. 3:98 BW).⁴³⁷

Bij het voorgaande kan van belang zijn of de andere echtgenoot net als zijn of haar echtgenoot bankiert bij dezelfde bank. Uit *Van Lanschot/Bink* volgt dat een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar.⁴³⁸ Een dergelijke zorgplicht van de bank jegens de borg strekt zich in beginsel niet uit tot de echtgenoot die ex art. 1:88 BW toestemming dient te geven voor de borgtocht, zo volgt uit *Pessers/Rabobank*. Een andere beslissing zou niet in overeenstemming zijn met de rechtszekerheid en de eisen van een vlot en ongestoord rechtsverkeer. Dit laat onverlet of op de bank uit hoofde van de 'klantrelatie' met de andere echtgenoot een waarschuwingsplicht rust die kan meebrengen dat de bank dient te waarschuwen voor het risico dat het privévermogen van de andere echtgenoot loopt door de borgstelling of hypotheekverlening, en bij schending daarvan door de werking van art. 6:248 lid 2 BW wordt beperkt in de mogelijkheid tot verhaal op het privévermogen van die andere echtgenoot voor de desbetreffende schulden.⁴³⁹

4.4.5 Belgisch recht: 'onbeslagbaarheid' van de gezinswoning

In het Belgische recht is het sinds 2007 mogelijk⁴⁴⁰ dat een 'zelfstandige' de woning die tot zijn hoofdverblijfplaats dient, niet vatbaar voor beslag laat verklaren. Onder het begrip 'zelfstandige' wordt niet alleen verstaan zelfstandige ondernemers en beoefenaren van vrije beroepen, maar onder andere ook bestuurders van rechtspersonen, aangezien deze laatste de

437. Vgl. Hof Amsterdam 4 oktober 2016, zaaknr. 200.186.186/01 (*Kuijpers c.s./Rabobank*).

438. HR 1 juni 1992, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759 (*Van Lanschot/Bink*); vgl. o.a. HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543, JOR 2016/213 (*Aruba Bank/Arends*).

439. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651, NJ 2013/390 (*Pessers/Rabobank*).

440. Art. 72-83 wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV), BS 8 mei 2007, derde editie, zoals inmiddels bijgesteld en verduidelijkt, bij wetten van 6 mei 2009, BS 19 mei 2009 en 15 januari 2014, BS 3 februari 2014. De regeling is niet ondergebracht in het Belgische Burgerlijk Wetboek. Zie over deze regeling o.a. A. Cuypers, 'De niet-beslagbaarheid van de hoofdverblijfplaats van de zelfstandige', *RW* 2007/08, nr. 4, 22 september 2007, p. 130 e.v.; E. Dirix, 'Onbeslagbaarheid woning zelfstandige', in: *Failissement & Reorganisatie* (FARE), II.E.11, Mechelen: Kluwer 2014, nr. 1 t/m 26.

facto evenzeer zijn blootgesteld aan het ondernemingsrisico.⁴⁴¹ De Belgische wetgever heeft met deze bepalingen een beslagimmunititeit voor de gezinswoning ingevoerd voor een bepaalde categorie van schuldenaren, de zelfstandige ondernemers. De onbeslagbaarheid is ter keuze van de schuldenaar en herroepelijk. De verklaring dient te worden afgelegd voor een notaris, welke verklaring vervolgens in de hypotheekregisters moet worden ingeschreven. Vanaf het tijdstip van die verklaring is het goed niet vatbaar voor beslag voor latere vorderingen die uit zijn beroepsactiviteit ontstaan. De verklaring geldt alleen jegens schuldeisers wier schulden zijn ontstaan na het inschrijven of afleggen van de verklaring. De bedoeling van de Belgische wetgever is geweest om op deze wijze het vrij ondernemerschap aan te moedigen en de woning van de zelfstandige te vrijwaren tegen het ondernemingsrisico. Aldus wordt tevens de ongelijke positie ongedaan gemaakt die bestaat tussen ondernemers die gebruikmaken van een rechtspersoon en ondernemers die als natuurlijk persoon handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, en waarbij (zonder meer) geen onderscheid wordt gemaakt tussen het zakelijke vermogen en het privévermogen. De ondernemer kan daardoor jegens derden zijn woning van zijn vermogen dat tot verhaal van zijn schulden dient (vgl. art. 3:276 BW) afzonderen, zodat het buiten bereik van zijn (nieuwe) zakelijke schuldeisers blijft. Volgens Dirix gaat het om 'een nieuw geval van vermogensafschieding dat beantwoordt aan de voorwaarden die voor de erkenning van zo'n afschieding moeten worden gesteld: 1) een maatschappelijk doel: het bevorderen van het ondernemerschap en 2) publiciteit: de inschrijving in "hypotheekregisters".'⁴⁴² Hoewel de 'kredietwaardigheid' van de ondernemer jegens nieuwe schuldeisers zal afnemen, blijft zijn gezin het risico bespaard dat de gezinswoning wordt uitgewonnen. De regeling biedt de mogelijkheid om een terechte scheiding tussen zakelijk en privé te maken. Uit de bijdrage van Dirix blijkt niet alleen dat een vergelijkbare mogelijkheid in de Verenigde Staten bestaat (*homestead exemption*), maar ook dat de Belgische wetgever geïnspireerd is door het Franse recht, dat zelfs nog verdergaat in de vermogensafschieding.⁴⁴³ Een dergelijke regeling zou naar mijn mening ook in Nederland overwogen moeten worden. Ook persoonlijke aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren voor beroepsfouten zonder opzet of grove schuld, waarbij naar huidig recht de beroepsbeoefenaar persoonlijk aansprakelijk blijft ondanks ge-

441. E. Dirix, 'Onbeslagbaarheid woning zelfstandige', in: *Faillissement & Reorganisatie* (FARE), II.E.11, Mechelen: Kluwer 2014, nr. 3.

442. Zie E. Dirix, 'Onbeslagbaarheid woning zelfstandige', in: *Faillissement & Reorganisatie* (FARE), II.E.11, Mechelen: Kluwer 2014, nr. 1.

443. Zie E. Dirix, 'Onbeslagbaarheid woning zelfstandige', in: *Faillissement & Reorganisatie* (FARE), II.E.11, Mechelen: Kluwer 2014, nr. 1, nt. 4 en nr. 2.

bruikmaking van een praktijkvennootschap waarmee de cliënt de overeenkomst van opdracht aangaat, zou in dat kader geregeld moeten worden.⁴⁴⁴

444. Zie nader, eveneens geïnspireerd door Belgisch recht, J.W.A. Biemans, *Insolventierecht en het notariaat* (oratie; Serie Ars Notariatus 162), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 2.3.2, met verdere verwijzingen.

Deel III Behoud van bestaanszekerheid

Hoofdstuk 5

Bestaanszekerheid

Prof. mr. A.G. Castermans

5.1 Geen kwestie van verdelende rechtvaardigheid

Barmhartigheid in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar houdt in dat er sprake is van verlening van een voordeel of vermindering van nadeel door de schuldeiser ten behoeve van de schuldenaar, eerst en vooral vanwege de bescherming van het kwetsbare individu (par. 1.3).

Die kwetsbaarheid kan worden uitgedrukt in termen van bestaanszekerheid. De studie naar barmhartigheid in het burgerlijk recht is dan de zoektocht naar instrumenten die proberen te voorkomen dat de schuldenaar is aangewezen op de *vrijwillige* barmhartigheid en die bescherming bieden tegen het verlies of dreigende verlies van essentiële middelen van bestaan. Zo zou, alsnog, het bezwaar kunnen rijzen dat het vermogensrecht wordt ingezet om welvaart te verdelen.

De voorbeelden die in par. 1.3 zijn gegeven laten evenwel zien dat in de context van het privaatrecht het streven niet zo zeer is gericht op een rechtvaardige herverdeling van welvaart, maar juist het trachten te voorkomen dat sommigen in armoede vervallen. Dit standpunt is niet nieuw. Molengraaff noteerde al aan het einde van de negentiende eeuw dat de contractvrijheid niet mag leiden tot de economische ondergang van een der partijen.⁴⁴⁵ In 1906 signaleerde Bruins in zijn proefschrift dat er zelfs sprake is van:

‘(...) het gansch algemeene en zeer begrijpelijke standpunt van de wetgever dat, hoezeer ook de maatschappij gebaat wordt door eene zuivere rechtsbedeeling, toch deze rechtsbedeeling nimmer zóóver gaan mag, dat hierdoor aan enig individu absoluut alle bestaansmiddelen ontnomen worden en deze dus tot geheele armlastigheid zou vervallen. In dat geval zoude het, in theoretischen zin zoo zuiver mogelijk middel in zijn oeconomische gevolgen erger zijn dan de kwaal!’⁴⁴⁶

445. W.L.P.A. Molengraaff. ‘Oude en nieuwe woekerwetten’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

446. G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Mouton 1906, p. 175.

In de taal van nu gaat het om *sufficiency*, waarmee wordt aangeduid het streven naar een situatie waarin een ieder genoeg heeft, zonder het oogmerk van gelijke verdeling van welvaart.⁴⁴⁷ In dit preadvies volgen wij een beperkte variant: het burgerlijk recht kan niet bewerkstelligen dat iedereen genoeg heeft – personen boven de grens van het bestaansminimum brengen – maar kan er wel aan bijdragen dat wordt voorkomen dat mensen onder het bestaansminimum geraken. Dit deel van het preadvies stelt de vraag of en, zo ja, hoe instrumenten van burgerlijk recht kunnen worden ingezet om te voorkomen dat individuen beneden het bestaansminimum terecht komen.

Hiertoe zal eerst het recht op een behoorlijke levensstandaard of vrijwaring tegen armoede worden onderzocht (par. 5.2) en worden armoede en armoedebestrijding nader gedefinieerd (par. 5.3). Hierna bespreken wij twee beperkingen van vermogensrechtelijke aard: ten eerste bestaat er niet zoiets als een algemeen verbod op onderscheid naar vermogen (par. 5.4) of armoede als rechtvaardigingsgrond (par. 5.5).⁴⁴⁸

In de daaropvolgende hoofdstukken onderzoeken wij de ruimte in verbin-tenisrechtelijke leerstukken om rekening te houden met de financieel kwetsbare positie van een schuldenaar (hoofdstuk 6) en het behoud van een zeker bestaansminimum in het beslag- en executierecht (hoofdstuk 7).

Het is een bescheiden opzet. Grootser is het onderzoek naar de verantwoordelijkheid van burgers en regeringen van rijke landen voor de wereldwijde armoede.⁴⁴⁹ Ons onderzoek richt zich primair op de Nederlandse context.

5.2 Recht op behoorlijke levensstandaard en vrijwaring armoede

Nederland heeft zich op verschillende momenten en in verschillende be-woordingen gecommitteerd aan het behoud van een zekere bestaanszeker-

447. H.G. Frankfurt, *On inequality*, Princeton: Princeton University Press 2015.

448. Par. 5.3 en 5.4 zijn deels gebaseerd op M.T. Beumers & A.G. Castermans, 'Armoede in het burgerlijk recht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 41 e.v. Over de introductie van het verbod van onderscheid naar vermogen eerder A.G. Castermans, 'Onderscheid naar vermogen', *NTBR* 2014, p. 1-2 en A.G. Castermans, 'De Zwarte Madonna, Cour d'Appel de Mons 16 mei 2013, concurring', in: N.M. Blokker e.a. (red.), *Vijftig. Juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 79-83.

449. T. Pogge, 'Severe Poverty as a Human Rights Violation', in: T. Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford: UNESCO & Oxford University Press 2007, p. 11-53; B. de Vries & L. Francot, 'Lege magen en holle ogen. Over recht, Risico, Verantwoorde-lijkheid en Reflexieve Armoede', in: S. van Kampen en M. Milo (red.), *Recht en armoede*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 13-30.

heid voor burgers. Art. 25 lid 1 van de Universele verklaring van de rechten van de mens (1948) spreekt van een recht op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor het voorzien in de essentiële levensbehoeften, met specifieke aandacht voor voeding, kleding, huisvesting, geneeskundige verzorging en de ‘noodzakelijke sociale diensten’. Het tweede lid vraagt bijzondere aandacht voor moeder en kind. Art. 11 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (1966) regelt de erkenning van het recht op een behoorlijke levensstandaard, ook weer met aandacht voor voeding, kleding en huisvesting (lid 1), met bijzondere aandacht voor honger (lid 2). Het VN-Vrouwenverdrag (1979) dwingt ertoe dat vrouwen gelijke aanspraak hebben op eerder vastgelegde rechten (art. 1), en spitst de zorg voor behoorlijke levensomstandigheden toe op vrouwen op het platteland (art. 14 lid 2 onder h). Voor kinderen geldt dat die levensstandaard wordt toegespitst op wat nodig is voor hun ontwikkeling, aldus art. 27 van het Verdrag Inzake de Rechten van het Kind (1989).

In Europa verwijst art. 30 van het herziene Europees Sociaal Handvest (1996) naar het recht op bescherming tegen armoede en sociale uitsluiting, *als doel*, met als regel dat staten verplicht zijn maatregelen te nemen om de ‘daadwerkelijk toegang te bevorderen’ tot werk, huisvesting, onderwijs en zo meer. De Europese Unie, ten slotte, laat zich niet onbetuigd. Art. 34 lid 3 van het EU-Handvest van de grondrechten (2009) noemt bestrijding van sociale uitsluiting en armoede als doel, met het oog waarop een recht op bijstand wordt erkend: ‘Om sociale uitsluiting en armoede te bestrijden erkent en eerbiedigt de Unie het recht op sociale bijstand en op bijstand ten behoeve van huisvesting, teneinde al diegenen die niet over voldoende middelen beschikken een waardig bestaan te verzekeren, onder de door het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden’.

Het is een afzonderlijke studie waard waarom in het ene document wordt gesproken over een recht op bestaanszekerheid en in het ander over bestaanszekerheid als doel. Duidelijk is dat staten worden geacht sociale uitsluiting en armoede te bestrijden. Ook hier betreedt de barmhartigheid het domein van het recht.

Voor zover het om rechten gaat, kunnen deze direct doorwerken in het nationale recht als het een bepaling met rechtstreekse werking betreft of indirect, door middel van volkenrechtconforme uitleg en toepassing van het nationale recht. Of een burger direct rechten kan ontlenen aan een bepaling van het internationale recht, wordt beoordeeld aan de hand van

het nationale of het Europese recht.⁴⁵⁰ Op grond van art. 93 Gw kunnen burgers rechtstreeks rechten ontlenen aan bepalingen die ‘een ieder verbindend zijn’ nadat zij zijn bekendgemaakt. Een bepaling heeft rechtstreekse werking in de zin van art. 93 en 94 Gw, indien zij onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast.⁴⁵¹

Van geen van de hier genoemde verdragsbepalingen is vastgesteld dat er sprake is van rechtstreekse werking jegens de staat, laat staan dat er sprake is van horizontale werking tussen private partijen.⁴⁵²

450. De term ‘volkenrechtconforme uitleg’ is ontleend aan J.W.A. Fleuren, ‘Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter’, in: P.A. Nollkaemper (red.), *De nationale rechter en het internationale recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005, p. 88.

451. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, r.o. 3.5.2 (*Staat/Nietrokersvereniging Can*); R.J. Schutgens, ‘Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen’, AA 2015, p. 308. In sommige gevallen is het Hof van Justitie van de Europese Unie bevoegd om te oordelen of bepalingen van een verdrag rechtstreekse werking hebben. Hier is sprake van in het geval het een ‘gemengd verdrag’ betreft, dat wil zeggen een verdrag waarbij zowel lidstaten als de EU partij zijn, en de EU op het gebied van de betreffende bepalingen van het verdrag al regelgevend is opgetreden.

452. Art. 25 UVRM: ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4259, r.o. 4.1; ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:202, r.o. 4.4.; voor de UVRM als geheel: HR 7 oktober 1984, NJ 1985/247 m.nt. E.A. Alkema r.o. 4.1; HR 23 november 1984, NJ 1985/604 m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2 en HR 23 november 1990, NJ 1991/199, r.o. 3.3; CRvB 16 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ4816. Art. 11 IVESCR: CRvB 26 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1686, r.o. 4.9; CRvB 14 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6843, r.o. 5.4.5: ‘Het beroep op de door betrokkene genoemde bepalingen van het ESH en het IVESCR slaagt evenmin. De Raad heeft reeds in eerdere uitspraken overwogen (...), dat deze bepalingen van het ESH en het IVESCR niet een ieder kunnen verbinden in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Bij deze vaststelling zijn zowel de bewoordingen als de strekking van deze bepalingen in aanmerking genomen alsmede hetgeen ter zake in algemene zin in de Memorie van Toelichting bij de wetten tot goedkeuring van deze verdragen is opgemerkt. Naar het oordeel van de Raad is in genoemde verdragsartikelen sprake van algemeen omschreven sociale doelstellingen waaraan geen onvoorwaardelijk en nauwkeurig bepaalbaar subjectief recht in de vorm van een (afdwingbare) aanspraak op bijstand valt te ontlenen’. Art. 3 IVRK (algemeen: belang van het kind): ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:202, r.o. 4.2.: ‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) is artikel 3 van het IVRK een ieder verbindend in zoverre het ertoe strekt dat bij alle maatregelen betreffende een kind de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat artikel 3, eerste lid, van het IVRK, gelet op de formulering ervan, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Wel dient de bestuursrechter in dit verband te toetsen of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven. Deze toets heeft een terughoudend karakter’.

Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat de bepalingen een richtsnoer moeten zijn voor wetgeving en het handelen van de staat als schuldeiser. Voorts kunnen ze een rol spelen bij het invullen van open normen die tussen schuldeiser en schuldenaar gelden.⁴⁵³

Ondertussen laat het bedrijfsleven zich niet onbetuigd. Uitgenodigd door de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties hebben verschillende bedrijven – Nederlandse en buitenlandse – het zogenaamde *Global Compact* omarmd, waarmee zij zich hebben verbonden ‘to align strategies and operations with universal principles on human rights, labour, environment and anti-corruption, and take actions that advance societal goals’. Onder de na te streven maatschappelijke doelen wordt als eerste het uitbannen van armoede genoemd.⁴⁵⁴ Op wereldwijde schaal betekent dit dat bedrijven letten op het effect van hun werk op armoede, zoals Unilever de maat heeft laten nemen van haar *poverty footprint*: welke bijdrage levert het bedrijf aan de bestrijding van armoede in Indonesië, Vietnam of Zuid-Afrika? Die bijdrage kent vele facetten: werkgelegenheid, adequate beloning, ontwikkeling en verspreiding van essentiële bestaansmiddelen, niet alleen bij Unilever zelf maar ook bij haar toeleveranciers.⁴⁵⁵ Het bedrijf neemt ook zijn toeleveranciers de maat. Het hanteert een *Responsible sourcing policy*, waarin eisen zijn geformuleerd voor het zakendoen met Unilever. Een van die eisen betreft de verplichting om werknemers adequaat te belonen. Volgens de *General Terms and Conditions for the Purchase of Products and Services* van 1 oktober 2016 maken deze eisen deel uit van de overeenkomst:

‘6.1. Supplier acknowledges that it has read the Unilever Responsible Sourcing Policy (the “RSP”) (...) Supplier agrees:
a) that all entities of the Supplier group will comply with the Mandatory Requirements set out in the RSP (the “Mandatory Requirements”); and
b) to take at its own cost any action reasonably required by Unilever to:

453. I.S.J. Houben & H.A. ten Oever bespreken de Europese regels inzake ‘public service obligations’ die een belangrijke rol kunnen vervullen bij het verwezenlijken van sociale grondrechten; ‘EU public service obligations and their potential for human rights protection’, in: M. Hesselman e.a. (red.), *Social-economic human rights in essential public services provision*, Londen en New York: Routledge 2017, p. 133-138.

454. www.unglobalcompact.org/what-is-gc, www.unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/social-poverty, beide geraadpleegd op 13 september 2017.

455. Indonesië: www.unilever.com/Images/es_exploring_the_links_executive_summary_tcm13-387470_tcm244-409734_en.pdf; Vietnam: <http://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/labour-rights-in-vietnam-unilevers-progress-and-systemic-challenges-614926>; Zuid-Afrika: www.unilever.com/Images/es_insead-report220208_tcm13-387469_tcm244-409736_1_en.pdf, geraadpleegd op 13 september 2017.

(i) verify compliance by all entities of the Supplier group with the Mandatory Requirements; and (ii) rectify any non-compliance by an entity of the Supplier group within the timeframe stipulated by Unilever.⁴⁵⁶

Zo klinken in het contract de verdragen door waaraan Unilever zich via het *Global Compact* van de Verenigde Naties heeft gecommitteerd, wat er zij van de vraag of de desbetreffende verdragsbepalingen rechtstreekse werking toekomt en wat er zij van de vraag of die verdragsbepalingen horizontaal effect hebben.

De aanpak van Unilever, armoedebestrijding met behulp van privaatrechtelijke instrumenten, zou ook van betekenis kunnen zijn voor de bestrijding van armoede in Nederland. Van handelspartners zou kunnen worden verwacht dat zij in hun commerciële beslissingen rekening houden met de toegankelijkheid van bepaalde essentiële goederen en diensten, terwijl in de incassopraktijk rekening zou kunnen worden gehouden met de effecten van een strikt contractbeheer en incassobeleid. Zo zou een schuldeiser zijn deurwaarder of incassobureau kunnen instrueren te handelen langs de lijnen van de *Global Code of Enforcement*, in 2015 opgesteld door de *International Union of Judicial Officers*:

‘Article 32: Enforcement on the person of the debtor or his family

... Enforcement on the members of the family of the debtor must be prohibited and the primacy of the interests of the child must be respected.⁴⁵⁷

Zo’n bepaling zou naadloos aansluiten bij art. 3, eerste lid, van het IVRK.

Voor we aan dit soort vragen toekomen, volgt eerst enige aandacht voor het begrip ‘armoede’. De gedachte zou kunnen rijzen dat de verdragen het oog hebben op een fenomeen dat in de Nederlandse context geen betekenis heeft. Niets is minder waar. Na een verkenning van definities van het fenomeen volgt aandacht voor armoedebeleid, om vervolgens de privaatrechtelijke kanten daarvan uit te werken.

456. www.unilever.com/Images/2016-10-global-purchasing-gtcs-english_tcm244-417216_en.pdf.

457. www.uhj.com/en/global-code-of-enforcement_2165010.html, geraadpleegd op 13 september 2017.

5.3 Armoede en armoedebestrijding

Armoede kan worden gedefinieerd aan de hand van de middelen die een persoon heeft.⁴⁵⁸ Een voorbeeld hiervan is de extreme armoedegrens zoals de Verenigde Naties die hanteren. Hierbij leeft een persoon in *extreme* armoede als hij van minder dan \$ 1,25 per dag moet rondkomen.⁴⁵⁹ Wereldwijd betreft dat zo'n 836 miljoen mensen.⁴⁶⁰

Zo'n nominaal bedrag zegt de student die zijn rondje backpacken door Azië doet misschien iets. De definitie van armoede wint aan betekenis indien deze wordt toegespitst op de toegang tot basisbehoeften, en dan blijkt het fenomeen een relatieve betekenis te hebben. De Verenigde Naties verwijzen naar armoede ook als:

‘a condition characterized by severe deprivation of basic human needs, including food, safe drinking water, sanitation facilities, health, shelter, education and information. It depends not only on income but also on access to social services’.⁴⁶¹

Ook de Europese Unie definieert armoede in termen van toegang tot basisbehoeften. In de uitwerking ervan wordt ook gewerkt met het inkomstenbegrip, maar dan in de context van nationale inkomensgegevens. Armoede wordt gemeten aan de hand van drie indicatoren die tezamen worden aangeduid als de AROPE-indicator (de *At Risk Of Poverty or Social Exclusion*-indicator). De eerste indicator is de *at-risk-of-poverty rate* (het armoederisicopercentage). Armen zijn hierbij ‘personen of gezinnen wier middelen zo ontoereikend zijn dat zij uitgesloten zijn van de minimaal aanvaardbare

458. Voor definities van armoede, meten, onderzoek en beleid: J. Haughton & Shahidur R. Khandker, *Handbook on Poverty + Inequality*, Washington DC: The World Bank 2009; A.V. Banerjee e.a. (ed.), *Understanding Poverty*, Oxford: Oxford University Press 2006.

459. Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 25 september 2015, A/RES/70/1, p. 15.

460. Verenigde Naties, *Facts and figures*, te raadplegen op: www.un.org/sustainabledevelopment/poverty/.

461. UN, *Report of the World Summit for Social Development*, Kopenhagen: 1995, p. 38. Ook wordt in dit rapport opgemerkt: ‘Poverty has various manifestations, including lack of income and productive resources sufficient to ensure sustainable livelihoods; hunger and malnutrition; ill health; limited or lack of access to education and other basic services; increased morbidity and mortality from illness; homelessness and inadequate housing; unsafe environments; and social discrimination and exclusion. It is also characterized by a lack of participation in decision-making and in civil, social and cultural life. It occurs in all countries: as mass poverty in many developing countries, pockets of poverty amid wealth in developed countries, loss of livelihoods as a result of economic recession, sudden poverty as a result of disaster or conflict, the poverty of low-wage workers, and the utter destitution of people who fall outside family support systems, social institutions and safety nets.’

leefpatronen in het land waarin zij leven'. Deze armoederisicodrempel is vastgesteld op 60% van het 'nationaal mediaan equivalent beschikbaar inkomen'. De tweede indicator koppelt armoede aan materieel gemis. Iemand is materieel gedepriveerd als hij in minstens vier van de volgende negen behoeftes niet kan voorzien: de huur en de rekening van de nutsbedrijven, verwarming, onverwachte uitgaven, om de dag vlees, vis of ander proteïnerijk voedsel, elk jaar een weekje vakantie, een auto, een wasmachine, een kleurentelevisie of een telefoon. De derde indicator heeft betrekking op mensen met een zeer lage arbeidsintensiteit.⁴⁶² In totaal leven in de Europese Unie 122,3 miljoen mensen 'at risk of poverty or social exclusion'.⁴⁶³

In de Nederlandse context sluit het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) zich aan bij een definitie van armoede in termen van toegang tot basisgoederen en -diensten. Arm is iemand die gedurende een lange tijd niet de middelen heeft om te kunnen beschikken over de goederen en voorzieningen die in zijn samenleving als minimaal noodzakelijk gelden.⁴⁶⁴

Het SCP kent twee minimale standaarden: het basisbehoeftenbudget en het niet-veel-maar-toereikendbudget. Het eerste budget betreft de kosten die zijn gemoeid met de eerste levensbehoeften. Het tweede budget telt daarbij op de kosten voor minimale sociale participatie:

462. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC(2010) 758 definitief, p. 3 en 22-23.

463. Eurostat, *People at risk of poverty or social exclusion*, te raadplegen op: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/People_at_risk_of_poverty_or_social_exclusion.

464. *Armoede in kaart 2016* (rapport van september 2016, SCP), Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2016, te raadplegen via <http://digitaal.scp.nl/armoedeinkaart2016/>, 'Wat is armoede?'. Deze definitie is gebaseerd op vier basisprincipes van armoede zoals onderscheiden in J.C. Vrooman, *Rules of relief. Institutions of social security, and their impact*, Den Haag: SCP 2009, p. 357-364: (1) armoede is gerelateerd aan in de gemeenschap noodzakelijke levensaspecten; (2) armoede impliceert dat het met de aanwezige middelen onmogelijk is toegang te krijgen tot de minimale behoeftes in een gemeenschap; (3) armoede is een tekort in relatie tot een absolute standaard: iemand die geen toegang tot de minimale standaard heeft is arm, ongeacht zijn positie in vergelijking tot anderen in de gemeenschap; (4) een minimale standaard kan worden vastgesteld als de minimale behoeftes van de gemeenschap gewaardeerd kunnen worden in beschikbare middelen.

Het basisbehoeftenbudget en het niet-veel-maar toereikendbudget voor een alleenwonende, 2014 (bedragen in euro's)			
Minimale noodzakelijke kosten		Aanvullende kosten voor sociale participatie	
Huur	375	Bezoek ontvangen	20
Gas en andere brandstoffen	53	Op bezoek gaan	6
Elektriciteit	28	Vakantie	24
Water	9	Uitgaan	17
Inventaris, onderhoud huis en tuin	100	Extra vervoer	7
Telefoon, kabel en internet	51	Hobby en sporten	17
Verzekeringen	40	Bibliotheek	2
Niet-vergoede ziektekosten	20		
Voeding	180	Totaal	92
Kleding	53		
Was- en schoonmaakartikelen	9		
Persoonlijke verzorging	21		
Vervoer	13		
Diversen	20		
Totaal	971		

Armoede in kaart 2016 (rapport van september 2016, SCP), Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2016, te raadplegen via <http://digitaal.scp.nl/armoedeinkaat2016/>, 'Waar ligt de armoedegrens?'

Het basisbehoeftenbudget en het niet-veel-maar toereikendbudget voor diverse huishoudens, 2014 (bedragen in euro's)		
	Basisbehoefte	Niet-veel-maar-toereikend
Alleenstaande	971	1063
Paar zonder kinderen	1330	1460
Paar met 1 kind	1620	1780
Paar met 2 kinderen	1830	2000
Paar met 3 kinderen	2000	2190
Eenoudergezin met 1 kind	1300	1410
Eenoudergezin met 2 kinderen	1470	1610
Eenoudergezin met 3 kinderen	1710	1870

Armoede in kaart 2016 (rapport van september 2016, SCP), Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2016, te raadplegen via <http://digitaal.scp.nl/armoedeinkaat2016/>, 'Waar ligt de armoedegrens?'

In 2014 hadden in Nederland 812.000 mensen (5,1% van de Nederlandse bevolking) minder dan het basisbehoeftenbudget te besteden. In datzelfde jaar hadden 1.202.000 mensen (7,6% van de Nederlandse bevolking) minder te besteden dan het niet-veel-maar-toereikendbudget.

Met betrekking tot langdurige armoede concludeert het SCP dat wie in armoede leeft in 60% van de gevallen hier een jaar later weer uit is. Dit lijkt optimistisch, maar wordt gerelativeerd doordat 40% van deze uitstromers binnen vijf jaar weer in armoede vervalt. Daarnaast beslaat het aandeel langdurig armen (d.w.z. zij die drie jaar of langer arm zijn, gemeten naar

het niet-veel-maar-toereikendcriterium) bijna 55% van de totale groep armen.⁴⁶⁵ Het Centraal Bureau voor de Statistiek concludeert dat er in 2015 maar liefst 626.000 huishoudens (8,8% van de Nederlandse huishoudens) een inkomen onder de lage-inkomensgrens hadden, waarbij de lage-inkomensgrens voor een alleenstaande € 1.030 en voor een echtpaar met twee kinderen € 1.930 bedroeg. Hierbij is het aantal huishoudens dat vier jaar of langer onder deze grens moet rondkomen in 2015 hoger geworden.⁴⁶⁶

In 2000 stelden de Verenigde Naties vast wat de organisatie en haar lidstaten te doen stond in het nieuwe millennium.⁴⁶⁷ Een van de doelen was de uitbanning van extreme armoede en honger, zo lieten de staatshoofden en regeringsleiders weten:

‘We will spare no effort to free our fellow men, women and children from the abject and dehumanizing conditions of extreme poverty, to which more than a billion of them are currently subjected. We are committed to making the right to development a reality for everyone and to freeing the entire human race from want.’⁴⁶⁸

Met het concrete streven:

‘To halve, by the year 2015, the proportion of the world’s people whose income is less than one dollar a day and the proportion of people who suffer from hunger and, by the same date, to halve the proportion of people who are unable to reach or to afford safe drinking water’.⁴⁶⁹

Deze zogenaamde *millennium goals* zijn inmiddels ingewisseld voor *The 2030 Agenda for Sustainable Development*. Daarin zijn nog concretere doelen aangemerkt, naar nationale maatstaven te meten:

‘1.1 By 2030, eradicate extreme poverty for all people everywhere, currently measured as people living on less than \$1.25 a day

465. J.M. Wildeboer Schut & S. Hoff, *Een lang tekort. Langdurige armoede in Nederland* (SCP-rapport van juni 2016), Den Haag: SCP 2016, p. 6-8.

466. ‘Meer huishoudens langdurig onder lage-inkomensgrens in 2015’, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2017, te raadplegen via: www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2017/06/meer-huishoudens-langdurig-onder-lage-inkomensgrens-in-2015.

467. United Nations Millennium Declaration, resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 18 september 2000, A/RES/55/2.

468. United Nations Millennium Declaration, onder 11.

469. United Nations Millennium Declaration, onder 19.

1.2 By 2030, reduce at least by half the proportion of men, women and children of all ages living in poverty in all its dimensions according to national definitions

1.3 Implement nationally appropriate social protection systems and measures for all, including floors, and by 2030 achieve substantial coverage of the poor and the vulnerable

1.4 By 2030, ensure that all men and women, in particular the poor and the vulnerable, have equal rights to economic resources, as well as access to basic services, ownership and control over land and other forms of property, inheritance, natural resources, appropriate new technology and financial services, including microfinance'.⁴⁷⁰

Ook in EU-verband is er aandacht voor de bestrijding van armoede. In de Europa 2020-strategie stelt de Europese Commissie zich ten doel dat 20 miljoen mensen per 2020 uit armoede en sociale uitsluiting zijn geholpen. Ze acht het onacceptabel dat in de 21e eeuw zoveel mensen in armoede moeten leven en ziet bestrijding van sociale uitsluiting en bevordering van sociale gerechtigheid en grondrechten als kerndoelstellingen van de EU, die gebaseerd is op respect voor de menselijke waardigheid en solidariteit.⁴⁷¹

Hoe is het in Nederland? Voor de bestrijding van armoede en schulden heeft de regering Rutte II structureel € 100 miljoen extra vrijgemaakt. Het grootste gedeelte hiervan gaat naar gemeenten die hiermee maatwerk moeten leveren voor mensen die in de financiële problemen zijn gekomen. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid benadrukt het belang van een integrale aanpak met aandacht voor preventie en nazorg.⁴⁷²

Bij deze aanpak is het verbeteren van de schuldhelpverlening een belangrijk punt. Daarnaast komen ook privaatrechtelijke – met name insolventierechtelijke – bijdragen om de hoek kijken: vereenvoudiging van de beslagvrije voet, de implementatie van de Rijksincassovisie, een beslagregister en de invoering van een wettelijk, breed genoemd, moratorium.⁴⁷³

470. Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, 25 september 2015, A/RES/70/1, p. 15.

471. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het Europees platform tegen armoede en sociale uitsluiting: Een Europees kader voor sociale en territoriale samenhang*, Brussel 16 december 2010, SEC(2010) 758 definitief, p. 2.

472. Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 4 april 2016 betreft Rijksincassovisie, reactie op de rapporten van het SCP en Save the Children.

473. Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 24 november 2016 betreft 'Diverse onderwerpen armoede- en schuldenbeleid', p. 10. Zie over het breed moratorium par. 6.4 en de beslagvrije voet par. 7.3.

Bij de bestrijding van armoede zijn aldus de toegang tot basisgoederen en -diensten en de rechtsverhouding tot schuldenaren in het geding. Vanzelfsprekend kan de ergste nood worden gelenigd door het subsidiëren van de essentiële middelen van bestaan, maar beide elementen van armoedebestrijding raken ontegenzeggelijk ook de kernbegrippen van het vermogensrecht.

5.4 De zwarte madonna: verbod van onderscheid

De contractvrijheid is niet absoluut. Er zijn verschillende redenen een partij tot contracteren te dwingen. Een daarvan is de beschikbaarheid van essentiële goederen en diensten veilig te stellen, zoals de energievoorziening of de ziektekostenverzekering.⁴⁷⁴ Die dwang is niet specifiek ingegeven door overwegingen van armoedebestrijding. Integendeel, wanbetaling – ongeacht de achtergrond – kan aanleiding zijn tot het aannemen van een uitzondering op de contractdwang.

Minder verstrekkend is het verbod van onderscheid naar vermogen dat de Belgische wetgever heeft gedefinieerd in een privaatrechtelijke context, bij het leveren van goederen en diensten (art. 3 en 5 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie). De parlementaire initiatiefnemers wisten zich geïnspireerd door art. 21 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat elke discriminatie naar vermogen verbiedt. Ook art. 14 EVRM bood houvast, nu daarin is bepaald dat bij het garanderen van het genot van de in het EVRM vermelde rechten en vrijheden geen ongeoorloofd onderscheid mag worden gemaakt, met ‘vermogen’ als een van de discriminatiegronden. De initiatiefnemers beoogden mensen te beschermen tegen onderscheid op grond van persoonlijke eigenschappen die niet ter vrije keuze zijn.

De Belgische regering diende een amendement in om de discriminatiegrond ‘vermogen’ uit het initiatiefwetsvoorstel te schrappen, om twee redenen:

‘De regering stelt verder ook voor de discriminatiegrond “vermogen” te schrappen vermits haar niet duidelijk is in hoeverre deze kwalificatie verband kan houden met de eigenheid van een individu, noch aan welke maatschappelijke noodzaak dit tegemoet zou komen.’⁴⁷⁵

Het verzet van de regering was tevergeefs. Gedurende het wetgevingsproces werd ‘vermogen’ ingewisseld voor ‘fortuin’, om uiteindelijk toch terug te

474. Waarover I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

475. *Parlementaire Stukken*, Senaat 2001, 2-12/6 (amendement nr. 6), p. 3.

keren in de wet die in 2007 werd ingevoerd. Aldus wordt de categorische uitsluiting van armen verboden.

Dit blijkt ook uit het vonnis van de Rechtbank Namen die op vordering van de voorganger van het Belgische Interfederaal Gelijkekansencentrum een verhuurder op zijn vingers tikte, omdat hij in zijn advertenties als eis stelde dat een kandidaat-huurder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had met een bepaald minimuminkomen.⁴⁷⁶

Deze uitspraak is, voor zover wij kunnen zien, in het tienjarig bestaan van de wet de enige waarin verboden onderscheid naar vermogen is aangenomen. De impact van de wet lijkt dus beperkt. De wet verplicht niet tot contracteren met bepaalde partijen of tot het vaststellen van een bepaalde prijs. Economische ongelijkheid is en blijft een algemeen aanvaard kenmerk van een kapitalistische samenleving.⁴⁷⁷ Het verbod beoogt niet afbreuk te doen aan de contractvrijheid.⁴⁷⁸

De Rechtbank Luik zag daarom in haar uitspraak van 6 mei 2014 door de vingers dat verhuurders niet in zee gingen met een kandidaat-huurder om redenen van financieel onvermogen.⁴⁷⁹ De verhuurders zochten huurders die kapitaalkrchtig genoeg zouden zijn om de huur te betalen en namen

476. Tribunal de première instance de Namur du 5 mai 2015, te vinden op www.armoedebestrijding.be/publications/rechtspraak/besl_rb_namu_20150505.pdf, geraadpleegd op 29 augustus 2017.

477. E. Brems, 'Nieuwe discriminatiegronden in de Wet Bestrijding Discriminatie', in: M. De Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 63. In huuradvertenties zijn referenties aan 'vast inkomen' of 'geen uitkeringstrekker' dan ook strijk en zet; N. Bernard, 'Les lois anti-discrimination et le secteur du logement (privé et social)', in: C. Bayart e.a. (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatie-wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: die Keure/Bruxelles: la Charte 2008, p. 803: 'On a vu ainsi fleurir des annonces locatives (publiées dans les médias grand public tels que Vlan ou Immoweb) annonçant froidement «CPAS s'abstenir» ou encore «personne avec emploi fixe» seulement'. I. Aendenboom, 'De Europese anti-discriminatie-richtlijn en haar omzetting in de Belgische wetgeving. De beschermde criteria vermogen en sociale afkomst', in: Steunpunt tot bestrijding van armoede, bestaansonzekerheid en sociale uitsluiting, *Armoede, Waardigheid en Mensenrechten* 2008, p. 94 ziet de regeling niettemin als 'een goed instrument om onderhandelingen op te starten en tot een oplossing te komen'.

478. In deze zin M. Dambre, 'De Wet Bestrijding Discriminatie en het huurrecht', in: M. De Vos & E. Brems (red.), *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 334-335. A. De Boeck, 'De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht, de contractsvrijheid in het nauw gedreven', in: UFSIA (red.), *Vrijheid en Gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003 wijst op het belang van het 'intuitu personae' karakter van overeenkomsten, p. 426.

479. Tribunal de première instance de Liège 6 mei 2014, te vinden op: www.unia.be/files/Z_ARCHIEF/2014_05_06_trib_liège.pdf, geraadpleegd op 9 oktober 2017.

daarbij de verhouding tussen het inkomen van de huurder en de huurprijs in overweging. Zij weigerden huurders die waren aangewezen op sociale voorzieningen of werkloosheidsuitkeringen. Dit onderscheid is volgens de rechtbank objectief gerechtvaardigd. De zoektocht naar een kredietwaardige huurder is immers een wettig doel en de poging op een objectieve manier de solvabiliteit van kandidaat-huurders in te schatten, is klaarblijkelijk noodzakelijk en passend.

Hetzelfde overkwam een gegadigde voor een huurwoning in Aulnois. Zij werd afgewezen door de makelaar-verhuurder, omdat zij op de loonlijst stond van de *Vierge noire*. Haar inkomen — een tegemoetkoming voor personen met een handicap — was niet voor beslag vatbaar. Het toenmalige Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding wendde zich tot de makelaar-verhuurder. Deze liet weten dat zij honderden mensen aan een huis had geholpen, ook vreemdelingen, *personnes de couleur*, gehandicapten en klanten van de dienst maatschappelijk werk. Zij was slechts op zoek naar solvabele huurders van wie het profiel overeenkwam met de aard en de plaats van de huurwoning. De gegadigde was niet alleen aangewezen op de zwarte madonna; ze had ook nog eens een groot gezin en een reizende *garagiste* als man, een sjaggeraar die auto's opkocht, oplapte en verkocht. Zou zij de huur wel kunnen opbrengen en waar zou haar man al die auto's laten? Er hadden zich andere aspirant-huurders aangediend met een minder riskant profiel. Een van hen kreeg de voorkeur.

Het Centrum grondde de vordering op indirecte discriminatie op grond van handicap. De Rechtbank Bergen wees de vordering af met een motivering die was toegespitst op — juist — de gebrekkige solvabiliteit van de gegadigde en op de 'statuur' van de woning:

'(...) il est parfaitement légitime pour un professionnel de l'immobilier de se soucier de la solvabilité des candidats locataires et de la correspondance de leurs profils respectifs à la nature et à la situation du bien; Qu'il est tout aussi légitime, pour un bailleur, qui confie à un professionnel de l'immobilier la gestion locative d'un bien dont il est propriétaire, d'exiger de celui-ci une sélection rigoureuse sur la base de ces deux critères'.⁴⁸⁰

De vraag rijst waarom het Centrum de vordering niet had gegrond op het verbod van onderscheid naar vermogen bij het leveren van goederen en diensten (art. 2 en 5 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie). Aandacht voor het verbod van onderscheid

480. De uitspraak was op 17 april 2014 te raadplegen op www.diversiteit.be/hof-van-beroep-bergen-16-mei-2013.

naar vermogen had evenwel niet geleid tot een andere uitkomst. De make-laar-verkoper stond klaarblijkelijk open voor de situatie van de gegadigde, want zij tekende haar privéomstandigheden op. Vanuit gelijkebehandelingsperspectief is dat al een hele belangrijke stap. Vervolgens had het verbod hoogstwaarschijnlijk niet in de weg gestaan aan de gehanteerde ‘sélection plus rigoureuse’, omdat het nu eenmaal geen afbreuk doet aan de contractvrijheid. Het verbiedt weliswaar de categorische uitsluiting van armen, maar het verplicht niet tot contracteren met bepaalde partijen of tot het vaststellen van een bepaalde prijs.

Het verbod van onderscheid naar vermogen zoals het is geregeld in België garandeert dus geen rechtstreekse toegang tot essentiële goederen en diensten. Hooguit beperkt het de leverancier in zijn motivering van een afwijzing of, positief geformuleerd, prikkelt het hem de grenzen van zijn potentiële klantenkring ruimhartiger te trekken.

5.5 Het brood van de bisschop: armoede als rechtvaardigingsgrond

Als contractdwang en het verbod van onderscheid naar vermogen geen soelaas bieden, hoe zou een beperking van de eigenaarsbevoegdheden dan wel de essentiële middelen van bestaan onder handbereik kunnen brengen?

Elk individu dient zich bewust te zijn dat hij lid is van een samenleving en dat zijn bestaan en vrijheid slechts zijn verzekerd door die samenleving en de regels, die daar gelden. Dit heeft tot gevolg, aldus Meijers, dat de ene burger van de andere kan verlangen, dat hij zich bij de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden als iemand met sociaal besef gedraagt.⁴⁸¹ Deze fraaie woorden vormen Meijers’ reactie op het betoog van het Kamerlid Zeelenberg over ‘de mens als eigenaar’, dat het nieuwe burgerlijk wetboek het boek moet worden van

‘de mens, die zich rekenschap geeft van de zeer gecompliceerde samenleving om hem heen, die bij de uitoefening van zijn rechten en uitvoering van zijn verplichtingen zijn medemens, wederpartij of derde, respecteert en ontziet’.⁴⁸²

Deze overpeinzingen hebben niet geleid tot herziening van de belangrijkste kenmerken van de eigendom. Volgens art. 5:1 lid 2 BW staat het de eigenaar met uitsluiting van eenieder vrij van zijn zaak gebruik te maken, binnen

481. In C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Algemeen deel, Voorgeschiedenis en algemene inleiding, Deventer-Antwerpen: Kluwer 1961, p. 129.

482. A.w., p. 37.

de grenzen van het geschreven en ongeschreven recht. Volgens art. 3:84 lid 1 BW is voor de overdracht van een goed een geldige titel vereist, lees: het consent van de eigenaar.

In geval van existentiële nood kan diefstal door de beugel, betoogde Thomas van Aquino. Eigenlijk is er dan geen sprake van diefstal, want volgens Thomas heeft iedereen aanspraak op een minimumbestaansniveau. Wie meer heeft dan dat, moet ermee rekening houden dat dit dient om de nood van een ander te lenigen.⁴⁸³ Tegen deze achtergrond kan het volgende krantenbericht worden begrepen:

Muskens: armen mogen brood stelen

Trouw, 3 oktober 1996

Van onze kerkredactie AMSTERDAM – Bisschop M. Muskens van Breda heeft er ‘alle begrip’ voor dat sommige mensen er naast hun uitkering zwart bijklussen. ‘Ik zal niet zeggen: dat moet je niet doen’. Ook een arme die ‘proletarisch winkelt’ wil hij niet hard vallen. ‘De katholieke moraal heeft altijd al duidelijk gemaakt dat als je zo arm bent dat je niet kunt leven, dat je dan een brood mag weghalen uit de winkel.’

Barmhartigheid en positief recht liggen soms verrassend dicht bij elkaar. Louise Ménard stond terecht voor het *Tribunal correctionnel* van Château-Thierry. Ze stond bekend als een harde werker en een goede moeder. Nu was ze zonder werk en ze had een brood gestolen. Zij en haar moeder hadden al 36 uur niet gegeten. De paar druppels melk in huis waren bestemd voor haar twee jaar oude dochter. Het *Tribunal*, bij monde van president Magnaud, verzuchtte:

‘qu’il est regrettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute’.⁴⁸⁴

Le bon juge overwoog dat ieder mens inboet aan oordeelsvermogen in geval van honger en ellende en zo tot op zekere hoogte de grens tussen goed en kwaad uit het oog verliest.⁴⁸⁵ Wanneer iemand zich in zulke omstandigheden te buiten gaat aan een eerste levensbehoefte, verliest de daad – in het strafrecht – zijn ‘frauduleuze’ karakter, zeker als het om een moeder gaat die handelt in het belang van haar jonge kind:

483. Thomas van Aquino, *Summae theologiae*, Questio 66.

484. Tribunal de Château-Thierry 4 maart 1898, *Dalloz* 1899, II, p. 330, m.nt. Louis Josserand.

485. De aanduiding *Le bon juge* komt van G. Clemenceau, ‘Un bon juge’, *L'Aurore* 14 maart 1898 (voorzijde).

‘qu’un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n’agit que par l’impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en oeuvre notre constitution physique; que l’intention frauduleuse est encore bien plus atténuée, lorsqu’aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, come dans l’espèce, le désir, si naturel chez une mère, de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge’.

Wat Louise Ménard deed, deed zij niet uit vrije wil. Daar komt nog bij dat zij de belangen van de bakker niet was vergeten, want ze bood aan zijn schade te vergoeden zodra ze weer werk zou hebben. Daarom ontsloeg het *Tribunal* haar van alle rechtsvervolging. De uitspraak van *le bon juge* hield stand in hoger beroep.⁴⁸⁶

Als vaststaat dat Louise Ménard zich in de strafrechtelijke context op een rechtvaardigingsgrond kon beroepen, betekent dit dat de inbreuk op het eigendomsrecht van de bakker haar onrechtmatig karakter verliest?

De mogelijkheden tot rechtvaardiging zijn in het civiel recht niet beperkt tot de rechtvaardigingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht. In het civiel recht zou immers meer dan in het strafrecht behoefte bestaan aan erkenning van andere rechtvaardigingsgronden dan die welke rechtstreeks uit de wet voortvloeien, vanwege de eventuele onaanvaardbare consequenties van de wettelijke afbakening. De wetgever liet daarom de ontwikkeling van de begrippen overmacht (noodtoestand) en noodweer over aan wetenschap en rechtspraak.⁴⁸⁷

Zo betogen Hartkamp en Sieburgh dat de aanvaarding in een strafrechtelijke context van een beroep op overmacht in de zin van art. 40 Sr – ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen’ – niet per definitie meebrengt dat privaatrechtelijk het onrechtmatige karakter van de daad vervalt:

‘De burgerrechtelijke verhouding tussen partijen [kan] in het geval van art. 6:162 BW meebrengen dat de aanwezigheid van een strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond niet de onrechtmatigheid ontnemt aan de schending van het door het burgerlijk recht beschermde be-

486. Cour d’Appel Amiens 22 april 1989, *Sirey* 1899, II, p. 1, m.nt. J.-A. Roux.

487. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 617.

lang. Beslissend is wat binnen de kaders van de civielrechtelijke rechtsverhouding van de dader geveerd kan worden.⁴⁸⁸

Voorbeeld bij uitstek is de noodtoestand, gedefinieerd als overmachtssituatie waarin de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van hogere orde. Weliswaar kan de aantasting van eens anders eigendom noodzakelijk zijn om een onmiddellijk dreigend gevaar voor het leven of de gezondheid van zichzelf of van een ander op te heffen, maar als het hogere belang degene wiens belang is opgeofferd niet aangaat, vormt de civielrechtelijke rechtvaardiging een probleem.⁴⁸⁹

Ging het de bakker aan dat Louise Ménard, haar moeder en dochter honger leden? Niet per se:

‘Een zaak wordt bij de ene persoon ontvreemd, met de uitsluitende rechtvaardiging dat een andere persoon de zaak, of de geldelijke tegenwaarde ervan, harder nodig heeft. In het algemeen past zeer grote terughoudendheid tegenover dergelijk Robin Hood-gedrag (*“he steals from the rich and gives to the poor”*). Of dan kan worden gesproken van gerechtvaardigd handelen (strafrechtelijk en civielrechtelijk) acht ik niet direct evident.’⁴⁹⁰

Als het wegnemen van het brood in strafrechtelijke zin al zou kunnen worden gerechtvaardigd, dan is dus maar zeer de vraag of deze conclusie privaatrechtelijke navolging verdient. In de zaak van Louise Ménard lag een ontkennend antwoord misschien ook wel voor de hand, omdat de rechter belang hechtte aan het feit dat Louise Ménard de bakker zou compenseren. Er blijft weinig van die motivering over, indien de bakker geen aanspraak zou hebben op de compensatie die hem in het vooruitzicht was gesteld.

De bescherming van autonomie en eigendom zijn dus serieuze drempels voor een rol van het burgerlijk recht bij armoedebestrijding. In het volgende hoofdstuk gaan wij na of onderdelen van verbintenissenrecht meer perspectief bieden.

488. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 89.

489. Asser/Hartkamp & Sieburgh IV-6, nr. 90.

490. M.E. Franke, ‘De rechtvaardigingsgrond in strafrecht en burgerlijk recht’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 516.

Hoofdstuk 6

De armlastige schuldenaar

Prof. mr. A.G. Castermans

6.1 Inleiding

In hoeverre moeten schuldeisers rekening houden met de financieel kwetsbare positie van hun schuldenaar? Financieel onvermogen komt in het vermogensrecht voor rekening van de debiteur:

‘De schuldenaar die zich verbindt, heeft er voor in te staan dat zijn financiële toestand hem in staat zal stellen zijn verplichtingen na te komen; de schuldeiser mag daarop vertrouwen. Een andere oplossing zou in het economische leven onaanvaardbaar zijn.’⁴⁹¹

Het klinkt vanzelfsprekend, maar bij nader inzien zijn er verschillende momenten in de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar aan te wijzen waarin het de schuldeiser wel degelijk wat aangaat hoe de schuldenaar er financieel voorstaat. Voorbeelden hebben betrekking op de totstandkomingsfase van overeenkomsten, in het kader van colportageachtige situaties (par. 6.2) en de informatie- en waarschuwingsplichten van een financiële instelling (par. 6.3). Als het op nakoming aankomt, dan nog blijft financieel onvermogen relevant: het over het randje duwen van de schuldenaar kan misbruik van recht opleveren (par. 6.4). De vermogenspositie van de schuldenaar kan ook aan de orde komen in het kader van de verplichting tot schadevergoeding. Kan financieel onvermogen worden aangemerkt als overmacht (par. 6.5) of aanleiding geven tot matiging (par. 6.6)?⁴⁹²

6.2 Consumentenrecht; the law of the poor?

Ora Lee Williams, appellant, kreeg bezoek van een colporteur van *Walker-Thomas Furniture Co.* Wij leren haar kennen als

491. Asser/ Sieburgh 6-I 2016/355.

492. Par. 6.2 is deels ontleend aan A.G. Castermans, ‘Artikel 6:230u BW: het draagkrachtbeginsel in het contractenrecht’, *AA* 2016, p. 576-577 en par. 6.4 aan A.G. Castermans, ‘In moratorio: het recht op nakoming’, *NTBR* 2017, p. 209-2011; par. 6.3 en 6.6 zijn gebaseerd op M.T. Beumers en A.G. Castermans, ‘Armoede in het burgerlijk recht’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 41-60.

‘a person of limited education separated from her husband, is maintaining herself and her seven children by means of public assistance’

en als vaste klant van *Walker-Thomas Furniture Co*, de *appellee*:

‘During the period 1957-1962 she had a continuous course of dealings with appellee from which she purchased many household articles on the installment plan. These included sheets, curtains, rugs, chairs, a chest of drawers, beds, mattresses, a washing machine, and a stereo set’.⁴⁹³

Zij kocht op krediet, onder de voorwaarde dat afbetalingen pro rata ten goede zouden komen aan de uitstaande schulden en dat de eigendom van het gekochte pas zou overgaan na aflossing van de gehele schuld. Williams sloot in totaal veertien overeenkomsten. De zaken die het eerst waren gekocht zouden dus eigendom blijven van de verkoper tot de schuld volledig was afgelost. Ze raakte achter met betalen. Walker-Thomas Furniture eiste een bed, een ladenkast, de wasmachine en een stereo set terug.

Williams was een eind op streek met aflossen — er stond nog \$ 164 open — toen ze zich liet verleiden tot de aanschaf van een stereo set van \$ 514. Walker-Thomas was van haar financiële situatie op de hoogte:

‘The reverse side of the stereo contract listed the name of appellant's social worker and her \$ 218 monthly stipend from the government. Nevertheless, with full knowledge that appellant had to feed, clothe and support both herself and seven children on this amount, appellee sold her a \$ 514 stereo set’.

De *District of Columbia Court of Appeals* was kritisch, maar zag geen ruimte Williams te beschermen:

‘We cannot condemn too strongly appellee’s conduct. It raises serious questions of sharp practice and irresponsible business dealings. A review of the legislation in the District of Columbia affecting retail sales and the pertinent decisions of the highest court in this jurisdiction disclose, however, no ground upon which this court can declare the contracts in question contrary to public policy. We note that were the Maryland Retail Installment Sales Act, Art. 83 §§ 128-153,

493. Quinn, Associate Judge, in: *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company*, 198 A.2d 914, 916 (1964), http://scholar.google.com/scholar_case?case=5405124315550367436-&hl=en&as_sdt=2006, waarover A. Fleming, ‘The Rise and Fall of Unconscionability as the “Law of the Poor”’, *The Georgetown Law Journal* 2014, Vol. 102:1383.

or its equivalent, in force in the District of Columbia, we could grant appellant appropriate relief. We think Congress should consider corrective legislation to protect the public from such exploitive contracts as were utilized in the case at bar.’

De *United States Court of Appeals District of Columbia Circuit*, aangevoerd door rechter Skelly Wright, wees de zaak evenwel terug, om te laten onderzoeken of er wellicht sprake was van *unconscionability*. Daarvan is sprake, kort gezegd, als de voorwaarden waaronder de overeenkomst is gesloten ‘*unreasonable favorable*’ zijn voor de ene partij en de andere partij weinig te kiezen had.⁴⁹⁴

In een brief beschreef rechter Skelly Wright de uitspraak als onderdeel van een ‘growing area of the law — the law of the poor’. Hij hoopte dat de zaak de weg zou wijzen ‘around the old rules that had “cooperated” in creating and perpetuating the injustice involved in the way many of the poor were required to live in the nation’s capital’.⁴⁹⁵

Het is anders gelopen. In de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw stortten Amerikaanse wetgevers zich op het consumentenkrediet, met als gevolg dat het leerstuk van de *unconscionability* niet de status van *law of the poor* heeft gekregen. Consumentenrecht noch het leerstuk wordt bekeken vanuit armoedeperspectief:

‘Modern proponents of the doctrine of unconscionability rarely invoked the “law of the poor” in its defense. Instead, cutting-edge arguments in favor of unconscionability review rested on insights gathered from behavioral psychology. Consumers (regardless of wealth) were cognitively prone to make irrational decisions sometimes, scholars argued. To correct for such defects in reasoning, the state could justifiably intervene in their bargains.(...) “The law of the poor”, a concept “thick” with social circumstance and history, had no place in this logic.’⁴⁹⁶

Toch is armoede het consumentenrecht ingeslopen. Er zijn dan ook nog steeds handelaren die huis-aan-huis zaken verkopen, zoals stofzuigers van duizenden euro’s, en die daarbij de weg wijzen naar financiële producten

494. J Skelly Wright, in 350 F.2d 445 (1965), http://scholar.google.com/scholar_case?case=9052480984854382590#[2].

495. Geciteerd in A. Fleming, ‘The Rise and Fall of Unconscionability as the “Law of the Poor”’, *The Georgetown Law Journal* 2014, Vol. 102:1383, p. 1385 en 1386.

496. A. Fleming, ‘The Rise and Fall of Unconscionability as the “Law of the Poor”’, *The Georgetown Law Journal* 2014, Vol. 102:1383, p. 1436 en 1437, met verwijzing naar o.m. Oren Bar-Gill en Omri Ben-Shahar, ‘Credible Coercion’, 83 *Tex. L. Rev.* (2005), p. 738-740.

ter financiering van de aanschaf. De consument betaalt de stofzuiger feitelijk niet, maar leent een bedrag dat een veelvoud kan zijn van de prijs van het apparaat.⁴⁹⁷ Die handelaar is het verboden buiten een verkoopruimte een aanbod te doen tot het sluiten van een overeenkomst, indien zij weten of redelijkerwijs moeten vermoeden dat de verplichtingen die daaruit voor de consument kunnen voortvloeien, niet in overeenstemming zijn met diens draagkracht, aldus art. 6:230u BW.

De bepaling, een tamelijk onbeschreven blad, is op 13 juni 2014 in werking getreden.⁴⁹⁸ Bij de introductie ervan liet de regering zich terloops iets bijzonders ontvallen: art. 6:230u BW ‘bevat (...) het zogenaamde draagkrachtbeginsel’.⁴⁹⁹ Dit houdt volgens de regering in ‘dat een handelaar geen aanbod tot het aangaan van een overeenkomst mag doen aan een consument die daartoe financieel niet in staat is’.⁵⁰⁰

De precieze betekenis van de bepaling is ongewis, bij gebreke van richtinggevende jurisprudentie. Zo rijst de vraag of de bepaling ook is geschreven voor de situatie waarin de handelaar het aanbod aan de koper laat. Het schema aanbod en aanvaarding zal hier, zoals gebruikelijk, niet te letterlijk moeten worden genomen. Voorts dient het draagkrachtbegrip te worden uitgewerkt. De rechter zou aansluiting kunnen zoeken bij de rechtspraak over de zorgplicht van banken, waarin Nibud-normen de weg mogen wijzen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een onaanvaardbaar zware financiële last.⁵⁰¹

Wat ‘redelijkerwijs vermoeden’ inhoudt, is wel voorwerp geweest van overweging. Volgens de Minister van Economische Zaken in 1975 was de colporteur niet gehouden ‘tot het instellen van een onderzoek naar de

497. Zie onder meer Rb. Utrecht 8 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6854 en Rb. Utrecht 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT8527.

498. Eerder te kennen uit art. 8 onder a Colportagewet, ingevoerd in 1992. Voor een toelichting op art. 6:230u BW verwijst de regering (*Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 49-50) naar *Kamerstukken* uit 1970/71 over de oude Colportagewet (*Kamerstukken II 1970/71*, 11106, 3), maar wie in die stukken gaat zoeken komt bedrogen uit. Vóór 1992 gold het gedrag van een colporteur die ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat de verplichtingen, welke uit die werkzaamheid kunnen voortvloeien voor de particulier, op wie die werkzaamheid is gericht, niet in overeenstemming zijn met diens draagkracht’ als onbehoorlijk gedrag (art. 1 onder c Aanwijzingsbesluit onbehoorlijk gedrag van colporteurs, *Stb.* 1975, 395). De stukken uit 1970 en 1971 leren ons dus niet zoveel. Een requiem voor de oude Colportagewet is te vinden op <https://willemvanboom.wordpress.com/tag/colportagewet> (een blog van 24 augustus 2015, geraadpleegd op 15 juni 2016).

499. *Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 49.

500. *Kamerstukken II 2012/13*, 33520, 3, p. 49.

501. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, *NJ* 2013/40 (*Van der Heijden/Dexia*) m.nt. J.B.M. Vranken; r.o. 4.1.2.

financiële situatie van degene, die hij tracht te bewegen tot het sluiten van een overeenkomst. Hij dient echter wel met deze bepaling rekening te houden, indien hij uit eigen waarneming of anderszins kennis heeft omtrent de financiële situatie'.⁵⁰² Deze soepele redenering ging misschien op voor colporteurs die langs de deuren gingen en zo bij de wederpartij binnen konden kijken. Nu de bepaling een breder bereik heeft gekregen – al het handelen buiten een verkoopruimte – ligt het meer voor de hand enig onderzoek te doen.

Wat is de sanctie op het overtreden van het verbod een aanbod te doen? Art. 3:40 lid 2 BW dringt zich op: het verrichten van een rechtshandeling in strijd met een formele wet leidt tot nietigheid van die rechtshandeling of vernietigbaarheid indien de bepaling strekt tot bescherming van één partij. Hoe makkelijk deze koppeling van norm en sanctie ook is, het is volgens lid 3 nodig na te gaan of de nietigheid of vernietigbaarheid wel is beoogd.

Een voorganger van art. 6:230u BW werpt licht op de strekking van de bepaling. Ook art. 8 van de Colportagewet verbood het doen van een aanbod. De Commissie Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad bepleitte als sanctie de vernietigbaarheid van de overeenkomst, maar de regering wees deze optie af. Zij voorzag praktische problemen en meende dat de consument al voldoende bescherming genoot tegen eventueel onbehoorlijk gedrag door middel van de afkoelingsperiode – lees: het inroepen van de bedenktijd. Een extra mogelijkheid om de overeenkomst ongedaan te maken zou leiden 'tot een te grote rechtsonzekerheid'.⁵⁰³ De regering ging er dus van uit dat overtreding van het verbod op zichzelf genomen de rechtsgeldigheid van de overeenkomst niet aantast.

Het argument van de rechtsonzekerheid is hierbij niet uitgewerkt. Waaruit zou die bestaan?

De eigendomsverhoudingen liggen vrij duidelijk. De eigendom van de aangewreven stofzuiger ligt na vernietiging van de overeenkomst in beginsel weer bij de handelaar of diens achterman, aangezien de eigendomsoverdracht die volgde op de koopovereenkomst na de vernietiging van de koop een geldige titel ontbeert. Mogelijk moet een derde tegen de onbevoegdheid van de armlastige koper worden beschermd. In de onderlinge verhouding tussen de handelaar en de armlastige koper ligt het voor de hand de handelaar te belasten met het desbetreffende risico, omdat hij nu eenmaal het verbod heeft genegeerd.

502. Nota van toelichting, *Stb.* 1975, 395, p. 3.

503. *Kamerstukken II* 1989/90, 21547, 3, p. 9.

De onzekerheid kan ook te maken hebben met het open karakter van het verbod. De vernietiging kan als een verrassing komen voor de handelaar die onvoldoende alert is geweest op de draagkracht van de consument. Dit argument is evenmin klemmend. Het heeft immers geen rol gespeeld bij de uitbreiding van het publiekrechtelijk instrumentarium waarin inmiddels is voorzien. De Minister van Economische Zaken heeft in een beleidsregel vastgelegd dat in geval van een overtreding van art. 6:230u BW een bestuurlijke boete kan worden opgelegd door de Autoriteit Consument en Markt.⁵⁰⁴ Waarom zou het dan wel aan vernietiging in de weg staan?

Wellicht is de reden om de overeenkomst onaangetast te laten niet zozeer in de rechtsonzekerheid gelegen, maar eerder in de bescherming van de contractvrijheid. Een bank die een potentieel armlastige klant verzuimde te adviseren om van de overeenkomst af te zien, is op deze enkele grond niet gehouden te weigeren de overeenkomst met die klant aan te gaan. 'Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid', aldus de Hoge Raad.⁵⁰⁵ Het is aan eenieder te bepalen of de tijd rijp is eens een gok op betere tijden te wagen. Als dit voor banken geldt, waarom dan ook niet voor handelaren in stofzuigers?

Zonder het vernietigingsinstrument van art. 3:40 lid 2 BW raakt de koper gebonden aan een overeenkomst die hem — gelet op zijn draagkracht — parten kan gaan spelen. Dit illustreert een zaak in Almelo, waarin de rechter het beroep op het verbod afwees op de enkele grond dat de overeenkomst een financieringsvoorbehoud kende.⁵⁰⁶ De daaraan verbonden vervalltermijn van twee weken was verstreken, net als de betalingstermijn, waardoor de koper een contractuele boete van ruim € 5.950 was verschuldigd. De rechter wees de boete toe, zonder enig onderzoek naar de draagkracht.

Zal art. 6:230u BW een bijdrage kunnen leveren aan armoedebestrijding? Potentieel wel. Een actieve Autoriteit Consument en Markt kan handhaven en zo voorkomen dat consumenten boven hun macht grijpen, maar zolang er stofzuigerverkopers zijn die klanten als Ora Lee Williams aan zich weten te binden, komt het op de rechter aan. Het is de vraag of de rechter de ruimte neemt om de elementen van art. 6:230u BW — aanbod, draagkracht en redelijkerwijs vermoeden — uit te leggen in een voor de armlastige consument positieve zin. De bijdrage zal dan nog bescheiden zijn, als de handelaar de werking van het draagkrachtbeginsel kan inpakken in een

504. Art. 2.5 en bijlage 1 van de Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014).

505. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 (*De Treck/Dexia*), r.o. 4.12.2.

506. Rb. Almelo 20 juni 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BA9711, r.o. 6.

fraai financieringsvoorbehoud, rechters niet bereid zijn de overeenkomst in zijn geheel te beoordelen en, uiteindelijk, de overeenkomst haar geldigheid behoudt.

6.3 Zorgplicht van financiële instelling

Zorgen om de vermogenspositie van particuliere partijen liggen voor de hand in de rechtsverhouding tussen financiële instellingen en hun cliënten, zeker sinds complexe, risicovolle financiële producten binnen handbereik kwamen van argeloze beleggers die geld leenden in de hoop en verwachting dat koersstijging en dividend de rente en aflossing zouden overtreffen. Zo gebeurde het dat De Treek — 46 jaar oud, zonder diploma, zonder stabiel arbeidsverleden, met een bijstandsuitkering van netto 1.295,03 *gulden* per maand, waarvan 10% werd ingehouden wegens schulden waarvoor beslag was gelegd — van Dexia een certificaat kocht voor € 2.127,62. Hij behoefde de koopprijs niet meteen te betalen. Hij leasete het certificaat en betaalde daarvoor € 3.317,74, uitgesmeerd over 240 maanden, en dat is dan maar € 22,69 per maand. Maar dit bedrag kwam boven op de prijs van het certificaat. Het ging mis met de betaling van het bedrag en de bank maakte aanspraak op het volle bedrag in één keer. Weliswaar was het certificaat meer waard dan de aanschafprijs, maar toch diende De Treek in één keer € 1.431,07 te betalen. Dexia vorderde in rechte betaling. De zaak kwam voor de Hoge Raad.⁵⁰⁷

De schijnwerper wordt gericht op de zorgplicht van de bank. Hoe had zij het zover kunnen laten komen? Maar ook de armlastige belegger kwam onder de loep. Had hij niet beter moeten uitkijken? In de procedure komen verschillende leerstukken aan bod: de zorgplicht van de bank, het causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade en de eigen schuld van de cliënt.

In het kader van de zorgplicht is er geen aandacht voor de vermogenspositie van De Treek. In de inleidende overwegingen van het *Dexia*-arrest leren wij Dexia kennen als de rechtsopvolger van de naamloze vennootschap Bank Labouchere N.V., die ook handelde onder de naam Legio-Lease. Een introductie van De Treek en zijn vermogenspositie — kenbaar uit het bestreden arrest van het Hof Arnhem — blijft uit. De Hoge Raad refereert niet aan wat het hof ter zake heeft vastgesteld. Hij doet dat evenmin in de inleidende overwegingen over de zorgplicht:

507. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (*GeSp/Aegon*).

‘Op Dexia rust als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten jegens De Treek als particuliere belegger met wie zij een KoersExtra-overeenkomst zal aangaan een bijzondere zorgplicht die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als KoersExtra-overeenkomst te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico’s’ (r.o. 4.8.4).

Als de zorgplicht wordt toegespitst op de onderzoeks- en adviesplicht van de financiële instelling in verband met het inkomen en het vermogen van de cliënt, wordt weliswaar verwezen naar de vermogenspositie van De Treek, maar slechts als object van onderzoek. Het gaat om de vraag of De Treek over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen (r.o. 4.11.4), maar de nadruk ligt bij de zorgen over het nakomen van eigen verplichtingen en niet bij het voorkomen van een armoedeval als zodanig. De waarschuwplicht en de onderzoeksplicht ter zake van de vermogenspositie strekt er niet toe om een armoedeval te voorkomen, maar om

‘particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en vloeit voort uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid de aanbieder van effectenleaseproducten als de onderhavige in de gegeven omstandigheden verplichten’ (r.o. 4.11.5).

Uit een latere, algemeen geformuleerde overweging blijkt waarom:

‘De waarschuwplicht met betrekking tot het restschuldrisico en de verplichting inlichtingen in te winnen omtrent inkomen en vermogen van de potentiële particuliere afnemer hebben een algemeen karakter, dat in belangrijke mate is verbonden met de risicovolle aard van het effectenlease-product dat aan een breed publiek is

aangeboden, en zijn niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer' (r.o. 5.2.1).⁵⁰⁸

De zorgplicht bij het aanbieden aan een breed publiek geldt dan ook niet alleen tegenover armlastige cliënten, maar ook tegenover degene die de betalingsverplichtingen uit de overeenkomst redelijkerwijze zou kunnen dragen, zij het dat een kwetsbare vermogenspositie van de cliënt wel meebrengt dat de bank moet adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (r.o. 5.2.2).

De Hoge Raad lijkt niettemin te hechten aan een van de beginselen die aan het contractenrecht ten grondslag ligt, het autonomiebeginsel. In de kern gaat het hem er om dat de besluitvorming van de cliënt niet mag worden gehinderd door lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, deskundigheid en ervaring. Daarop is de zorgplicht gericht. Het komt erop neer dat de cliënt uiteindelijk gefundeerd moet kunnen *kiezen* voor het risico van een armoedeval. De financiële instelling behoeft niet aan zo'n keuze in de weg te gaan staan:

'De uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht van Dexia gaat niet zo ver dat reeds bij het verzuim te adviseren van de overeenkomst af te zien op haar de plicht zou rusten – steeds of in beginsel – te weigeren de overeenkomst met (een wederpartij als) De Treek aan te gaan. Een andersluidende opvatting zou geen recht doen aan het beginsel van de contractsvrijheid' (r.o. 4.12.2).

De vermogenspositie van een cliënt als De Treek komt wel aan de orde als de vraag rijst of er een causaal verband bestaat tussen het schenden van de zorgplicht en het aangaan van de overeenkomst. Stel dat de bank aan haar zorgplicht had voldaan, zou De Treek dan toch het risicovolle product hebben geleased? Volgens de regels van het bewijsrecht zou hij moeten stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting moeten bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de schade die hij stelt te hebben geleden en de schending van de zorgplicht. De Hoge Raad komt de armlastige cliënt tegemoet door uit te gaan van het bestaan van causaal verband:

'Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is

508. De Hoge Raad herhaalt dit uitgangspunt in HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 (*Van der Heijden/Dexia*) m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2013/41, r.o. 4.3.5.

de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat — behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel — ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten' (r.o. 5.5.2).

Om vervolgens de schade van die armlastige cliënt niet alleen te begroten op de zogenaamde restschuld, maar in beginsel ook op een deel van de al betaalde rente en aflossing (r.o. 5.6.3).

De preciaire vermogenspositie van bijstandsgerechtigde De Treek speelde dus uiteindelijk wél een rol, op verschillende wijzen, zij het pas bij de gevolgen van de schending van de zorgplicht door Dexia. Wij vragen ons af of het onderscheid onvermijdelijk is. Wij zouden menen van niet.

Ten eerste zal het financiële instellingen niet onverschillig laten of ze te maken hebben met iemand met of zonder brede financiële schouders, nu de gevolgen van schending van de zorgplicht ervan afhankelijk zijn. Ten tweede zal het in de gedigitaliseerde contacten toch niet érg ingewikkeld of belastend zijn met de vermogenspositie rekening te houden, althans als we te maken hebben met een cliënt die armlastig is omdat hij voor zijn inkomen is aangewezen op de bijstand en niet omdat zijn vermogenspositie is verscholen achter *Panama papers*.

Ten derde — en dat is belangrijker — bleek na het arrest *De Treek/Dexia* dat de civiele rechter de nodige ruimte heeft te onderzoeken welke omstandigheden van belang zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht in concreto, zonder zich te laten leiden door de specifieke kwalificatie van de overeenkomst. Zo wordt in een uitspraak de aard van de rechtsverhouding uitdrukkelijk in het midden gelaten:

'Niet staat tussen partijen vast wat de inhoud van het contact was, behalve dat de bank X. informatie verstrekke over de mogelijkheden van dienstverlening bij zijn beleggingen. Evenmin staat vast wat zich verder tussen partijen afspeelde totdat X. op 14 juni 2000 een briefje aan Van Huffelen stuurde. Hij signaleerde daarin dat het contact 'plotseling stilgevallen' was en vroeg naar de reden daarvan' (r.o. 3.1 onder iv).⁵⁰⁹

509. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, NJ 2012/95.

In cassatie wordt duidelijk dat de Hoge Raad niettemin de vermogenspositie van de cliënt relevant acht bij de invulling van de zorgplicht, want hij licht ons daarover uitdrukkelijk in:

‘Naast het vermogen uit de verkoop van de winkel beschikte X. uitsluitend over een bescheiden lijfrente en een bescheiden WAO-uitkering. In 2000 bedroeg de totale hoogte daarvan ongeveer € 2.270 netto per maand. X. had zijn vermogen bestemd voor aanvulling van zijn inkomen, oudedagsvoorziening, ondersteuning van zijn zoon voor een eigen zaak en een nieuwe woning (r.o. 3.1. onder ii).

Vervolgens spreekt hij de zegen uit over het door het Hof gehanteerde uitgangspunt:

‘Bij de behandeling van het middel (...) kan vooropgesteld worden dat het — terecht — geen klachten bevat tegen het hiervoor in 3.3.3 en 3.3.5 genoemde oordeel van het hof dat in dit geval op de bank een bijzondere zorgplicht jegens X. rustte als particuliere belegger (...) en dat onderdeel van die zorgplicht vormde dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moest doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van X. (zoals ook wordt voorgeschreven in het door X. ingeroepen art. 28 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999) en dat zij hem diende te waarschuwen voor de bijzondere risico's die aan de handel in opties en futures zijn verbonden, en voor het feit dat de voorgenomen beleggingsstrategie niet paste bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid’ (r.o. 3.4).⁵¹⁰

Zo lijkt duidelijk dat de vermogenspositie van de cliënt wel degelijk relevant kan zijn voor de reikwijdte van de zorgplicht, zelfs ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst. Toch is het belang van die kwalificatie niet van tafel. In een later arrest maakt de Hoge Raad wel onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin de cliënt van een financiële dienstverlener vraagt om een op zijn specifieke situatie toegesneden advies over de wijziging van hypothecaire leningsvoorwaarden in combinatie met effectenleaseproducten, en anderzijds het geval van De Treek waarin een standaardproduct breed wordt aangeboden zonder concreet cliëntcontact. In de eerste situatie mag een hogere graad van dienstverlening worden verwacht dan in het geval van De Treek. Als er een adviesrelatie is, neemt de Hoge Raad bij de

510. De Hoge Raad verwijst naar HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686, NJ 1998/660; HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 en HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251. Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5418, NJF 2016/97, r.o. 3.3.

presentatie van de feiten de inkomenspositie van de cliënt wél mee (r.o. 3.1.ii) en overweegt hij:

‘In een zodanige situatie rust op de dienstverlener een bijzondere zorgplicht, die onder meer behelst dat zij naar behoren onderzoek doet naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem beoogde of toegepaste constructie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Deze plicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid’ (r.o. 3.4.2).

De waarschuwingsplicht ziet dan dus — anders dan in *De Treek/Dexia* — ook op de individuele vermogenspositie van de cliënt. En omdat deze cliënt met het advies in de hand

‘minder snel bedacht hoeft te zijn op en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in niet vermelde risico's dan degene die zich wendt tot een aanbieder van een effectenlease-product als bedoeld in het arrest *De Treek/Dexia*’,

tikt de vermogenspositie ook door in de causaliteitsafweging in het kader van eigen schuld op de voet van art. 6:101 BW (r.o. 3.4.2).

Vanuit het perspectief van de vraag of het burgerlijk recht iets kan betekenen voor het bestrijden van armoede of het voorkomen van een armoedeval, hebben wij te maken met een gemiste kans. De armere cliënt zal het in de regel moeten hebben van die breed uitgezette standaardproducten. Er zal voor déze cliënt niet snel een aanleiding zijn advies te vragen over de specifieke situatie. Een op de vermogenspositie toegesneden zorgplicht lijkt pas te ontstaan als de cliënt ook werkelijk wat te vragen en — dus — als de cliënt wat te makken heeft of had. Zo werkt het, zoals Anatole France schreef, ‘devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain’.⁵¹¹

Het burgerlijk recht kan wat betekenen in de strijd tegen armoede, maar dat vraagt een perspectiefwisseling, onder meer ten aanzien van financiële dienstverlening en standaardproducten. De rechtsontwikkeling zou niet

511. A. France, *Le Lys rouge*, Parijs: Calmann-Lévy 1925, p. 117-118.

alleen gericht moeten zijn op de bescherming van de procedurele autonomie – tegen lichtzinnigheid en ondeskundigheid bij de rechtshandeling – maar ook op de bescherming tegen een dreigende armoedeval.⁵¹²

6.4 Nakoming, misbruik van bevoegdheid en *terme de grâce*

Het recht op nakoming kan een armlastige schuldenaar over de kling jagen. Is het te beperken, om dit ongewenste effect te voorkomen?

Als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser vrij is de nakoming van zijn vordering na te streven, ook als hij zo zou profiteren van het feit dat andere schuldeisers bereid zijn water bij de wijn te doen, aldus de Hoge Raad in de context van een onderneming die op de rand van faillissement verkeert:

‘Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren.’⁵¹³

Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren, maar hiertoe is niet voldoende dat de schuldeiser op de hoogte is of behoort te zijn van de financiële positie van de schuldenaar:

‘Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid

512. Zie T. Hartlief, ‘Armoede in het privaatrecht’, *NJB* 2016/40, p. 2959, met verwijzing naar Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en BES-eilanden, 22 maart 2016, *JOR* 2016/132, m.nt. Frielink. In dat arrest is – in lijn met de *Dexia*-uitspraken – overwogen dat een financiële instelling heeft voldaan aan haar zorgplicht wanneer zij voor het sluiten van de overeenkomst de kredietwaardigheid van de geldlener heeft gecontroleerd en zich over diens leen- en aflossingsgedrag heeft geïnformeerd; r.o. 3.10. De zorgplicht reikt niet zover dat de financiële instelling uit eigener beweging ten gunste van Pietersz de contractueel overeengekomen rente dient te verlagen, slechts omdat de rentestand lager is dan tussen partijen was overeengekomen.

513. HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Groenemeijer/Payroll*), r.o. 3.5.2. Vgl. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, *RvdW* 2017/444, r.o. 3.4.2.

bestaat dat een faillissement, surséance van betaling of schuldsaneringsregeling wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet hoeft te worden gevegd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen. Daarbij moet worden bedacht dat tot de belangen die aan de zijde van de schuldeiser een rol kunnen spelen behoort dat bij een buitengerechtelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris' (r.o. 3.5.3).

Om deze redenen kan daarom slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken.

Van dergelijke omstandigheden was sprake in de rechtsverhouding tussen het in zwaar weer verkerende Vroom & Dreesmann – exploitant van warenhuizen – en Mondia, verhuurder van het warenhuispand in Hengelo. In februari 2014 kwamen V&D (huurder) en Mondia (verhuurder) overeen dat de huur van dat winkelpand per 1 februari 2015 voor vijf jaar zou worden voortgezet voor € 510.000 per jaar. Op 19 januari 2015 liet V&D na weer een slechte winter aan Mondia weten dat haar directie had besloten de komende vier maanden geen enkele verhuurder huur te betalen. Een paar weken later bleek dat alle verhuurders zich hierin – buitengerechtelijk – konden vinden, onder bepaalde voorwaarden, op Mondia en drie andere na. Hierop betaalde V&D een deel van de huur aan Mondia. Mondia vorderde in kort geding volledige nakoming van de huur.

De voorzieningenrechter in de Rechtbank Overijssel wees de vordering toe. Haar overwegingen konden zo worden overgenomen in het dictaat voor een college Inleiding burgerlijk recht: V&D moest gewoon de huur betalen, vanwege de verbindende kracht van overeenkomsten en de contractvrijheid.⁵¹⁴

In hoger beroep bij het Hof Arnhem-Leeuwarden rees de vraag of het bestaan van de vordering van Mondia voldoende aannemelijk was om toewijzing bij voorraad van de door haar gepretendeerde geldvordering te rechtvaardigen. Vervolgens verschoof de aandacht naar de bevoegdheid van de schuldeiser om in beginsel een hem door de schuldenaar aangeboden

514. Rb. Overijssel 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1505, r.o. 4.6.

buitengerechtelijk akkoord te weigeren. De vraag was of Mondia in casu misbruik van deze bevoegdheid maakte. Uiteindelijk werd aangeknoopt bij het *Payroll*-arrest waarin een andere vordering centraal stond: de vordering akkoord te gaan met uitkering van slechts een percentage van de vordering.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden meende dat Mondia misbruik maakte van haar bevoegdheid door volledige betaling te vragen — lees: misbruik van haar recht op nakoming. Aandeelhouders, banken, de Belastingdienst en de meeste andere verhuurders steunden V&D, opdat leveranciers zouden blijven leveren, V&D haar bedrijf draaiend kon houden en 10.000 werknemers uit de wind konden worden gehouden. Mondia profiteerde bovendien van het offer van de andere schuldeisers: zij ontliiep daardoor het ‘bijzonder grote nadeel’ dat zij en de andere verhuurders zouden hebben geleden bij een faillissement van V&D. De stand van de markt voor de verhuur van winkelpanden en in het bijzonder grote panden als bij V&D in gebruik, was niet rooskleurig. Van Mondia mocht dan ook een offer worden verwacht. Veel bracht deze overwinning niet, want luttele dagen na het arrest ging V&D failliet. Het arrest hield stand in cassatie.⁵¹⁵

Biedt deze zaak perspectief voor armlastige schuldenaren die achterstallig zijn met de betaling van de huur van hun woning? Kan er — gelet op een onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat wordt geschaad — ook sprake van misbruik van bevoegdheid zijn indien een vermogend schuldeiser nakoming van de betaling van een forse geldsom vordert ten laste van een schuldenaar die met moeite het hoofd boven water weet te houden? Speelt hierbij een rol dat andere schuldeisers bereid zijn de schuldenaren enige ruimte te gunnen in de nakoming van de afspraken?

Volgens art. 5 lid 1 van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs) kan het College van B&W ten behoeve van natuurlijke personen de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen waarin elke bevoegdheid van de schuldeisers tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet kan worden uitgeoefend, voor een periode van maximaal zes maanden (het moratorium). Het doel is de schuldenaar en de schuldhulpverlener enige tijd te gunnen om orde op zaken te stellen. Uit art. 5 lid 3 Wgs en art. 4 onder e Besluit breed moratorium volgt dat de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode wél verplicht is zijn betalingsverplichtingen uit de huurovereenkomst na te komen, net als zijn betalingsverplichtingen uit de verbintenissen tot het geregeld leveren van gas, water, elektriciteit

515. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, RvdW 2017/444.

en verwarming, tot verzekering van zorgkosten, opstal, wettelijke aansprakelijkheid en motorrijtuigen.⁵¹⁶ Het eerste geval dat onder deze regels is gewezen betreft twee gewezen ondernemers die rond moeten zien te komen van één WIA-uitkering, met een nog minderjarig kind thuis, zestig schuldeisers op hun nek en een schuldenlast van € 28.500,- preferent en € 150.061,20 concurrent.⁵¹⁷ Het breed moratorium ging aan hun neus voorbij.

De rechter prioriteert dus de nakomingsvordering van andere schuldeisers dan de wetgever doet. Wie verhuurt aan commerciële huurders moet rekening houden met een ‘moratorium’. Wie verhuurt aan natuurlijke personen hoeft dat voor lopende huurpenningen niet. Die prioritering zou, op zichzelf beschouwd, kunnen overtuigen, maar twijfel rijst als de prioriteringen met elkaar worden vergeleken. Die twijfel wordt niet weggenomen als de rechter en de wetgever elk de tegenovergestelde keuze hadden gemaakt, of beide een inbreuk op het recht op onmiddellijke nakoming van een opeisbare verbintenis hadden gemaakt.

Als er dan aanleiding is inbreuk te maken op het recht op nakoming, dan is het goed dat de rechter alle betrokken belangen mag afwegen, om vervolgens een geheel of gedeeltelijk moratorium in te lassen. Bij commerciële huurders kan de rechter dus gewicht toekennen aan het belang van de 10.000 werknemers van V&D, ten nadele van de huisbaas. Bij hoeveel werknemers zou de balans doorslaan naar de verhuurder? Valt de afweging anders uit als er sprake is van een monumentaal warenhuis en van een verhuurder die het behoud van monumenten beoogt?⁵¹⁸ Had de rechter het ‘offer’ van de financiers van V&D anders moeten beoordelen als zij hebben geprofiteerd van de verkoop in 2006/2007 van al het onroerend goed waarin de V&D-bedrijven gevestigd waren, voor een totaalprijs van € 1,3 miljard?⁵¹⁹ Het beantwoorden van deze vragen is niet gemakkelijk, maar laat dat vooral zo zijn omdat het recht op nakoming zo belangrijk is en niet omdat de variatie van feiten en omstandigheden oneindig is.

Zou het niet beter zijn als de rechter ook bij particuliere huurders alle betrokken belangen zou mogen afwegen? In plaats van *coûte que coûte* de lo-

516. Besluit van 6 maart 2017 tot invoering van een afkoelingsperiode voor natuurlijke personen ter stabilisering van hun financiële situatie alsmede tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 5 van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Besluit breed moratorium), *Stb.* 2017, 83.

517. Rb. Amsterdam 8 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3259. Zie ook, met uitgebreide motivering, Rb. Gelderland 26 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3497.

518. Rb. Oost-Brabant 8 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2001 (*Stichting tot behoud van monumenten Laurentius en Petronella/V&D*).

519. Rb. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899.

pende vorderingen van het waterleidingbedrijf en de woningbouwvereniging buiten het moratorium te houden, zou hij oog kunnen hebben voor de maatschappelijke impact van het feit dat inwonende kinderen verstoken blijven van water of met hun ouders het huis uit moeten. De rechter zou de afweging breder kunnen trekken, door in beschouwing te nemen dat er in 2013 8.223 waterafsluitingen waren⁵²⁰ en 6980 huisuitzettingen door woningbouwcorporaties.⁵²¹ Hoeveel minderjarige kinderen hierbij waren betrokken, is niet bekend. Het zou alle betrokkenen moeten interesseren. Bij alle maatregelen betreffende kinderen dienen de belangen van het kind immers de eerste overweging te vormen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen (art. 3 lid 1 van het Verdrag inzake de rechten van het kind). Volgens datzelfde verdrag hebben kinderen recht op zuiver drinkwater (art. 24 lid 2 onder c) en dienen de lidstaten te voorzien in programma's voor materiële bijstand en ondersteuning, met name wat betreft huisvesting. Klakkeloze toepassing van art. 4 onder e Besluit breed moratorium — niet alleen in die ene zaak, maar in alle vergelijkbare zaken — verdient dan ook geen aanbeveling indien er kinderen in het geding zijn. Het arrest *Mondia/V&D* biedt de rechter een aanknopingspunt om de bepaling zo nodig buiten toepassing te laten.⁵²²

De inbreuk op het recht van nakoming van de schuldeisers wordt uiteindelijk gerechtvaardigd door de hoop en verwachting dat zowel de schuldeisers als de beknelde schuldenaren en naast betrokkenen er op lange termijn iets mee opschieten dat de schuldenaar niet meteen over de kling wordt gejaagd en enige tijd de ruimte krijgt orde op zaken te stellen. In de context van huur geldt dat voor commerciële en particuliere huurders gelijk.

De vraag is wat de inbreuk precies inhoudt. In gevallen die vallen onder een breed moratorium gaat het in wezen om het uitstellen van de opeisbaarheid. In *Mondia/V&D* dreigt een verdergaande ingreep, de gebondenheid aan een akkoord dat de vordering zelf aantast. In beide gevallen is er geen sprake meer van een *terme de grâce*, want het gaat niet louter om een gunst

520. Brief van de Minister van Infrastructuur en Milieu van 27 augustus 2014 (beantwoording Kamervragen lid Smaling (SP)) aan de Tweede Kamer.

521. Ontleend aan www.aedes.nl/feiten-en-cijfers/bewoners/hoeveel-huisuitzettingen-zijn-er-per-jaar/expert-hoeveel-huisuitzettingen-zijn-er-per-jaar.html; in 2016 waren in 5% van de gevallen kinderen betrokken, voor zover bekend (van 59% van de huisuitzettingen was niet bekend of er kinderen in het geding waren).

522. Deurwaarders, volgens artikel 32 van hun *Global Code of Enforcement*, nemen zich wel voor de belangen van kinderen voorop te stellen; zie par. 5.2.

die aan de schuldenaar van een opeisbare schuld wordt verleend.⁵²³ De *terme de grâce* is veranderd in een *terme de droit*. In *Mondia/V&D* vond het Hof Arnhem-Leeuwarden de grondslag daarvoor in art. 3:13 BW, misbruik van recht. Indien de inbreuk zou worden beperkt tot het uitstellen van de opeisbaarheid, zou, gelet op het mildere karakter ervan vergeleken met een ingreep in de inhoud van de vordering, een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen volstaan.⁵²⁴

6.5 Overmacht

Geldelijk onvermogen is geen reden voor het aannemen van overmacht, aldus Sieburgh:

‘Algemeen wordt aangenomen dat het geldelijk onvermogen van de schuldenaar geen beroep op overmacht rechtvaardigt, ook al zou de debiteur geheel buiten zijn schuld in die toestand zijn geraakt en al zou een en ander ook destijds niet te voorzien zijn geweest. (...) De schuldenaar die zich verbindt, heeft er voor in te staan dat zijn financiële toestand hem in staat zal stellen zijn verplichtingen na te komen; de schuldeiser mag daarop vertrouwen. Een andere oplossing zou in het economische leven onaanvaardbaar zijn.’⁵²⁵

523. Over de *terme de grâce* Asser/Sieburgh 6-I 2016/249.

524. Regelmatig wordt gesteld dat de maatstaf misbruik van bevoegdheid strengere eisen stelt dan de maatstaf van redelijkheid en billijkheid. Vgl. o.m. P. Rodenburg, *Monografie* 524. NBW A4, Deventer: Kluwer 1985, p. 64 en G.J. Rijken, *Monografie* NBW A5, Deventer: Kluwer 1994, p. 59/60. In zijn arrest HR 5 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9000, NJ 1990/728 (*Philip Morris/B.A.T.*) overweegt de Hoge Raad ook dat de maatstaf van misbruik van bevoegdheid zwaardere eisen stelt aan de stelplicht dan de maatstaf van de goede trouw. Kritisch over dit arrest is overigens W.L. Valk (NJB 1995, p. 1089/1090) die stelt dat er geen wezenlijk onderscheid is in de aan te leggen toetsingsmaatstaf tussen misbruik van recht en redelijkheid en billijkheid. Zie ook M.M. Stolp, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501 e.v. In het arrest HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1280, NJ 2012/411 (*Van der Vliet/Stichting Berregratte*) overweegt de Hoge Raad echter dat misbruik van bevoegdheid een ‘beperkttere’ maatstaf is (r.o. 3.4). Of de opzegging van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd geoorloofd is dient volgens de Hoge Raad beoordeeld te worden aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid: opzegging kan onder omstandigheden slechts mogelijk zijn indien daarvoor een zwaarwegende grond bestaat (de maatstaf voor opzegging van duurovereenkomsten uit HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685). Het Hof toetste ‘uitsluitend aan de hand van de maatstaf of Berregratte misbruik heeft gemaakt van haar opzeggingsbevoegdheid’ en gaf daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat die maatstaf te beperkt is. Zie verder over misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A-5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 49.2.

525. Asser/Sieburgh 6-I 2016/355. Zie ook: G.T de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbindtenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 177.

Zo leverde Psimitis medische en elektronische apparatuur aan Griekse ziekenhuizen. De Griekse overheid bleef achter met betalen. Op 3 augustus 2010 gaf deze bij wet staatsobligaties uit om openstaande schulden van openbare ziekenhuizen aan leveranciers te voldoen, waaronder Psimitis. Psimitis raakte in liquiditeitsproblemen en kon haar leverancier Medtronic niet tijdig betalen. Psimitis en Medtronic troffen op 28 juli 2011 een regeling met het oog op die problemen. In februari 2012 waardeerde de Griekse overheid eenzijdig de obligaties met 53,5% af. Medtronic vorderde betaling op grond van de getroffen betalingsregelingen. Het beroep van Psimitis op overmacht werd verworpen. De omstandigheid dat een ondernemer door betalingsproblemen van zijn debiteuren zelf in betalingsproblemen geraakt komt naar verkeersopvattingen voor risico en rekening van die ondernemer.⁵²⁶

Het is de introductie van de objectieve leer van overmacht als heersende leer die ons zover heeft gebracht. In de subjectieve leer kon nog worden opgetekend dat de subjectieve onmogelijkheid de schuldenaar vrijstelde van de verplichting schade te vergoeden, mits de onmogelijkheid niet voortvloeide uit een hem verwijtbare normschending (schuld). Daaronder werd mede verstaan de situatie waarin nakoming voor de schuldenaar onmogelijk was geworden, bijvoorbeeld omdat hij ziek was geworden of – bij geldschuld – tot algehele armoede was vervallen.⁵²⁷

Is er aanleiding deze ontwikkeling terug te draaien? Inmiddels zijn er allerlei instrumenten om de armlastige schuldenaar tegemoet te komen, bijvoorbeeld door de inzet van een breed moratorium of van artikel 284 Fw e.v. (Wet schuldsanering natuurlijke personen). Als bovendien gebruik wordt gemaakt van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid om de opeisbaarheid van een vordering uit te stellen, dan is er geen aanleiding tot de inzet van een zo ver strekkend middel als het niet toerekenen van de tekortkoming van de schuldenaar.

6.6 Matigingsbevoegdheid: art. 6:109 BW

Levert geldelijk onvermogen geen overmacht op, iets anders is dat financieel onvermogen van de schuldenaar wél een relevante factor kan zijn bij de hantering van een rechterlijk matigingsrecht, aldus Sieburgh.⁵²⁸ Niets is minder waar. De introductie van het rechterlijk matigingsrecht stond van meet af aan in het teken van het draagkrachtbeginsel.

526. Hof Den Bosch 17 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4581, r.o. 3.10 slot.

527. Asser/Sieburgh 6-I 2016/334, voortbouwend op Asser/Rutten, *Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 241.

528. Asser/Sieburgh 6-I 2016/355.

De regering voorzag dat in het moderne, naoorlogse maatschappelijke verkeer een geringe fout grote schade zou kunnen veroorzaken. Aansprakelijkheid voor de volledige schade zou dan desastreuze gevolgen kunnen hebben voor de schuldenaar: het zou de grondslag aan zijn economische bestaan volledig kunnen ontnemen.⁵²⁹ Hierop werd het ontwerp van een rechterlijke matigingsbevoegdheid toegesneden:

‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding de schuldenaar in een noodtoestand zou brengen, kan de rechter de schadevergoedingsplicht matigen, tenzij de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt.’⁵³⁰

De bevoegdheid had dus een sociaal doel. Verschillende auteurs in de dagen van het ontwerp deden daarbij met zoveel woordeneen beroep op barmhartigheid.⁵³¹

Maar lopende het wetgevingsproces zag de Algemene Bijstandwet het licht, waaraan de hoop en verwachting werden ontleend dat de rechter de matigingsbevoegdheid nooit nodig zou hebben om een individuele burger voor economische ondergang te behoeden. Die zou uiteindelijk altijd de eindjes aan elkaar kunnen knopen met zijn aanspraak op sociale voorzieningen.⁵³² Zo ontstond ruimte voor een algemene matigingsbevoegdheid, neergelegd in het huidige art. 6:109 lid 1 BW:

‘Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.’

529. TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 440.

530. Ontwerp-Meijers, art. 6.1.9.7.

531. S. Royer, *HNJV 1964*, II, p. 30-33 en G.J. Scholten, *De beperkingen van aansprakelijkheid met het gehele vermogen en de matigingsbevoegdheid van de rechter* (rede Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 18 en 19. Kritisch over de verwijzing naar barmhartigheid: C.D. Boeschoten, *HNJV 1964*, II, p. 42, P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Mon. BW nr. A16), Deventer: Kluwer 2014, nr. 11, p. 14-16 en H.C.F. Schoordijk, ‘Boekbespreking *Rechterlijke matiging van schulden* van P. Abas’, *WPNR 1984/5719*, p. 715-717. Later wees H.J. Snijders op de barmhartigheid, in een wellicht geëvolueerde gedaante, die van menselijkheid of socialiteit, ter invulling van de redelijkheid of billijkheid: ‘Enige vragen bij schadevergoeding naar draagkracht ex art. 6:109 BW’, in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht* (Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 263-274.

532. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 451.

Deze bevoegdheid dient als ultimum remedium voor gevallen waarin volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.⁵³³ Daarbij staat niet langer louter de economische situatie van de debiteur centraal. De rechter moet de draagkracht van beide partijen in ogenschouw nemen.⁵³⁴ Wordt deze afweging in de praktijk ook gemaakt?

Een schoolvoorbeeld is de zaak van Van den Boom die als onderaannemer was belast met het toezicht op de werkzaamheden op de A12. Hij had nagelaten de waarschuwborden aan te zetten, als gevolg waarvan een vrachtwagenchauffeur op een van de werkauto's botste en overleed. De verzekeraar van de vrachtwagenchauffeur, Nationale Nederlanden, vergoedde de schade van de nabestaanden en zocht vervolgens verhaal op Van den Boom. Het hof overwoog dat onderaannemers als Van den Boom in de regel niet verzekerd zijn voor de schade zoals in dit geval was geleden. Verder overwoog het hof dat, wanneer de schade werd betaald door Nationale Nederlanden, de kosten zouden worden gedragen door het collectief van verzekerden. Wanneer de kosten echter bij Van den Boom zouden worden neergelegd, zou zijn gehele opgebouwde spaartegoed en dat van zijn vrouw verloren gaan. Daarom matigde het hof de schadevergoedingsplicht van ruim € 35.000 naar € 20.000.⁵³⁵

Van een afweging van beide vermogensposities was ook sprake in de zaak waarin een bestuurder jegens een vennootschap aansprakelijk was voor het onttrekken van geld aan de onderneming:

‘De gestelde slechte financiële situatie van [de bestuurder] en zijn familie leidt niet tot een ander oordeel. Daarbij komt dat de werkmaatschappij zelf ook in financiële problemen verkeert of heeft verkeerd, nu het onttrokken bedrag bijna de jaaromzet van de werkmaatschappij bedraagt en er (naar door Barkel Holding c.s. onweersproken is gesteld) als gevolg van die onttrekkingen schulden van de werkmaatschappij aan derden zijn ontstaan.’⁵³⁶

In andere gevallen gaan lagere rechters bepaald slordig om met de opdracht rekening te houden met de draagkracht van *beide* partijen. Een arts ver-

533. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 449 en HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2913, NJ 1999/510, r.o. 3.3.2. De bepaling is kritisch ontvangen, prominent door C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.

534. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 450-451. Eerder al was verdedigd dat bij de eventuele matiging de belangen van zowel de schuldenaar als de schuldeiser te betrekken. Zie: VV II (p. 442) en Rapport aan de Koningin (p. 446), *Parl. Gesch. Boek 6*.

535. Hof Den Haag 7 juni 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BA1320, VR 2007/40. Het hof nam op de koop toe dat niet was uitgesloten dat Van den Boom regres had op andere aansprakelijke partijen.

536. Rb. Noord-Holland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2106, r.o. 4.17.

krachtte een zwangere patiënte. De aanspraak op schadevergoeding van het slachtoffer werd gematigd vanwege de slechte financiële situatie waarin de arts verkeerde. De rechtbank overwoog dat:

‘(...) het gezinsinkomen in de jaren na augustus 1987 zeer bescheiden is geweest en dat hij er nog steeds niet in geslaagd is een vaste werkring te vinden. Gedaagde heeft verklaard dat het voor hem erg moeilijk is om in Nederland werk te vinden zolang nog geen einde is gekomen aan de strafzaak en de tuchtzaak en dat ook het vinden van werk in het buitenland niet gemakkelijk is. Dit alles komt niet onaannemelijk voor en daarmee dient dan ook rekening te worden gehouden’.⁵³⁷

De rechtbank schonk geen enkele aandacht aan de vermogenspositie van de verkrachte patiënte. Daarmee is het vonnis geen unicum. Er zijn meer uitspraken waarin de draagkracht van alleen de dader een rol speelt in de motivering van de matiging.⁵³⁸ Een slachtoffer van huiselijk geweld moest genoeg nemen met een gematigde schadevergoeding vanwege het financiële onvermogen van haar ex-man, zonder dat haar financiële positie in het oordeel werd betrokken.⁵³⁹ Een mishandeld meisje overkwam hetzelfde. Zij was net als de dader woonachtig in een AZC. De dader kon het schadebedrag niet volledig voldoen, aangezien hij bij gebreke van een verblijfsstatus geen inkomsten kon verwerven. De rechter wijdt geen woord aan de vraag hoe warm het slachtoffer er zelf bij zat; klaarblijkelijk deed dat er niet toe.⁵⁴⁰

In het geval van een aanrijding waarbij de duopassagier van de bestuurder ernstig letsel opliep, werd de aanspraak op schadevergoeding gematigd tot € 40.000. Slechts de beperkte draagkracht van de bestuurder werd in beschouwing genomen:

‘Anders dan Axa heeft aangevoerd, leidt het feit dat de ouders van [bestuurder] eigenaar van een koopwoning zijn (zonder dat Axa overigens een indicatie van de waarde daarvan heeft gegeven) niet onomstotelijk tot de conclusie dat [bestuurder] ingeval van overlijden

537. Rb. Amsterdam 16 mei 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AL773, VR 1991/69, r.o. 4.

538. Rb. Haarlem 4 mei 1993, *Nemesis* 1993/348, r.o. 5.10; Rb. Almelo 12 januari 1994, *Nemesis* 1995/530, r.o. 8; Rb. Middelburg 1 maart 1995, *Nemesis* 1995/532, r.o. 4.4; Hof Amsterdam 13 april 1995, *Nemesis* 1996/576, r.o. 4.16 en Rb. Den Bosch 4 april 1997, *Nemesis* 1998/1019, r.o. 2.8.

539. Hof Amsterdam 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6571, r.o. 4.8. Vgl.: Rb. Den Haag 1 april 1998, *Prg.* 1998, p. 425; Rb. Zutphen 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0583, r.o. 3.6 en Rb. Haarlem 19 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM8554, *Prg.* 2010/156, m.n. P. Abas, r.o. 4.

540. Hof Den Bosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9617, r.o. 4.12.

van zijn ouders een substantieel vermogen zal erven. [bestuurder] is thans werkzaam als verkoopmedewerker bij een bouwmarkt. Gesteld noch gebleken is dat [bestuurder] (thans 22 jaar oud) een opleiding heeft genoten dan wel volgt waarmee hij in de toekomst aanzienlijk meer inkomen kan verdienen dan thans blijkt de door [bestuurder] bij akte als productie 3 overgelegde loonstrook het geval is (netto € 1.085,63 per maand + € 50,- onbelaste reiskostenvergoeding). Een en ander is aanleiding om de regresvordering van Axa, ten aanzien van de hoogte waarvan thans nog geen inzicht bestaat, hoe dan ook te matigen tot een bedrag van € 40.000,- (inclusief eventuele rente en kosten). Hierbij is uitgegaan van een aflossingscapaciteit van [bestuurder] van € 1.000,- (inclusief eventuele rente en kosten) per jaar gedurende (een substantieel deel van) zijn arbeidzame leven. Geen rekening wordt gehouden met het feit dat [bestuurder] thans geen, dan wel beperkte woonlasten heeft omdat hij nog bij zijn ouders inwoont omdat het niet in de lijn der verwachting ligt dat [bestuurder] nog lang bij zijn ouders zal inwonen. In het slechtste geval komt het er op neer dat [bestuurder] gedurende 40 jaar moet aflossen op bedoelde schuld, hetgeen in de gegeven omstandigheden niet onaanvaardbaar voorkomt. Anders dan Axa heeft betoogd, is het toepassen van matiging in het onderhavige geval niet in strijd met de ratio van artikel 6:109 BW.⁵⁴¹

Het beroep op matiging wegens de geringe draagkracht van de dader is ook in veel gevallen afgewezen. In deze geschillen wees de rechter het beroep eerst en vooral af vanwege de ernst van het begane feit. Opnieuw werd de vermogenspositie van de slachtoffers niet uitdrukkelijk in de overweging betrokken.⁵⁴² Ook is met enige regelmaat overwogen dat het enkele financiële onvermogen van een schuldenaar onvoldoende gewicht in de schaal legt om schadevergoeding te matigen, maar ook in deze gevallen werd niet stilgestaan bij de vermogenspositie van de schuldeiser.⁵⁴³

541. Rb. Zutphen 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ0583, r.o. 3.6.

542. Seksueel misbruik: Rb. Utrecht 5 februari 1992, ECLI:NL:RBUTR:1992:AB9047, VR 1992/134, r.o. 4.9 en Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AI1976, NJ 2003/500, r.o. 4.15. Mishandeling: Rb. Den Haag 12 februari 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AL8877, VR 1998/68, r.o. 14.2 en Rb. Zwolle 18 maart 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AI9722, Prg. 1998/4991, r.o. 3.5. Andere gevallen: Hof Leeuwarden 7 juli 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ2253, r.o. 7; Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:657, r.o. 4.55.

543. M.b.t. mishandelingen: Rb. Amsterdam 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ7581, VR 2010/89, r.o. 2.12 en Hof Den Bosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2269, r.o. 15.15.2. In andere gevallen: Rb. Utrecht 9 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC1295, S&S 2009/124, r.o. 4.45 en Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4448, r.o. 4.22.

In andere zaken is wel degelijk óók de draagkracht van de schuldeiser in het oordeel van de rechter betrokken.⁵⁴⁴ Rechtbank Haarlem leek zich bijvoorbeeld goed bewust van het belang van de draagkracht van de schuldeiser, een gesubrogeerde verzekeraar, bij de beoordeling van een matigingsverzoek voor de schadevergoeding die een jongeman was verschuldigd vanwege opzettelijke brandstichting:

‘De wederzijdse draagkracht en de verhouding van [gedaagde] tot de gesubrogeerde brandverzekeraars geven wel aanleiding tot matiging. [gedaagde] heeft onweersproken gesteld dat hij als gevolg van de detentie zijn opleiding niet heeft afgemaakt en dat hij, nadat hij vrijkwam onmiddellijk aan de slag is gegaan als betonvlechter en dat hij ongeveer EUR 200,- per week netto verdient.’⁵⁴⁵

Ook de Rechtbank Amsterdam matigde een schadevergoeding uit wanprestatie — de prestatie tot het schuren en lakken van een houten vloer was gebrekkig nagekomen — van ruim € 6.000 tot nihil. De rechtbank nam in haar beoordeling niet alleen mee dat de schuldenaar arbeidsongeschikt was en slechts geringe inkomsten uit een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, maar ook dat de schuldeiser een professionele partij was die zich bovendien tegen de schade had kunnen verzekeren.⁵⁴⁶

De verkenning van de toepassing van art. 6:109 BW laat dus een wisselend beeld zien. In bepaalde gevallen wordt duidelijk een afweging gemaakt tussen de draagkracht van de schuldenaar en de schuldeiser, zoals de wetgever het uiteindelijk voor ogen stond. In andere gevallen is uitsluitend het financieel onvermogen van de schuldenaar, veelal een veroordeelde van een gewelds- of zedendelict, doorslaggevend om tot matiging over te gaan. Deze afwijkende toepassing neigt veel meer naar de oorspronkelijke gedachte van het ontwerp-Meijers: aansprakelijkheid moet de schuldenaar niet zijn bestaansmogelijkheden volledig ontnemen. Ook de verschillende

544. Rb. Arnhem 20 februari 1997, *Nemesis* 1997/755; Hof 's-Gravenhage 20 februari 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:A07376, NJ 2004/378, r.o. 7-15, Rb. Amsterdam 25 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL5243, r.o. 4.19-4.21, Hof Amsterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9488, r.o. 3.21 en ook in Rb. Arnhem 6 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9358, r.o. 4.22 wordt de draagkracht van het slachtoffer expliciet meegewogen: ‘Aannemelijk is dat ook [eiser] niet over grote draagkracht beschikt, terwijl de schade van [eiser] het gevolg is van een ernstige mishandeling door [gedaagde]. Het beroep op matiging wordt dus verworpen.’

545. Rb. Haarlem 26 september 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BD5747, r.o. 4.19. Dit vonnis wordt in appel vernietigd, omdat de rechter onvoldoende rekening had gehouden met het feit dat er sprake was van opzet.

546. Rb. Amsterdam 7 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7527, r.o. 17. Het vonnis hield in hoger beroep geen stand: Hof Amsterdam 6 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2124. Vgl. met de overweging van de Rechtbank Amsterdam: Rb. Leeuwarden 26 november 2003, ECLI:NL:RBLLE:2003:AR7136, *S&S* 2004/112, r.o. 7.

malen aangenomen uitzondering voor het geval de schade door opzet of grove roekeloosheid van de schuldeiser is veroorzaakt — past in de opzet van het ontwerp-Meijers.

Het gaat bij de afwijkende toepassing niet om ongelijkheidscompensatie, maar om bescherming tegen armoede ten koste van schuldeisers. Vanuit het perspectief van armoedebestrijding is deze toepassing van art. 6:109 BW verdedigbaar. Sinds de invoering van de Algemene Bijstandswet is de sociaaleconomische situatie in Nederland veranderd. De verwachting dat de rechter nooit zou toekomen aan het gebruik van de matigingsbevoegdheid, omdat het niet langer zo kon zijn dat aansprakelijkheid de grondslag van iemands economische bestaan volledig zou kunnen ontnemen, is gewoonweg niet uitgekomen.

De eventuele preciaire vermogenspositie van het slachtoffer blijft buiten beeld. Door matiging van de vordering mist het slachtoffer de ruimere financiële verlichting op termijn, als de dader in betere doen zou raken. Indien evenwel geen uitzicht bestaat op betere tijden voor de dader, doet matiging *feitelijk* geen afbreuk aan de positie van het slachtoffer, hoe wrang dit ook klinkt.

6.7 Uitgestelde opeisbaarheid

Hoe kan de armlastige schuldenaar worden tegemoetgekomen? Duidelijk is geworden dat de geringe draagkracht van de ene partij de inhoudelijke verplichtingen van de andere partij kunnen vergroten en zelfs gevolgen kunnen hebben voor procesrechtelijke regels (par. 6.2 en 6.3).

Uitgaande van het bestaan van een schuld kan er aanleiding zijn de vordering te matigen (par. 6.6), maar daaraan kleven bezwaren. Dat geldt niet alleen voor de situatie waarin de zwakke vermogenspositie van de schuldeiser aanleiding zou moeten zijn af te zien van matiging. Meer in het algemeen kan worden volgehouden dat het willekeurig kan uitpakken wanneer de vordering van één schuldeiser wordt gematigd, zonder oog te houden op het bestaan en de verantwoordelijkheid van andere schuldeisers van dezelfde schuldenaar. Het is niet eenvoudig te rechtvaardigen dat de een — de rijke slager, de arme visboer of de modale klant — jegens de ander in een incidentele rechtsverhouding zich een opoffering moet getroosten voor de zwakke economische positie van de ander.⁵⁴⁷

547. Snijders 1997, p. 266. Evenzo: W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht,' in: M. Hesselink & C.E. du Perron (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 284-285 en M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid,' in: C.J.M. Klaasen & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 21.

Waar die bezwaren in een concreet geval worden gevoeld, zou kunnen worden volstaan met het uitstellen van de opeisbaarheid op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (par. 6.4 en 6.5).

Hoofdstuk 7

Beslagverboden

Prof. mr. A.G. Castermans

7.1 Inleiding

Hét systeem om crediteurs het hunne te geven én te voorkomen dat de debiteur door het ijs zakt, is gelegen in het insolventierecht. Dat gaat er enerzijds van uit dat het gehele vermogen van een debiteur tot verhaal dient.⁵⁴⁸ Anderzijds moet een deel van het inkomen en vermogen worden gevrijwaard van beslag en executie, om het leven van alle dag niet onmogelijk te maken.⁵⁴⁹ De wetgever verzoent deze uitgangspunten:

‘Mensen moeten aan hun financiële verplichtingen voldoen, maar niet ten koste van alles. Zij moeten voldoende middelen overhouden om in de (basale) kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien.’⁵⁵⁰

Hier is barmhartigheid tot afdwingbaar recht geworden. Twee instrumenten die tot doel hebben te voorkomen dat de schuldenaar onder de grens raakt van het bestaansminimum komen aan bod in dit hoofdstuk, te weten de

548. Art. 3:276 BW en art. 20 Fw. Volgens W. Snijders, ‘Concursus creditorum en de verdeelende rechtvaardigheid in het privaatrecht’, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, m.n. p. 279-281, wordt binnen het huidige insolventierecht al rekening gehouden met sociale doelstellingen en het algemeen belang. Zo wijst hij (p. 282-284) op het voorrecht van de fiscus bij faillissement. Dit voorrecht is ingegeven door het idee dat eerst belasting-schulden voldaan behoren te worden, omdat daarmee het algemeen belang, bijvoorbeeld de financiering van de gezondheidszorg en het onderwijs, is gediend. Kritisch: J.H. Nieuwenhuis, *Het vierspan*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 105 e.v.

549. Art. 447 e.v. Rv; 475a e.v. Rv, art. 21 Fw en art. 295 Fw. Zie: MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986/87, 17897, 5, p. 4: ‘Hij kan slechts zekere grenzen stellen aan de gevolgen van beslag opdat een schuldenaar tijdens het beslag in zijn eerste levensbehoeften kan blijven voorzien.’ Zie hierover: J.H. Rutten e.a., ‘De grenzen van het verhaalsrecht’, in: M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012, p. 172-173 en A. Stehouwer e.a., *Met voeten getreden: schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders*, Rapport van de Nationale Ombudsman, 2 november 2013, nr. 2013/150 (geraadpleegd op 20 april 2016 via: www.nationaleombudsman.nl).

550. MvT, wet van 8 maart 2017 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Invorderingswet 1990 en enkele andere wetten in verband met een vereenvoudiging van de beslagvrije voet (Wet vereenvoudiging beslagvrije voet), *Kamerstukken II* 2016/17, 34628, 3, p. 1.

beslagverboden (art. 447-448 Rv) en de beslagvrije voet (art. 475b e.v. Rv).⁵⁵¹ Ook het bankbeslag zal aan bod komen. Enkele executieverboden kwamen al aan bod in deel II.⁵⁵²

De schuldsaneringsregeling zou bespreking verdienen, maar wij zijn hieraan niet toegekomen. Wij verwijzen hiervoor met respect naar de geschriften van Huls, die hieraan vele publicaties heeft gewijd.⁵⁵³ Evenmin bespreken wij de rol van deurwaarders, maar wij hechten eraan hier op te merken dat de beroepsgroep met verschillende onderzoeken heeft bijgedragen aan het inzicht in hoe de beslagverboden en de beslagvrije voet functioneren. Aldus is het voorwerk gedaan voor nieuwe wetgeving. Ook in de toekomst zullen de deurwaarders, met name via de KBvG, naar onze verwachting een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan een nieuwe regeling voor het bankbeslag en het actueel houden van de regeling van de beslagverboden die in de toekomst bij algemene maatregel van bestuur kan worden gewijzigd. Ondertussen wordt het handelen van individuele deurwaarders kritisch beoordeeld door de tuchtrechter.⁵⁵⁴

7.2 Beslagverboden

Sommige goederen zijn zo essentieel voor het bestaan en het verwerven van middelen daarvoor dat er een beslagverbod voor geldt. De deurwaarder mag op grond van art. 447 Rv de schuldenaar en zijn gezin niet bed, beddengoed en kleding ontnemen. Ook eten en drinken tot behoefte van het gezin gedurende een maand zijn uitgezonderd van beslag, evenals de gereedschappen en werktuigen die nodig zijn voor het uitoefenen van het persoonlijk bedrijf door ambachts- en werklieden.⁵⁵⁵ Zo vormen deze be-

551. De beslagverboden zijn op vergelijkbare wijze van toepassing tijdens een faillissement of schuldsanering. Art. 21 onder 1 eerste zinsdeel en onder 5 Fw komen overeen met art. 447 Rv; art. 21 onder 1 laatste zinsdeel Fw komt overeen met art. 448 Rv. Art. 295 lid 4 onder c Fw verklaart onder andere deze bepalingen van overeenkomstige toepassing. Op grond van art. 295 lid 4 onder b Fw blijft ook buiten de boedel 'de inboedel, voorzover niet bovenmatig, bedoeld in art. 3:5 BW', welke bepaling ruimhartiger is dan art. 447 lid 1 Rv.

552. Zie par. 3.2.4.6. e.v.

553. Laatstelijk: N.J.H. Huls, *Vergeefs vaker onze schulden. Naar een schone lei 2.0* (afscheidscollege Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

554. Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:75 (beslagvrije voet niet doorgegeven aan derdenbeslagene); Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1069 (niet reageren op verzoek verhoging beslagvrije voet); Hof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3824 (vaststelling beslagvrije voet op nihil); Hof Amsterdam 1 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:778 (niet wijzigen hoogte beslagvrije voet); Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2356 (beslag op auto naast loonbeslag i.c. disproportioneel).

555. Art. 448 Rv voegt daaraan toe boeken die nodig zijn voor het beroep en werktuigen en gereedschappen voor onderwijs en beoefening van kunsten en wetenschap. Lid 2 bevat een beperkte uitzondering op de beslagverboden.

slagverboden een eigen invulling van het kleden van de naakten, het spijzen van de hongerigen en het laven van de dorstigen:

‘Hoewel moet worden vastgehouden aan het beginsel dat het faillissement is een algemeen beslag, een beslag op het geheele vermogen van den schuldenaar, kan toch niet ontveinsd worden dat dit beginsel, streng toegepast, voert tot een ongewenschte en onnodige hardheid jegens den schuldenaar. Het strookt noch met de belangen van de schuldeischers, noch met die van de maatschappij den schuldenaar van alles te berooven. Hem uit zijne wooning te zetten, hem alle huisraad te ontnemen, tot de laatste penning van hem op te eischen, is het zekerste middel om hem voor goed tot den bedelstaf te brengen, en tevens voor schuldeischers alle kans te doen verloren gaan om na de insolventie, hetgeen zij dan nog tekort komen, ooit terug te zien. De humaniteit eischt, dat de schuldenaar bij alle noodzakelijke gestrengheid toch menschelijk worde behandeld; het welbegrepen belang van de schuldeischers wordt gediend, indien men den schuldenaar de mogelijkheid laat zijn eigen kost te verdienen en later nog weer eens tot welstand te komen; het belang van de maatschappij vordert dat de schuldenaar niet armlastig worde of in verzoeking kome op oneerlijk wijze zich een levensonderhoud te verschaffen.’⁵⁵⁶

Toch moet de door de beslagverboden geboden barmhartigheid niet worden overschat. Een blik op de rechtspraak leert dat ze niet ruim worden geïnterpreteerd. Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel dat de beslagverboden geen betrekking hebben op een computer, beeldscherm en toetsenbord, een bureau, een stoel, een kledingkast, een stijltang, een boekenkast, een opberghocker en een iPhone.⁵⁵⁷ De letter van de wet dwong ertoe, hoe essentieel de computer en de mobiele telefoon ook zijn in het huidige dagelijkse leven.⁵⁵⁸ Diezelfde letter van de wet leidt er toe dat ‘melk niet in beslag [zou] mogen worden genomen maar de koelkast waarin de melk wordt bewaard of het glas waaruit de melk wordt gedronken wel’.⁵⁵⁹

556. MvT bij art. 21 Fw, zoals geciteerd in het cassatiemiddel besproken door A-G L. Timmerman voor HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5806, RvdW 2007/642, sub 2.8.

557. Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3073, JOR 2014/57.

558. J.H. Rutten e.a., ‘De grenzen van het verhaalsrecht’, in: M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012, p. 171-172.

559. MvT bij het voorontwerp van de Wet modernisering beslagverbod roerende zaken, p. 2.

Ook de term ‘ambachtslieden en werklieden’ wordt restrictief uitgelegd. Een vrij gevestigd gynaecoloog valt, gelet op zijn opleiding en maatschappelijke mogelijkheden, niet onder die categorie, ook al beroept hij zich erop dat hij zijn apparatuur nodig heeft om inkomsten uit zijn praktijk te kunnen blijven verwerven.⁵⁶⁰ Vanuit eenzelfde restrictieve uitleg valt ook een taxi niet onder de ‘gereedschappen van ambachtslieden en werklieden, tot hun persoonlijk bedrijf behorende’.⁵⁶¹

De regeling is gedateerd en behoeft aanpassing.⁵⁶² Dit is te meer nodig, zo blijkt uit het *Paritas Passé*-rapport, omdat de ruime beslagmogelijkheden eraan bijdragen dat schuldenaren veel doen om verkoop van de inboedel te voorkomen. Zo gaan zij bij een dreigende executoriale verkoop van de inboedel vaak minnelijke betalingsregelingen aan die ertoe leiden dat zij qua inkomen onder de beslagvrije voet uitkomen en nieuwe schulden ontstaan. Het rapport beveelt aan de lijst van goederen waarop geen beslag mag worden gelegd uit te breiden, zodat beslag op de inboedel aan proportionaliteit wint:

‘Door de lijst met ‘beslagvrije’ zaken uit te breiden tot de meest noodzakelijke goederen van bestaan, wordt beslag op de inboedel een instrument zoals beslag op inkomen: de schuldenaar houdt alleen het absoluut noodzakelijke (maar niet minder!) over.’⁵⁶³

560. HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0283, NJ 1991/631 (*Csàny/Staat*), r.o. 3.3.

561. Rb. Amsterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:289, NJF 2015/162. Niet ondenkbaar is dat in een andere zaak een taxi wel valt onder het beslagverbod. In deze zaak had eiser namelijk de beschikking over (ten minste) twee andere auto's. De eerste daarvan was *total loss* geraakt, waarna de verzekeringspenningen gestolen zouden zijn. De tweede betrof een huurauto. Tegen die achtergrond oordeelde de voorzieningenrechter dat niet zonder meer kon worden aangenomen dat de taxi moet worden gezien als het (enige) bedrijfsmiddel waarmee eiser in zijn levensonderhoud kon en kan voorzien.

562. F.R. Salomons, ‘Mogelijkheden tot herziening en aanbeveling’, in: M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012, p. 249-281; N. Jungman e.a., *Paritas passé. Debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden*, Utrecht: Hogeschool Utrecht, MO Groep+, Sociaal Raadsliedenwerk, KBvG 2012, p. 28-29; Commissie evaluatie Koninklijke beroepsorganisatie van gerechtsdeurwaarders (art. 85 Gerechtsdeurwaarderswet), *Noblesse Oblige*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2009, p. 43; A.W. Jongbloed, *Bijzondere beslagen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 50-53. Vgl. voorts conclusie van A-G A.M. Biegman-Hartogh voor HR 14 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0283, NJ 1991/631, sub 3.4 en conclusie A-G L. Timmerman voor HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5806, RvdW 2007/642, sub 2.9.

563. N. Jungman e.a., *Paritas passé. Debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden*, Utrecht: Hogeschool Utrecht, MO Groep+, Sociaal Raadsliedenwerk KBvG 2012, Aanbeveling 3, p. 28-29. Instemmend met de aanbeveling tot wijziging: Brief van 8 april 2013 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, betreffende het kabinetsstandpunt *Paritas Passé*, p. 9-10.

Inmiddels ligt er een concept-wetsvoorstel.⁵⁶⁴ Hiermee beoogt de wetgever

‘het bij de tijd brengen van het beslagverbod roerende zaken zodat de regeling naar de huidige maatstaven van een democratische rechtstaat en welvarende verzorgingsstaat voorziet in een humane behandeling van de schuldenaar bij het leggen van beslag op zijn roerende zaken’.⁵⁶⁵

Aan de lijst van zaken die niet vatbaar zijn voor beslag worden toegevoegd de voor bewaring en bereiding van levensmiddelen benodigde keukenapparatuur en het nodige keukengerei, zaken die nodig zijn voor de persoonlijke verzorging en de algemene dagelijkse levensbehoeften van de geëxecuteerde en zijn gezin, het speelgoed van de kinderen, de huisdieren en de zaken die daarvoor nodig zijn en zaken van hoogstpersoonlijke aard. Verder wordt de verouderde bepaling over gereedschappen voor ambachten en werklieden vervangen door van beslag uit te zonderen de gereedschappen, apparatuur, boeken en andere zaken die nodig zijn voor de verwerving van de noodzakelijke middelen van bestaan van de geëxecuteerde of zijn gezinsleden, dan wel voor hun scholing of studie.

De lijst is bovendien aan en nader in te vullen bij algemene maatregel van bestuur, waarmee de nodige flexibiliteit is gegeven. Vandaag is het de laptop die essentieel is. We hebben geen idee wat het morgen zal zijn.

Wel is beslag mogelijk op zaken en dieren die ‘bovenmatig’ zijn, ook in te vullen bij algemene maatregel van bestuur. Daarnaast voorziet de wet in een soepeler regime voor de schuldenaar die zich inlaat met een schuldbemiddelingstraject: hij behoudt het recht op de zaken die behoren tot de inboedel van zijn woning. Nieuw is bovendien dat de deurwaarder naar redelijkheid rekening moet houden met door de geëxecuteerde geuite voorkeuren.⁵⁶⁶

Met het nieuwe wetsvoorstel zou de wetgever een nieuwe maar broodnodige handreiking naar de barmhartigheid in het beslagrecht doen. Het is dan ook te hopen dat invoering niet te lang op zich laat wachten.

564. Voorontwerp van de Wet modernisering beslagverbod roerende zaken. Het is mede geïnspireerd door het preadvies van de KBvG-preadvies over de herziening van het beslagverbod (M. Cazemier e.a. (red.), *Herziening van het beslagverbod roerende zaken: een achterhaalde regeling bij de tijd gebracht*, Den Haag: KBvG 2012).

565. Dit was nodig omdat ‘sinds 1838 geen nieuwe roerende zaken aan de lijst van beslagvrije roerende zaken zijn toegevoegd die zouden kunnen worden gerekend tot essentiële bestaansmiddelen om te kunnen voorzien in de eerste levensbehoeften’ (Voorontwerp van de Wet modernisering beslagverbod roerende zaken, MvT, p. 7).

566. Vgl. Voorontwerp van de Wet modernisering beslagverbod roerende zaken, art. 447 en 448 Rv.

7.3 Beslagvrije voet

Ook de beslagvrije voet, geregeld in art. 475b e.v. Rv, doet een duid in het zakje als het gaat om bescherming tegen een armoedeval. De kern van de regeling is dat een beslag onder een derde op een of meer vorderingen van de schuldenaar tot periodieke betalingen waaraan de beslagvrije voet is verbonden, zoals loon of uitkering, slechts geldig is voor zover een periodieke betaling de beslagvrije voet overtreft (art. 475b lid 1 Rv). Het doel van de beslagvrije voet is tweeledig. Enerzijds dienen vorderingen tot periodieke uitkeringen vatbaar te zijn voor verhaal, zodat de vorderingen niet in hun geheel aan verhaal zijn onttrokken door een algeheel beslagverbod. Anderzijds dient het beslag te worden beperkt om de minimumbestaansgrondslag van de beslagschuldenaar (de geëxecuteerde) niet aan te tasten.⁵⁶⁷ Deze bescherming van het bestaansminimum valt alle debiteuren ten deel, wat hun kansen op herstel van de vermogenspositie ook zijn.⁵⁶⁸

In de praktijk kwam het echter niet altijd van de bescherming van het bestaansminimum van de schuldenaar. Zo werd in Arnhem in 2013 bij 75% van de schuldenaren de beslagvrije voet te laag vastgesteld, wat vooral toe te schrijven is aan een gebrek aan informatie voor een correcte berekening van de hoogte van de beslagvrije voet.⁵⁶⁹ Ook de Nationale ombudsman concludeert dat de praktijk weerbarstig is:

‘Alleen de assertieve schuldenaar krijgt de beslagvrije voet waarop hij recht heeft en weet zich hierdoor beschermd. De inkomensgarantie van de beslagvrije voet is een mooi idee van de wetgever, maar alles wijst erop dat deze in de praktijk veelvuldig wordt geschonden.’⁵⁷⁰

Mede naar aanleiding van een preadvies van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders⁵⁷¹ besloot de wetgever in te grijpen.⁵⁷²

567. Vgl. het in par. 7.1 aangehaalde citaat.

568. Zie MvT, Algemene regeling van beslag op loon, sociale uitkeringen en andere periodieke betalingen, *Kamerstukken II* 1986/87, 17897, 5, p. 4: ‘De mogelijkheden voor de laagste inkomensgroepen om te reserveren of om schulden af te lossen zijn nu eenmaal beperkter dan voor personen met hogere inkomens of voor gezinnen met verscheidene inkomensbronnen. Dat wordt na dit voorstel niet anders.’ en: ‘Wie weinig inkomsten boven de beslagvrije voet heeft, zal langer over de afbetaling doen. Dat kan de beslagregeling niet verhelpen’.

569. A.J. Moerman & M. Bockting, *Beter ten hele gekeerd. Verbetervoorstellen wetswijziging beslagvrije voet*, LOSR/MOgroep, Utrecht: LOSR/MOgroep 2014, p. 10.

570. A. Stehouwer e.a., *Met voeten getreden. Schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders* (Rapport 2013/150), Den Haag: de Nationale ombudsman 2013, p. 13.

571. J. Rijdsdijk, O.M. Jans & J. Feikema (red.), *Naar een nieuwe beslagvrije voet. Vereenvoudiging in een tweetrapsraket*, Den Haag: KBvG 2014.

572. Wet vereenvoudiging beslagvrije voet, *Kamerstukken II* 2016/17, 34628.

Dit was nodig omdat de berekening van de hoogte van de beslagvrije voet ingewikkeld en moeilijk na te leven was, als dat al werd geprobeerd. De deurwaarder diende met veel persoonlijke omstandigheden van de schuldenaar rekening te houden, van diens leeftijd en leefsituatie tot onder meer de hoogte van de woonkosten en zorgpremie en de ontvangen toeslagen zoals de huur- en zorgtoeslag en het kindgebonden budget. Hij was daarbij afhankelijk van de informatie van de schuldenaar zelf, terwijl slechts één op de vijf schuldenaren reageerde op een verzoek van de deurwaarder om de benodigde informatie aan te leveren. Schuldenaren waren zich maar in beperkte mate bewust van de aspecten die van invloed zijn op de voor hen van toepassing zijnde beslagvrije voet. Als gevolg hiervan werd veelal uitgegaan van 90% van de – op basis van de (veronderstelde) leefsituatie – van toepassing zijnde bijstandsnorm. Het hanteren van een te lage beslagvrije voet had gevolgen voor zowel schuldenaren als voor schuldeisers: de schulden van de een en de kosten van de ander namen toe.⁵⁷³

Met de Wet vereenvoudiging beslagvrije voet beoogt de regering de introductie van een transparante en voor iedereen eenvoudig te controleren beslagvrije voet, voor zowel schuldenaren als schuldeisers.⁵⁷⁴ Het nieuwe systeem moet mensen niet alleen een reëel minimum bieden, waardoor zij in de basale kosten van levensonderhoud kunnen voorzien, maar ook voorkomen dat

‘een significante groep mensen in geval van beslag bij voorbaat geen enkel verhaal biedt, doordat zij over geen enkele afloscapaciteit beschikken omdat zij een inkomen hebben onder de beslagvrije voet’.⁵⁷⁵

Op basis van deze voorwaarden wordt het nieuwe systeem gebaseerd op één vast bedrag per leefsituatie, uitgaande van vier leefsituaties en drie inkomensgroepen. Informatie hierover zou in belangrijke mate bekend moeten zijn. De schuldenaar hoeft in beginsel geen informatie meer aan te leveren voor de berekening van zijn beslagvrije voet.⁵⁷⁶ Dit alles lijkt praktisch en realistisch, rekening houdend met enerzijds de grote aantallen dossiers die deurwaarders verwerken en anderzijds met murw geworden of weinig vaardige schuldenaren. Slechts met het oog op informatie die de deurwaarder niet kan kennen, bepaalt art. 475g lid 1 Rv:

573. *Kamerstukken II 2016/17, 34628, 3, p. 4 (MvT).*

574. *Kamerstukken II 2016/17, 34628, 3, p. 2 (MvT).*

575. *Kamerstukken II 2016/17, 34628, 3, p. 6 (MvT).*

576. *Kamerstukken II 2016/17, 34628, 3, p. 6-7 (MvT).*

‘Een schuldenaar is verplicht aan een deurwaarder die gerechtigd is ten laste van hem beslag te leggen, desgevraagd zijn bronnen van inkomsten op te geven, alsmede voor de vaststelling van de beslagvrije voet benodigde gegevens te verstrekken voor zover deze gegevens niet door de deurwaarder kunnen worden verkregen op grond van de artikelen 475ga en 475gb.’

De informatieplicht ontbeert een specifieke sanctie. Het is aannemelijk dat de deurwaarder die de informatie wordt onthouden, daaraan gevolgen mag verbinden door uit te gaan van de basis beslagvrije voet.⁵⁷⁷

Het sluitstuk van de regeling is een hardheidsclausule, gegeven om te voorkomen dat de schuldenaar onder het bestaansminimum komt. Voor zover de vereenvoudiging leidt tot ‘kennelijk onevenredige hardheid als gevolg van een omstandigheid waarmee geen rekening is gehouden bij de vaststelling van de beslagvrije voet’ biedt art. 475fa Rv de mogelijkheid de kantonrechter te vragen de beslagvrije voet voor een door hem te bepalen termijn verhogen:

‘Nu de nieuwe systematiek grofmaziger is dan de oude systematiek, kan de op basis van artikel 475da en 475db vastgestelde beslagvrije voet van dien aard zijn dat een schuldenaar die te maken heeft met uitzonderlijk hoge noodzakelijke en niet (deels) via andere wegen te verlagen kosten onder het bestaansminimum komt. In dat geval getuigt het onverkort vasthouden aan de beslagvrije voet van een kennelijk onevenredige hardheid (...). Het is aan de kantonrechter om te bepalen met welk bedrag de beslagvrije voet in verband met de beschreven kosten tijdelijk verhoogd dient te worden. Voor de (coördinerende) deurwaarder geldt dat hij gedurende de vastgestelde termijn gehouden is de beslagvrije voet met het door de rechter vastgestelde bedrag te verhogen en er dus ook bij eventuele tussentijdse hernieuwde vaststelling rekening mee te houden.’⁵⁷⁸

Daarmee lijkt sprake te zijn van een gesloten systeem waarin de schuldenaar het zijne behoudt. Toch vallen er gaten als het gaat om de bestaande bijzondere incasso-instrumenten en de bijbehorende preferenties van overheidspartijen, die in het preadvies van de Koninklijke Beroepsorganisatie

577. Vgl. *Kamerstukken II 2016/17*, 34628, 3, p. 16 (MvT) over schuldenaren zonder vaste woon- of verblijfplaats: ‘Opgemerkt wordt dat bij gebrek aan of blijvende onduidelijkheid over de te raadplegen bronnen het voor de deurwaarder moeilijk is om te bepalen of de schuldenaar volledige openheid over zijn inkomen geeft. Als hij gerede twijfel op dit vlak heeft, mag hij uitgaan van de basis beslagvrije voet van 47,5% van de gehuwdennorm, vermeerderd met de voor het woonland geldende woonlandfactor’.

578. *Kamerstukken II 2016/17*, 34628, 3, p. 74 (MvT).

van Gerechtsdeurwaarders uitgebreid aan bod komen.⁵⁷⁹ Allereerst wijzen de auteurs op de regeling van art. 19 Invorderingswet 1990, die weliswaar geen beslag betreft, maar wel gelijkenissen vertoont met het derdenbeslag waarvoor de beslagvrije voet geldt. Hoewel de ontvanger van het in te vorderen bedrag de beslagvrije voet in beginsel dient te respecteren, is afwijking mogelijk. Bijvoorbeeld een derde die loon verschuldigd is aan een belastingschuldige, is op vordering van de ontvanger verplicht de belastingaanslagen van de belastingschuldige te betalen. Voor zover het loon niet vatbaar is voor beslag, is de derde op vordering van de ontvanger verplicht ten hoogste een tiende gedeelte daarvan aan te wenden voor betaling van de belastingaanslagen van de belastingschuldige.⁵⁸⁰

Waarom geldt deze uitzondering? Eigenlijk zegt de regering: ‘daarom’:

‘Door het wetsvoorstel wordt het voor overheidspartijen ook makkelijker om bij de inzet van bijzondere incasso-instrumenten, zoals de dwangverrekening, actief rekening te houden met de beslagvrije voet. In deze constellatie is het derhalve niet noodzakelijk om bijzondere incasso-instrumenten af te schaffen. Het gaat hier immers veelal om efficiënte en effectieve incassomaatregelen. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk om deze instrumenten gericht in te zetten, waardoor de beslagvrije voet beter beschermd is. Aan het pleidooi van partijen om bijzondere incasso-instrumenten af te schaffen en in dat verlengde preferenties af te schaffen, wordt dan ook geen gehoor gegeven.’⁵⁸¹

De beslagvrije voet geldt niet bij terugvordering van de kosten van bijstand, indien deze worden teruggevorderd bij dwangbevel en de schuldenaar verzuimt de inlichtingen te verstrekken die voor terugvordering op grond van deze paragraaf van belang zijn (art. 60 lid 6 Participatiewet). Ook hier ontbreekt een inhoudelijke motivering. Uitdrukkelijk is overwogen dat bestuursorganen die tot dwanginvordering overgaan, de voorschriften in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in acht dienen te nemen, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt. Als voorbeeld van zo’n wettelijke

579. J. Feikema e.a., ‘De beslagvrije voet nader beschouwd’, in: J. Rijdsdijk, O.M. Jans & J. Feikema (red.), *Naar een nieuwe beslagvrije voet. Vereenvoudiging in een tweetrapsraket*, Den Haag: KBvG 2014, m.n. p. 231-256.

580. J. Rijdsdijk, O.M. Jans & J. Feikema (red.), *Naar een nieuwe beslagvrije voet*, Den Haag: KBvG 2014, p. 232. Het rapport behandelt ook de bankvordering (p. 238-242), de terugvordering in de socialezekerheidswetgeving (p. 242-246) en de inning van bestuursrechtelijke premie (p. 246-250).

581. *Kamerstukken II* 2016/17, 34628, 3, p. 49 (MvT).

uitzondering wordt art. 60 lid 6 Participatiewet genoemd.⁵⁸² Als dit al een redenering is, dan is het een cirkelredenering.

Wellicht getuigt deze regelgeving ervan dat de regelgever zijn pappenheimers kent. Een schuldenaar die blijkens de bankafschriften in één maand € 50.000 cash opneemt, heeft wat uit te leggen.⁵⁸³ Maar de vraag is waarom de uitzondering voor de terugvordering van de kosten van bijstand een eigen regime geldt. Die vraag is gerechtvaardigd, omdat volgens de zogenaamde ‘Rijksincassovisie’ – ontvouwd nog maar kort voor de wijziging van de beslagvrije voet – overheidsinstanties worden geacht rekening te houden met de mogelijkheden en omstandigheden van iemand met schulden, het onnodig oplopen van schulden moeten zien te voorkomen, met het oog op een betere bescherming van de beslagvrije voet en een besparing op bijkomende kosten verbonden aan de inning van de vorderingen:

‘De visie is (...) specifiek gericht op de borging van het bestaansminimum binnen de Rijksincasso en haakt aan bij het Kabinetstandpunt dat de beslagvrije voet, zeker wanneer een overheidspartij de schuldeiser is, gerespecteerd dient te worden.’⁵⁸⁴

Art. 19 Invorderingswet 1990 en art. 60 lid 6 Participatiewet verdragen zich niet met deze visie. De door de overheid getoonde barmhartigheid steekt mager af bij wat van andere schuldeisers wordt gevraagd.

7.4 **Bankbeslag**⁵⁸⁵

Terwijl de beslagvrije voet de schuldenaar beschermt tegen een beslag op een of meer vorderingen van de schuldenaar tot periodieke betalingen tot de beslagvrije voet, wordt de schuldenaar niet beschermd tegen derdenbeslag indien het bedrag wordt gestort op een bankrekening. Als een beslagverbod van toepassing is, kan een schuldeiser na de betaling van de vordering ten aanzien waarvan het beslagverbod geldt, alsnog beslag leggen onder de bank op de bankrekening waar de betaling op binnenkomt. Een dergelijk bankbeslag valt niet onder de limitatieve opsomming in de wet van vorderingen tot (periodieke) betaling waaraan een beslagvrije voet is verbonden. Een schuldeiser kan derhalve bijvoorbeeld met uitzondering

582. *Kamerstukken II* 2016/17, 34628, 3, p. 18 (MvT). Een dwangbevel levert een executoriale titel op, die met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan worden tenuitvoergelegd (art. 4:116 Awb).

583. Rb. Limburg 3 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1967.

584. Rijksincassovisie, bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 april 2016, p. 1.

585. Deze paragraaf is gezamenlijk geschreven door prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans.

van de beslagvrije voet eerst executoriaal loonbeslag leggen en vervolgens executoriaal beslag te leggen onder de bank waar de schuldenaar zijn salarisrekening aanhoudt, zonder dat de schuldenaar opheffing kan vorderen van dit laatste beslag.⁵⁸⁶

In het arrest *Bahceci/Van der Zwan q.q.*⁵⁸⁷ – in verband met het beslagverbod van art. 23 lid 1 onder c AKW (Algemene Kinderbijslagwet) – wordt deze insteek bevestigd. De vordering jegens de kredietinstelling waarbij de bankrekening wordt aangehouden, is niet een vordering tot periodieke betaling. Het beslagverbod is om die reden niet van toepassing.

Rechters worstelen met deze – onbarmhartige – uitkomst, zo blijkt uit de lagere rechtspraak. Het Hof Den Bosch bepaalde, onder verwijzing naar andere (lagere) rechtspraak, dat

‘het systeem van de beslagvrije voet op onaanvaardbare wijze [wordt] doorbroken indien (...) de werking van de regeling eindigt zodra het beslagvrije bedrag uit het vermogen van de uitkerende instantie is geraakt door storting op een bankrekening ten name van de gerechtigde, zodat beslag wel mogelijk is op het saldo van de beslagvrije voet zodra dat saldo is bijgeschreven op de bankrekening van de schuldenaar.’⁵⁸⁸

Volgens het hof is het beslagvrije deel van een WAO-uitkering niet vatbaar voor beslag en wordt het niet vatbaar voor beslag door storting op de bankrekening van de rechthebbenden.⁵⁸⁹ Het hof is niet van mening dat het beslagverbod als zodanig aan een algeheel bankbeslag in de weg staat. Op de bankrekening kan zich bijvoorbeeld ook geld bevinden dat niet onder een beslagverbod valt, zoals spaargeld of het deel dat boven de beslagvrije voet uitkomt. De schuldenaar dient te stellen welk gedeelte van het banksaldo daarop betrekking heeft en welk saldo niet. Andere rechters kunnen zich niet vinden in deze redenering.⁵⁹⁰

586. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 13 maart 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA2040, NJF 2007/429.

587. HR 21 mei 1999, JOR 1999/157, m.nt. N.E.D. Faber en NJ 2001/630, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Bahceci/Van der Zwan q.q.*). Tegen dit oordeel valt weinig in te brengen volgens Kortmann in zijn noot onder het arrest.

588. Zie Hof Den Bosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1496, JOR 2015/187; zie nader Rb. Amsterdam 16 november 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK3544; en Rb. Rotterdam 17 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8478. Het arrest bevat ook een verwijzing naar HR 21 mei 1999, JOR 1999/157, m.nt. N.E.D. Faber en NJ 2001/630, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Bahceci/Van der Zwan q.q.*).

589. Zie Hof Den Bosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1496, JOR 2015/187, r.o. 3.7.3.

590. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 25 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2020.

In de memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging beslagvrije voet wordt opgemerkt dat verschillende partijen – de Nationale ombudsman, de LOSR, de NVVK en de VNG/Divosa – hebben opgeroepen om de beslagvrije voet ook bij bankbeslag toe te passen. Volgens de wetgever kan het saldo van een bankrekening evenwel niet worden aangemerkt als vordering tot periodieke betaling waar aan de beslagvrije voet is verbonden en valt het daarom niet onder de reikwijdte van de wetswijziging. Wel wordt onderkend dat schuldenaren door beslag op de bankrekening in financiële problemen kunnen raken en dat daarom vereenvoudiging van het rekenmodel op zichzelf niet voldoende is om te borgen dat de schuldenaar altijd in geval van beslag over een basaal inkomen voor levensonderhoud kan blijven beschikken. Nadere verkenning en vervolgstappen worden noodzakelijk geacht om tot een oplossing voor dit gesignaleerde probleem te komen.⁵⁹¹

Indien de beslagvrije voet zou gelden voor bankbeslagen, dient niet alleen aandacht te worden besteed aan de vraag hoe de beslagvrije voet moet worden vastgesteld bij andere betalingen of reeds aanwezig saldo op dezelfde rekening, maar ook bij onttrekkingen aan de rekening. Het zou de voorkeur hebben dat betalingen uit hoofde van vorderingen waarvoor de beslagvrije voet geldt, op een afzonderlijke rekening worden betaald en dat de schuldenaar zijn eerste levensbehoeften vanaf deze rekening betaalt, al dan niet in het kader van gemeentelijke schuldhulpverlening.

Tot die tijd zal de schuldeiser voor de waarborging van zijn bestaansminimum met betrekking tot het bankbeslag aangewezen zijn op de tot recht geworden barmhartigheid van de rechter, zoals bijvoorbeeld geboden door de kantonrechter van Rechtbank Oost-Brabant:

‘Weliswaar verbindt de wet aan bankbeslag zoals door Woonbedrijf gelegd is, dat immers geen beslag is op vorderingen tot periodieke betaling, geen beslagvrije voet maar de kantonrechter is van oordeel dat het systeem van de beslagvrije voet op onaanvaardbare wijze kan worden doorbroken indien beslag wordt gelegd zodra een uitkering op de rekening van een schuldenaar is bijgeschreven. Aan het doel en de strekking van beslagvrije voet wordt ernstig afbreuk gedaan doordat door het beslag op die bankrekening geen geld meer ter beschikking is voor het levensonderhoud van in dit geval [recht-hebbende] en [A]. Dat was voorzienbaar voor Woonbedrijf omdat zij op de hoogte was van de inkomenspositie en het tijdstip van uitke-

591. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34628, 3, p. 28-29, p. 50; alsmede, in antwoord op vervolgvragen van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Kamerstukken II* 2016/17, 34628, 6, o.a. p. 9-10 en 39-40.

ren. Als gevolg daarvan is de financiële situatie van beiden nog meer verslechterd is en zijn er nieuwe schulden ontstaan. Aan de toepassing van de regels van de beslagvrije voet moet derhalve in dit geval de uitleg worden gegeven dat een beslag onder de bank op de rekening van de gerechtigde niet zal beklijven voor zover daarop het beslagvrije deel van de uitkering is gestort. Hetzelfde geldt wat betreft de bedragen met betrekking tot de zorgtoeslag en bijzondere bijstand.⁵⁹²

Het is te hopen dat deze *rechterlijke* barmhartigheid binnenkort ook *wettelijke* barmhartigheid mag heten. Het te verschijnen preadvies van de KBvG over het bankbeslag kan hieraan een belangrijke bijdrage leveren.

7.5 Afronding

Onmiskenbaar dragen de beslagverboden en de beslagvrije voet bij aan armoedebestrijding, op een tastbare wijze, in vergelijking met de mogelijkheden die het materiële burgerlijk recht biedt. Sluitend is de bescherming van het bestaansminimum bij beslag niet. De overheid als schuldeiser geniet een geprivilegieerde positie die niet op één lijn staat met de eigen beleidsvoornemens in het kader van armoedebestrijding. Voorts wordt de bescherming gefrustreerd door het bankbeslag.

592. Rb. Oost-Brabant (ktr.) 7 september 2017, ECLI:NL: RBOBR:2017:4835, r.o. 4.6.

Tot hier en verder

Prof. mr. J.W.A. Biemans en prof. mr. A.G. Castermans

1 Barmhartigheid

In het burgerlijk recht bestaat ruimte voor barmhartigheid. In dit preadvies hebben wij verkend waar de grens ligt, eerst en vooral in het contractenrecht, maar ook daarbuiten, op het brede terrein van het burgerlijk recht.

Van barmhartigheid in een bestaande verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar is sprake als de schuldenaar een voordeel of vermindering van nadeel wordt verleend, door de schuldeiser, al dan niet na tussenkomst van de wetgever of de rechter, die barmhartigheid toont. Deze begunstiging wordt als een kwestie van barmhartigheid beschouwd, indien sprake is van ongelijkheid tussen deze twee partijen. De schuldenaar bevindt zich in een kwetsbare positie, in het algemeen of tegenover de schuldeiser in het bijzonder (par. 1.3). Barmhartigheid kan ook bestaan doordat een partij in de eerste plaats een overeenkomst aangaat met de ander, tegen gunstige voorwaarden.

Het betrachten van barmhartigheid en het rekening houden met de draagkracht van de schuldenaar worden vaak gezien als een uiting van verdelende rechtvaardigheid. In de voorbeelden die dit preadvies biedt, is hiervan geen sprake. Bij 'geestelijke werken van barmhartigheid' bestaat het voordeel eerder in de vorm van informatie of geduld (onder meer par. 1.3). Bij 'lichamelijke werken van barmhartigheid' staat niet zozeer de verdeling van vermogen voorop, maar eerder het voorkomen dat de schuldenaar onder het bestaansminimum geraakt (par. 5.1) of zijn woning verliest (par. 3.2.4.6).

2 Barmhartigheid in het privaatrecht

Barmhartigheid in het privaatrecht heeft verschillende gezichten. Er zijn wettelijke regelingen waaruit barmhartigheid spreekt, zoals het verbod een aanbod te doen dat de draagkracht van de consument te boven gaat (par. 3.3.2 en 6.2), de matigingsbevoegdheid (par. 6.6), de beslagvrije voet en de beslagverboden (par. 7.2 en 7.3), begrenzing van de kredietvergoeding (par. 3.3.3), onredelijk bezwarende (rente)bedingen (par. 3.3.3 en 4.2.2) en diverse informatieverplichtingen bij kredietverlening (par. 3.3.1). De

rechter kan in het concrete geval barmhartigheid tonen door middel van toepassing van de volgende regelingen:

- Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: het vragen van rente (par. 2.3); opeisbaarheid van een geldlening (par. 2.6); beding van variabele rente (par. 3.3.3); oneerlijk betalingsbeding voor MKB (par. 4.2.2); opzegging van zakelijk krediet (par. 4.2.7); interne draagplicht van voorhuwelijkse schulden (par. 4.4.2); beneficiaire aanvaarding van negatieve nalatenschappen (par. 4.4.3); en uitgestelde opeisbaarheid (par. 6.7).
- Misbruik van bevoegdheid: opheffing van executoriaal beslag en/of verbod van executoriale verkoop (par. 3.2.4.6); en afwijzing vordering tot nakoming (par. 6.4).
- (Bijzondere) zorgplicht: overkreditering bij effectenlease (par. 3.2.2.4); overkreditering bij ‘gewoon’ krediet (par. 3.2.4.3 en 3.2.4.4); voorkomen van restschuld door gedwongen verkoop (par. 3.2.4.7); en renteswaps (par. 4.2.6).
- Ambtshalve toetsing: in het algemeen (par. 3.3.4); bij vernietiging van consumentenkrediet en koop op afbetaling wegens strijd met informatieverplichtingen (par. 3.2.3.2); en eventueel ook bij het MKB (par. 4.2.4).
- Goede zeden (en/of openbare orde): woekerrente (par. 2.3); rente- en opeisbaarheidsbedingen (par. 2.5); en levering bij voorbaat (par. 4.3.2).

3 Autonomie en eigendom

Verdergaand ingrijpen omwille van barmhartigheid kan botsen met de kernbegrippen van het burgerlijk recht. De contractsvrijheid beperkt de mogelijkheid om de armlastigen op de vrije markt toegang te verschaffen tot essentiële goederen en diensten (par. 5.4). Het eigendomsrecht beschermt de eigenaar tegen uit economische noodzaak geboren inbreuken (par. 5.5).

4 Uitgestelde opeisbaarheid als privaatrechtelijk beginsel en neerslag van barmhartigheid

Bij een geldlening tussen particulieren (en andere niet-gereguleerde geldleningen) geldt, tenzij anders overeengekomen, op grond van de wet een termijn van zes weken nadat de uitlener heeft medegedeeld tot opeising over te gaan (par. 2.6). Het toppunt van barmhartigheid is het beding dat de lener het geleende geld pas hoeft terug te betalen ‘wanneer daartoe in staat’ (par. 2.4). Uit de rechtspraak blijkt dat op grond van de redelijkheid en billijkheid de opeisbaarheid kan worden uitgesteld (par. 2.6). Niet barmhartig is het oordeel van de rechter waarbij niet alleen een hardvochtig opeisbaarheidsbeding in strijd met de goede zeden wordt geacht, maar ook

de overeenkomst als zodanig, waardoor het verschuldigde alsnog terstond opeisbaar wordt (par. 2.5).

Uit de rechtspraak inzake zakelijke kredietverlening blijkt dat de opeisbaarheid van het krediet op grond van de kredietovereenkomst en/of algemene voorwaarden wordt getoetst aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit de factoren die in de lagere rechtspraak worden gehanteerd volgt dat onder meer van belang is of de bank met de onderneming overleg heeft gevoerd en eventueel de kans heeft gekregen om een andere financier te zoeken (par. 4.2.7). Ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling is de kredietnemer op grond van deze rechtspraak beschermd tegen een onbarmhartige opeising van het krediet.

Bij hypothecaire kredietverstrekking aan consumenten is art. 15 Gedragscode Hypothecaire Financieringen in het kader van de implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet verankerd in art. 7:128a lid 1 BW, op grond waarvan de bank in beginsel pas na twee maanden na opzegging van het krediet tot aanzegging van de parate executie van het hypotheekrecht mag overgaan en de kredietgever de consument persoonlijk heeft uitgenodigd om in overleg te treden over zijn betalingsachterstand (par. 3.2.4.5).

Bij consumentenkrediet kan de kredietgever een opzeggingstermijn van twee maanden bedingen (art. 7:65 lid 2 BW) en is de vervroegde opeisbaarheid voorts beperkt tot de gevallen zoals beschreven in art. 7:77 lid 1 onder c BW, welke laatste bepaling overigens niet van toepassing is op effectenkrediet (vgl. par. 3.2.2.2). Het ligt voor de hand dat, vergelijkbaar met zakelijk krediet, de opeisbaarheid op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid verder kan worden beperkt. Ontbinding op grond van wanprestatie kan slechts geschieden door de rechter (art. 7:82 BW), hetgeen ook een vertragende werking zal hebben. De regel geldt niet in het geval dat de kredietgever afgifte van de zaak vordert waarvoor goederenkrediet is verstrekt ex art. 7:90 BW.

De uitgestelde opeisbaarheid zou ook goede diensten kunnen bewijzen in gevallen waarin een schuldenaar tegen de grenzen van het bestaansminimum aanloopt. Het instrument heeft als voordeel, vergeleken met andere leerstukken zoals overmacht of matiging (par. 6.5 en 6.6), dat de schuld vooralsnog blijft bestaan, terwijl bij overmacht of matiging willekeur dreigt, omdat slechts ten aanzien van één schuldeiser de tekortkoming — onomkeerbaar — niet wordt toegerekend op grond van gebrek aan draagkracht of slechts één vordering wordt gematigd, terwijl andere schuldeisers mogelijk niet worden geconfronteerd met een onomkeerbare niet-toerekening van een tekortkoming of matiging van hun vordering (par. 6.7).

Opmerkelijk is wel dat deze mogelijkheid is uitgesloten voor vorderingen die essentiële goederen en diensten betreffen, zoals de huur van een woning en de levering van water en energie (art. 4 Besluit breed moratorium; zie par. 6.4). Deze situatie verdient heroverweging, niet alleen omdat in een commerciële context de opeisbaarheid van de vordering tot betaling van huurpenningen wel kan worden uitgesteld (arrest *V&D/Mondia*), maar ook en vooral omdat bij particulieren sprake kan zijn van internationale normen (par. 5.2), in het bijzonder als er kinderen in het geding zijn (par. 6.4).

Door de sterkere schuldenaar afgedwongen opeisbaarheid kan voor de schuldeiser ook een probleem vormen, indien betalingsachterstanden het voortbestaan van de onderneming van de zwakkere schuldeiser bedreigen, die hierom bescherming verdient (par. 4.2.3).

5 De particuliere kredietgever

Ook in de context van kredietverlening is het niet altijd de positie van de schuldenaar die om barmhartigheid vraagt. Indien tussen particulieren onderling geld wordt geleend, zal het veelal een vriendendienst zijn, en heeft met name de zachtmoedige uitlener bescherming tegen het verzoek van de behoeftige lener (par. 2.1). De bescherming bestaat uit de niet-afdwingbaarheid van de belofte om geld te lenen, tenzij schriftelijk toegezegd (par. 2.2). Die bescherming is nodig, omdat geldlening aan een vriend of familielid gelijkenissen kan vertonen met een schenking (par. 2.4), mede door problemen met opeisbaarheid (par. 2.2 en 2.6) en de niet-verschuldigheid van rente, tenzij schriftelijk bedongen (par. 2.3). De uitlener die te veel op zijn strepen staat, loopt het risico de deksel op zijn neus te krijgen bij de rechter onder verwijzing naar de goede zeden of de redelijkheid en billijkheid (par. 2.5 en 2.6). Kortom, de rechtsverhouding tussen niet-professionele partijen kan dus een kwestie van wederzijdse barmhartigheid zijn, of juist één van bescherming van de kredietverstrekker.

6 De professionele kredietnemer: de MKB'er en zijn gezin

Barmhartigheid strekt bovendien niet per se tot bescherming van een particuliere partij. In hoofdstuk 4 is aandacht gevraagd voor de positie van het MKB. Bescherming van het MKB staat nog in de kinderschoenen. Uit verschillende regelingen en uitspraken — zoals algemene voorwaarden (par. 4.2.2), Richtlijn betalingsachterstanden handelstransacties (par. 4.2.3), ambtshalve toetsing (par. 4.2.4), rechtspraak over (ontbreken van) reflexwerking van de Colportagewet (par. 4.2.5), renteswaps (par. 4.2.6) en opzegging van krediet (par. 4.2.7) — blijkt de behoefte aan meer bescherming voor het MKB, maar een eenduidige aanpak ontbreekt. Uit de verschillende Europese regelingen en rechtspraak blijkt dat verschillende criteria worden

gehanteerd en verschillende begrippen, zoals het MKB, de KMO's, de 'kleine ondernemer' en de niet-professionele en niet-deskundige belegger (par. 4.2.1). Sommige regelingen zien op de bescherming van het MKB, maar laten dat niet tot uitdrukking komen in de desbetreffende regeling (par. 4.2.3 en vgl. par. 4.2.7). De tijd is rijp om — al dan niet op Europees niveau — tot een meer overkoepelende visie te komen met betrekking tot de bescherming van het MKB. Het uitgangspunt voor de bescherming van het MKB lijkt de zwakkere onderhandelingspositie of het gebrek aan (financiële) kennis en ervaring te zijn.

Opmerkelijk genoeg wordt weinig of geen aandacht besteed aan de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon of de onderneming, en in het bijzonder diens persoonlijke aansprakelijkheid, en de gevolgen daarvan voor zijn gezin en hun woning. Dat verdient herziening.

Kredietverlening aan ondernemingen wordt niet getoetst aan de hand van art. 4:34 Wft inzake overkreditering (par. 4.2.8). Uit de rechtspraak blijkt dat de zekerheden die een onderneming aan de bank dient te verstrekken in beginsel onbeperkt is (par. 4.3.1) en waarschijnlijk — ondanks initiatieven om dit te veranderen — onbeperkt zal blijven (par. 4.3.2). Hier betreden wij het terrein van de lichamelijke werken van barmhartigheid. Het erfrecht (par. 4.4.2) en het relatievermogensrecht (par. 4.4.3) vertonen blijkens recente wetgeving de tendens dat de echtgenoten en/of kinderen steeds minder snel (verhaals)aansprakelijk zijn voor de privéschulden van het familielid dat ondernemer is. Die bescherming is echter verre van volkomen: de ondernemer kan door het aangaan van een borgtocht ten behoeve van zijn onderneming in combinatie met een bankhypotheek op zijn woning gemakkelijk die gezinswoning op het spel zetten, zonder dat hij (of zijn echtgenoot) zich daarvan bewust hoeft te zijn (par. 4.4.4). Mede geïnspireerd door Belgische wetgeving zou de gezinswoning beter beschermd moeten worden tegen het verhaal door zakelijke schuldeisers, indien de ondernemer als natuurlijk persoon zijn onderneming uitoefent of zich persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor het aan zijn onderneming verleende krediet (par. 4.4.5). Vergelijk in dit verband ook de bevindingen inzake het verbod op executoriale verkoop van de woning, en de gesignaleerde wenselijkheid van een nadere regeling omtrent de gedwongen onderhandelende verkoop van de woning (par. 3.2.4.6).

7 De consument-kredietnemer

Kredietverlening aan consumenten valt op door de bergen aan regelgeving en rechtspraak (par. 3.2). De grootste problemen rondom de kredietverstreking aan consumenten in de rechtspraak kenmerken zich door enerzijds de massaliteit daarvan, zoals bij effectenlease (par. 3.2.2), telefoonabonne-

menten (par. 3.2.3) en hypothecair krediet (par. 3.2.4), en anderzijds de hoogmoed, hebzucht en/of gemakzucht van de consument, die uiteindelijk voor de gouden bergen van effectenlease, de ‘gratis’ telefoon of de (te) grote woning zijn gevallen, zonder zich te verdiepen in de risico’s ervan, om vervolgens bescherming te ontfangen aan Europese richtlijnen (par. 3.2.1) en/of (ambtshalve) toetsing door barmhartige rechters (par. 3.3.4) tegen de aanbieders die de (financiële) producten in de eerste plaats op de markt hebben gebracht, of hun incasserende rechtsopvolgers onder bijzondere titel (par. 3.3.5).

De door kredietgevers te betrachten barmhartigheid spitst zich in eerste instantie toe op de geestelijke werken van barmhartigheid. Kredietverstrekking aan consumenten op Europees niveau kenmerkt zich met name door een hoeveelheid aan informatieverplichtingen (par. 3.3.1). Er is ook aandacht voor de bescherming tegen overkreditering en het ontstaan van een restschuld (par. 3.3.2). Het contrast tussen beide bij de implementatie kan echter niet groter zijn: terwijl de informatieverplichtingen ruim aandacht hebben gekregen, zijn de bepalingen inzake overkreditering en restschuld onzichtbaar in het BW (par. 3.2.4.3, 3.2.4.4 en 3.3.2).

De vraag is hoe de rechtspraak kan voorzien in effectieve sancties bij de schending van verplichtingen door kredietgevers, met name indien het aantal gevallen aanzienlijk is, zoals bij effectenlease (par. 3.2.2) en telefoonabonnementen (par. 3.2.3), alsmede, bij het MKB, de renteswaps (par. 4.2.6). De praktijk laat zien dat regelingen en schikkingen denkbaar zijn, zoals bij effectenlease (par. 3.2.2.1) en renteswaps (par. 4.2.6). Die regelingen en schikkingen laten echter onverlet dat afzonderlijke consumenten (of beleggers), al dan niet gesteund door claimstichtingen, alsnog gaan procederen. Het procederen is mede ingegeven door de onduidelijkheid rondom de sanctie op de schending van de verplichtingen. In de prejudiciële beslissingen rondom de telefoonabonnementen heeft de Hoge Raad gekozen voor ‘hard & fast’ rules ten aanzien van de afdoening van deze contracten, waarbij – zo lijkt – vooralsnog weinig ruimte bestaat voor persoonlijke omstandigheden van de kredietnemer, anders dan bij de effectenleaserechtspraak, waar die omstandigheden, zowel bij de hoogte van de schadevergoeding (par. 3.2.2.4) als bij de vernietiging door de echtgenoot (par. 3.2.2.5) tot veel vervolgvragen hebben geleid. De complexe schadevergoedingsprocedures roepen, mede door de verwijzing van de wetgever naar algemene leerstukken zoals diezelfde zorgplicht en datzelfde schadevergoedingsrecht, de vraag op of het niet tijd is voor specifieke regelgeving op dit terrein. Een effectieve sanctie tegen restschuld is gegeven in de regeling omtrent pandbelening, waar het pandhuis aansprakelijk is voor een eventuele restschuld, hetgeen echter ook vragen oproept over de wijze van waardering van het in pand gegeven goed en de kredietvergoeding, indien de opbrengst

van de in pand gegeven zaak (veel) hoger uitvalt dan het verstrekte krediet (par. 3.2.5).

De vraag is ook of er ruimte is voor het betrachten van lichamelijke werken van barmhartigheid. Moet de kredietverlener een bijdrage leveren aan het voorkomen dat de kredietnemer over de rand van het bestaansminimum wordt geduwd? Er is alle aanleiding deze vraag in beschouwing te nemen (par. 5.1 en 5.2). Er is ook ruimte voor, bij de toepassing van de zorgplicht van financiële instellingen, zowel bij het bepalen van de reikwijdte van de zorgplicht als bij vervolgvragen, zoals het vereiste van causaal verband tussen het schenden van de zorgplicht en het aangaan van de financiële verplichtingen als ook de stelplicht en bewijslast ter zake hiervan (par. 6.3).

8 De armlastige schuldenaar

De ruimte om in verbintenisrechtelijke leerstukken — buiten de hiervoor genoemde consumentenkredietrelaties (vgl. par. 3.2.2.4, 3.2.4.3, 3.3.2 en 6.3) — rekening te houden met de financieel kwetsbare positie van de schuldenaar en een zeker behoud van zijn bestaansminimum, is beperkt. Hoewel in verschillende verdragen een recht op een behoorlijke levensstandaard en vrijwaring tegen armoede is neergelegd, betreft het verplichtingen zonder rechtstreekse werking jegens de Staat. Hoogstens kunnen deze verdragen een rol spelen bij de invulling van open normen (par. 5.2). Dat stemt tot nadenken, omdat er een grote verwevenheid bestaat tussen armoedebestrijding en het burgerlijk recht. Het gaat uiteindelijk om de toegang tot essentiële goederen en diensten. Voorts is er een verband tussen het ontstaan van armoede en het ontstaan en afwikkelen van schulden. Om deze redenen ligt het voor de hand om de kwetsbare vermogenspositie van een partij aan te merken als een van de relevante omstandigheden bij de toepassing van open normen, zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (par. 6.4 en 6.7).

9 De verhouding tussen kredietvergoeding en kredietverlening

Barmhartigheid ten aanzien van kredietverlening heeft zich in het verleden vertaald in de zogenoemde ‘Bergen van Barmhartigheid’, als voorlopers van de gemeentelijke kredietbank, waarbij tegen gunstige (rente)voorwaarden wordt geleend, met dien verstande dat deze banken meer zekerheden kunnen bedingen dan andere schuldeisers (par. 3.1).

Het (ooit) kerkelijke verbod op rente keert terug in het verbod op woekerrente, welke rente in strijd met de goede zeden en/of openbare orde wordt

geacht (par. 2.3). Ook de regel dat tenzij dat schriftelijk is bedongen, in de geldlening tussen particulieren in beginsel géén rente is verschuldigd, is daar een overblijfsel van (par. 2.3).

In de Europese regelingen inzake consumentenkrediet en hypotheccair krediet staat de rol van de rente ook centraal, maar in die zin dat de consument bescherming ontbeert, indien de kredietgever geen kredietvergoeding vraagt (par. 3.2.2). De verplichting tot kredietwaardigheidsbeoordeling ex art. 4:34 Wft maakt dat onderscheid (terecht) niet: het is van toepassing ongeacht of de consument voor het krediet een vergoeding dient te betalen (par. 3.2.2).

De hoogte van de kredietvergoeding is gereguleerd, maar de toepasselijke regels vormen een lappendeken (par. 3.3.3). De Europese regelingen zijn in beperkte mate van toepassing, namelijk bij vervroegde aflossing en de herroeping van consumentenkrediet. De nationale regelingen bieden bescherming, maar die is gefragmenteerd: niet alleen afd. 7.2A.2 BW (art. 7:76 BW) en het Besluit kredietvergoeding, maar ook diverse bepalingen van Boek 6 BW (buitengerechtelijke kosten, wettelijke rente), het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, het Besluit wettelijke rente, het Rv (proceskosten), bijzondere bepalingen van afd. 7.2B.3 BW (art. 7:128a lid 2 BW), titel 7.2D BW (art. 7:137 BW) en het Besluit pandbelenningsvergoeding, de Richtlijn oneerlijke bedingen, de redelijkheid en billijkheid, de goede zeden en openbare orde bepalen uiteindelijk de hoogte van de kredietvergoeding en andere rente en kosten die een kredietgever in rekening mag brengen (par. 3.3.3). De fragmentatie is ten dele begrijpelijk, maar mag minder. De gehanteerde definities (zoals kredietvergoeding, pandbelenningsvergoeding en totale kosten van het krediet) zijn niet onderling afgestemd en verdienen bijvoorbeeld herziening; een overkoepelende visie op dit belangrijke aspect van kredietverlening lijkt te missen.

10 Bankbeslag

De beslagvrije voet geldt als een van de lichamelijke werken van barmhartigheid (par. 7.3). Hij verliest betekenis door de mogelijkheid van bankbeslag. Een schuldeiser kan eerst executoriaal loonbeslag leggen met inachtneming van de beslagvrije voet, om vervolgens executoriaal beslag te leggen onder de bank waar de schuldenaar zijn salarisrekening aanhoudt, zonder dat de schuldenaar opheffing kan vorderen van dit laatste beslag. Rechters zoeken een uitweg. De wetgever houdt zich gedeisd, in afwachting van voorstellen uit de praktijk. Het ligt in de rede het mogelijk te maken een beslagvrije voet rekening aan te wijzen, waarop maandelijks de beslagvrije voet wordt gestort. Aan het aanhouden van zo'n rekening zouden voor-

waarden kunnen worden verbonden, bijvoorbeeld ter zake van het beheer en de betalingen die via deze rekening kunnen worden gedaan (par. 7.4).

11 **Implementatie van Europese regels en Nederlandse zorgplicht**

Een algemene observatie is dat bij de implementatie in het privaatrecht van concrete bepalingen uit Europese richtlijnen de wetgever te veel verwijst naar de algemene leerstukken van het burgerlijk recht, zoals de zorgplicht van de bank of de redelijkheid en billijkheid, waardoor de omzetting van de beschermende bepalingen in de richtlijnen te vraag blijft. Voorbeelden daarvan zijn het verbod op overkreditering en regels omtrent kredietwaardigheidsbeoordeling, zowel bij consumentenkrediet als hypotheckrediet (par. 3.2.4.3, vgl. par. 3.2.4.4 en 3.3.2); het voorkomen van een restschuld door gedwongen verkoop (par. 3.2.4.7); het verbod op executoriale verkoop (par. 3.2.4.6); en oneerlijke betalingsbedingen bij het MKB (par. 4.2.2).

Het BW biedt te weinig toegesneden oplossingen. De implementatie in het privaatrecht mag concreter. Het is onvoldoende om daarbij naar andere wetten te verwijzen, zoals de Wft. De behoefte aan concrete regelingen geldt met name ook voor de privaatrechtelijke sanctie op de schending van de in de richtlijn genoemde normen. Die kan niet zonder meer worden overgelaten aan algemene leerstukken in het burgerlijk recht zoals schadevergoeding, met alle complexe vervolgvragen van dien, zoals uit de rechtspraak inzake effectenlease blijkt (par. 3.2.24). Voorziet de wetgever niet in een duidelijke vertaling, dan laat hij de te beschermen personen aan hun lot over wegens een gebrek aan duidelijkheid, hetgeen niet van barmhartigheid getuigt.

12 **De barmhartige overheid**

Ten slotte, wij kunnen er niet omheen aandacht te vragen voor de positie van de overheid.

Ook bij de overheid zelf geldt dat verplichtingen die zij op zich heeft genomen, bijvoorbeeld op grond van verdragen die de burger dienen te vrijwaren tegen armoede, niet zichtbaar zijn in het burgerlijk recht (par. 5.2).

Meer in het algemeen meet de overheid zich een geprivilegieerde positie aan ten koste van de schuldenaar en andere schuldeisers (vgl. par. 3.1 inzake de gemeentelijke kredietbank, par. 4.2.3 inzake betalingsachterstanden van het MKB en par. 4.3 inzake het bodemvoorrecht en het MKB). Het geldt met name bij beslag (par. 7.2 en 7.3). Dat wringt, daargelaten de redenen

voor een voorkeursbehandeling ten opzichte van particuliere schuldeisers, die soms net als de overheid te maken hebben met een uitgebreide incassopraktijk, al dan niet uitgevoerd door de tussenkomst van incassospecialisten. Indien de schuldenaar op de rand van het bestaansminimum is geraakt, zal de door de overheid en door de overheid gehouden ondernemingen te betonen barmhartigheid niet onverplicht zijn, gelet op de internationale afspraken over het recht op een behoorlijke levensstandaard en de vrijwaring van armoede (par. 5.2). Het is daarom met klem aan te bevelen dat de positie – minst genomen – wordt genormaliseerd.