

# ECLI:NL:GHARL:2019:5657

|                      |                                                                                                                                    |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden                                                                                                      |
| Datum uitspraak      | 09-07-2019                                                                                                                         |
| Datum publicatie     | 08-08-2019                                                                                                                         |
| Zaaknummer           | 200.224.178                                                                                                                        |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                        |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                                                                       |
| Inhoudsindicatie     | Hoger beroep. Schending zorgplicht financier wegens overkreditering. Beroep op artikel 6:89 BW en op artikel 3:310 lid 1 BW faalt. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                                                     |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civil recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.224.178  
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 5424285)

### arrest van 9 juli 2019

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellant in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: eiser,  
hierna: [appellant] ,  
advocaat: mr. J. Klomp,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Santander Consumer Finance Benelux B.V.,**

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: Santander,

advocaat: mr. D.A. Apperloo.

## **1 Het geding in eerste aanleg**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 31 mei 2017 dat de kantonrechter (rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht) heeft gewezen.

## **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 15 augustus 2017,
- de memorie van grieven (met producties),
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel (met een productie),
- de memorie van antwoord in incidenteel appel (met producties),
- de akte van [appellant] houdende overlegging producties in zowel principaal als incidenteel appel,
- de akte uitlating producties in zowel principaal als incidenteel appel van Santander.

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

## **3 De vaststaande feiten**

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.6 van het bestreden vonnis van 31 mei 2017.

## **4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep**

4.1 Het gaat in deze zaak over de vraag of er in 2004 bij het sluiten van de kredietovereenkomst

tussen [appellant] en Comfort Card Nederland B.V., de rechtsvoorgangster van Santander, en bij de verhogingen van dat krediet in 2004 en 2005 sprake was van overkreditering waarmee Santander haar zorgplicht jegens [appellant] heeft geschonden. [appellant] heeft in eerste aanleg - kort gezegd - gevorderd dat de kantonrechter bepaalt dat Santander jegens [appellant] toerekenbaar tekort is geschoten/haar zorgplicht heeft geschonden en/of onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is tot vergoeding van de schade die [appellant] daardoor heeft geleden of nog zal lijden, nader op te maken bij staat. Voorts heeft [appellant] gevorderd dat Santander wordt veroordeeld tot betaling van € 12.456,18, te vermeerderen met rente. In zijn vonnis van 31 mei 2017 heeft de kantonrechter bepaald dat Santander wat betreft de kredietverlening in 2004 toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens [appellant] en gehouden is de schade die hieruit voor [appellant] voortvloeit te vergoeden, Santander veroordeeld tot vergoeding aan [appellant] van die schade, nader op te maken bij staat, alsmede Santander veroordeeld in de proceskosten en de nakosten en voor het overige de vordering van [appellant] afgewezen.

- 4.2 De twee grieven van [appellant] in het principaal beroep zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat niet is komen vast te staan dat Santander ook ten aanzien van de kredietverhogingen in 2005 niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking. In incidenteel beroep bestrijdt Santander met grief 1 het oordeel van de kantonrechter dat Santander een bank is en met grief 2 het oordeel dat Santander wat betreft de kredietverlening in 2004 toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens [appellant] alsmede de beslissing tot verwijzing naar de schadestaatprocedure. Het hof ziet aanleiding de grieven van Santander het eerst te bespreken, te beginnen met grief 2.
- 4.3 Tussen partijen is niet in geschil dat in de periode 2004/2005 op Santander als kredietverlener een zorgplicht rustte om overkreditering van consumenten te voorkomen. Partijen zijn het er ook over eens dat deze zorgplicht voor de kredietverlener meebracht dat zij voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie om op deze wijze overkreditering te voorkomen. Volgens Santander heeft [appellant] echter niet binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW geklaagd bij Santander over de vermeende zorgplichtschending en geldt tevens dat de vordering van [appellant] is verjaard op grond van artikel 3:310 lid 1 BW. Voor het geval deze verweren niet slagen, betwist Santander dat zij niet aan haar zorgplicht heeft voldaan.
- 4.4 In artikel 6:89 BW is bepaald dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Vast staat dat [appellant] bij brief van 6 juli 2016 heeft geklaagd dat Santander bij het sluiten van de kredietovereenkomst in 2004 en bij de verhogingen van het krediet in 2004 en 2005 haar zorgplicht jegens [appellant] heeft geschonden. De stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op artikel 6:89 BW kunnen dragen, rusten op Santander omdat het door haar gevoerde verweer dat niet tijdig is geklaagd, een bevrijdend verweer is. Het ligt dan ook op de weg van Santander om voldoende feiten en omstandigheden te stellen waaruit kan volgen op welk moment [appellant] heeft ontdekt of bij een redelijkerwijs van hem te vergen onderzoek had behoren te ontdekken dat sprake was van schending van de zorgplicht door Santander, alsmede dat het tijdsverloop tot aan het moment dat [appellant] geklaagd heeft zo lang is geweest dat niet kan worden gesproken van een tijdige klacht. Santander heeft aangevoerd dat [appellant] al direct bij de kredietverlening in augustus 2004 bekend was met de vermeende schending van de zorgplicht wegens overkreditering - aangezien de daarvoor geldende normen niet zijn gewijzigd - en heeft gewezen op het tijdsverloop van 12 jaar tussen de kredietverlening en de klacht van [appellant] in 2016. Santander heeft echter nagelaten feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan volgen dat [appellant] ten tijde van de kredietverlening (of op enig ander moment tussen de kredietverlening en de klacht) op de hoogte was of had moeten zijn van de zorgplichtschending door Santander. Nu Santander niet aan haar stelplicht heeft voldaan, faalt haar beroep op artikel 6:89 BW. Santander heeft in de context van haar beroep op artikel 6:89 BW nog aangevoerd dat op grond van de redelijkheid en billijkheid niet van Santander kan worden verwacht dat zij na 12

jaar reageert op een klacht over haar handelen in 2004 en voert daarbij aan dat haar processen nadien ingrijpend zijn gewijzigd en zij gehouden is om gegevens na bepaalde tijd op te schonen of te verwijderen. Het hof is van oordeel dat dit verweer alleen al faalt om de reden dat het in casu om een nog niet afgewikkelde kredietverlening gaat.

- 4.5 Ook het beroep van Santander op verjaring ex artikel 3:310 BW faalt. Lid 1 van dat artikel bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad gaat het hierbij om een daadwerkelijke bekendheid. Omdat het beroep op verjaring een bevrijdend verweer is, zal Santander moeten stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van verjaring. Santander heeft aangevoerd dat [appellant] van aanvang aan bekend was met Santander als aansprakelijke instantie en met de schending van de zorgplicht wegens overkreditering, aangezien de daarvoor geldende normen niet zijn gewijzigd. Santander heeft echter verzuimd feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan volgen dat [appellant] ten tijde van de kredietverlening bekend was met de zorgplichtschending door Santander en met de daaruit voortvloeiende schade. Dit betekent dat Santander niet heeft voldaan aan haar stelplicht en daarom faalt haar beroep op verjaring.
- 4.6 Santander heeft (subsidiar) aangevoerd dat zij bij de kredietverlening aan [appellant] in augustus 2004 aan haar zorgplicht heeft voldaan. Partijen achten beide de gedragscode van de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (hierna: de gedragscode) van toepassing. In artikel 4 lid 1 van de gedragscode (in de versie die is vastgesteld op de ALV van 21 april 2004) is neergelegd dat de financier alleen kredieten verstrekt na (onder meer) serieus onderzoek, in het bijzonder naar de kredietwaardigheid, de financiële positie en de draagkracht van de kredietaanvrager en dat voor overkreditering zal worden gewaakt. In artikel 4 lid 3 van de gedragscode is bepaald dat de financier geen krediet verstrekt indien: *“de uit het te verstrekken krediet voortvloeiende werkelijke, of volgens het voorgaande lid berekende theoretische verplichtingen indien deze hoger zijn, ertoe leiden dat de kredietnemer van zijn inkomsten, na aftrek van vaste lasten, minder overhoudt dan de voor de kredietnemer geldende bijstandsnorm onder aftrek van de normhuur zoals bepaald in de artt. 16.1 en 17.2 Huursubsidiewet. (...)”* De toelichting op lid 3 luidt: *“Als de volgens lid 2 berekende periodieke financieringsverplichtingen worden opgeteld bij de woonlasten (huur- c.q. hypotheeklasten), alimentatie, ziektekostenverzekering etc., en het totaal in mindering wordt gebracht op het netto-inkomen van de kredietnemer (...), moet de kredietnemer aan inkomsten tenminste blijven beschikken over de voor de kredietnemer geldende bijstandsnorm, onder aftrek van de normhuur zoals bepaald in de artt. 16.1 en 17.2 Huursubsidiewet.(...)”* In lid 2 van artikel 4 van de gedragscode is bepaald: *“Voor de beoordeling van de aflossingscapaciteit van de kredietnemer gaat de financier uit van een maandelijkse betaling door de kredietnemer van tenminste 2% van de kredietlimiet (bij doorlopend krediet) of het kredietbedrag (bij aflopend krediet), ook als de werkelijke periodieke betaling door de kredietnemer kleiner is. Eventueel reeds lopende kredieten herberekent financier volgens dezelfde norm om de reeds bestaande verplichtingen van de kredietnemer vast te stellen.”* De toelichting op lid 2 luidt: *“(…) Om te voorkomen dat de cliënt onverantwoorde verplichtingen aangaat, dient de financier voor de acceptatie uit te gaan van een norm-bedrag aan rente en aflossing van tenminste 2% per maand van de kredietlimiet of het kredietbedrag. Eventueel reeds lopende leningen moeten voor het berekenen van de aflossingscapaciteit volgens dezelfde norm worden herberekend. Bij verschil tussen de werkelijke en de theoretische verplichtingen geldt voor de berekening van de aflossingscapaciteit steeds het hoogste bedrag. (...)”*.
- 4.7 De door Santander uitgevoerde berekening leidt tot een andere uitkomst dan de berekening van de kantonrechter in het vonnis van 31 mei 2017. Dit verschil is vooral veroorzaakt door het feit dat Santander enerzijds is uitgegaan van de bijstandsnorm inclusief normhuur en anderzijds niet de werkelijke woonlasten (€ 300 huur) in mindering heeft gebracht op het nettoloon van [appellant] (in de berekening van Santander € 1.200). Hiermee heeft Santander in strijd met artikel 4 lid 3 van de gedragscode de normhuur (€ 184) in haar berekening betrokken in plaats van de werkelijke huur van [appellant] , terwijl de werkelijke huur € 116 hoger was dan de normhuur. Ook heeft

Santander in afwijking van artikel 4 lid 3 van de gedragscode niet de premie ziektekostenverzekering (€ 28) in mindering gebracht op het inkomen van [appellant] . Santander is voorts wel uitgegaan van € 467 aan bestaande kredietlasten, maar heeft nagelaten de extra maandelijkse kredietlast (€ 90) uit het door haarzelf te verstrekken krediet in mindering te brengen op het inkomen van [appellant] , terwijl zij dit op grond van artikel 4 lid 3 jo. lid 2 van de gedragscode wel behoorde te doen. Bij een berekening in overeenstemming met de gedragscode, zoals de kantonrechter heeft uitgevoerd, blijkt [appellant] (bij de kredietverlening en de verhoging daarvan) in 2004 van zijn maandelijkse inkomsten minder over te houden dan de op dat moment geldende bijstandsnorm exclusief normhuur van € 366, hetgeen betekent dat Santander op dat moment geen krediet aan [appellant] had mogen verstrekken en door dat wel te doen toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens [appellant] .

4.8 Grief 2 in incidenteel appel is voorts gericht tegen de verwijzing door de kantonrechter naar de schadestaatprocedure. Volgens Santander heeft [appellant] niet aannemelijk gemaakt dat hij schade heeft geleden doordat Santander in 2004 in haar zorgplicht is tekortgeschoten. Het hof acht echter de mogelijkheid van schade voortvloeiende uit overkreditering in 2004 aannemelijk, zodat de zaak naar de schadestaatprocedure kan worden verwezen.

4.9 Het voorgaande betekent dat grief 2 in incidenteel appel faalt.

4.10 Of Santander heeft te gelden als bank, doet niet af aan hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen. Santander erkent immers dat ook op haar de verplichting rust om te waken voor overkreditering en de toepasselijkheid (ook ten aanzien van haar) van de gedragscode. Grief 1 in incidenteel appel deelt daarom het lot van grief 2.

4.11 De grieven van [appellant] in principaal appel zien op de kredietverhogingen in oktober en november 2005. Volgens de kantonrechter bedroeg de in 2005 geldende bijstandsnorm € 330. Dit stemt overeen met de in het geding gebrachte leefnorm van de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland, waarin als bijstandsnorm voor een alleenstaande in 2005 een bedrag van € 330 (exclusief normhuur) staat vermeld. Het hogere bedrag dat [appellant] zonder begrijpelijke toelichting als bijstandsnorm opvoert zal door het hof terzijde worden gelaten. De kantonrechter heeft bij zijn berekening het blijkens de loonspecificatie van september 2005 aan [appellant] uitbetaalde loon (€ 1.815,65) aangehouden. [appellant] neemt de loonspecificatie van augustus 2005 (€ 1.814,60) bij zijn berekening tot uitgangspunt. Beide loonspecificaties zijn door [appellant] in oktober 2005 in het kader van zijn verzoek tot kredietverhoging aan Santander verstrekt en deze specificaties zijn in eerste aanleg door beide partijen in het geding gebracht. In hoger beroep voert [appellant] aan dat op de loonspecificaties een bedrag van € 120 aan reiskosten staat vermeld dat in mindering moet worden gebracht op het uitbetaalde salaris. Santander betwist dat [appellant] aan haar te kennen heeft gegeven dat reiskosten in mindering moeten worden gebracht op het ontvangen loon. Uit de hiervoor bedoelde loonspecificaties van augustus en september 2005 blijkt evenwel dat bovenop het nettosalaris van € 1.723,46 een post "Reiskosten WW" van € 120 is uitbetaald. Santander had, mede gezien de toelichting op artikel 4 lid 3 van de gedragscode, dan ook het nettosalaris zonder reiskosten (€ 1.723,46) tot uitgangspunt moeten nemen.

4.12 De kantonrechter is bij zijn berekening over 2005 uitgegaan van ten opzichte van 2004 ongewijzigde bedragen aan huur en ziektekostenverzekering. Volgens [appellant] verloor hij echter in 2005 vanwege de stijging van zijn inkomen zijn recht op huursubsidie, zou zijn ziektekostenpremie stijgen vanwege de invoering van het nieuwe ziektekostenstelsel en zijn deze wijzigingen in zijn telefonische verzoek tot kredietverhoging in oktober 2005 besproken met een medewerkster van Santander. Santander heeft de beide door [appellant] gestelde wijzigingen niet weersproken. Volgens Santander waren de door [appellant] in productie 3 bij memorie van grieven bij "werkelijke huur" en "ziektekostenverzekering" opgenomen bedragen (respectievelijk € 500 en € 107,85) destijds niet bij haar bekend. [appellant] zou deze nieuwe bedragen (die Santander op zich niet betwist) niet hebben gemeld. Naar het oordeel van het hof kan in het midden worden

gelaten of [appellant] uit zichzelf de wijzigingen van zijn woonlasten en ziektekostenverzekering aan Santander heeft gemeld. Gezien het substantieel hogere inkomen van [appellant] in 2005 ten opzichte van het - bij Santander bekende - inkomen van [appellant] in 2004 en gegeven het feit dat Santander wist dat [appellant] woonruimte huurde, had Santander in het kader van haar onderzoeksplicht bij [appellant] moeten informeren naar eventuele wijzigingen in zijn vaste lasten zoals huur en ziektekostenverzekering. Niet gesteld of gebleken is dat Santander dat (afdoende) heeft gedaan. Santander heeft genoeg genomen met een telefonische verhoging van de kredietovereenkomst en heeft geen gespreksnotities gemaakt en/of bewaard. Dat komt echter voor haar risico. Het hof is derhalve van oordeel dat Santander haar onderzoeksplicht heeft geschonden en zal overeenkomstig de gedragscode de volledige huur (€ 500) en premie ziektekostenverzekering (€ 107,85) in de berekening van de kredietruimte betrekken.

4.13 De kantonrechter heeft voorts een bedrag van € 567 aan bestaande kredietlasten van [appellant] in zijn berekening van de kredietruimte voor 2005 betrokken. De kantonrechter is op dat bedrag gekomen door de in 2004 bestaande kredietsom te verhogen met de € 5.000 die [appellant] in 2004 van Santander heeft geleend en het totaalbedrag te vermenigvuldigen met 2%. [appellant] heeft in zijn grieven niet uiteengezet wat zijn bezwaar is tegen deze berekening van de kantonrechter, maar heeft enkel verwezen naar een nieuwe berekening overkreditering 2005 (productie 3 bij memorie van grieven). De in die nieuwe berekening genoemde bedragen aan bestaande kredietlasten zijn niet toegelicht en in die berekening wordt verwezen naar niet in het geding gebrachte bijlagen. Voor zover [appellant] beoogt met zijn grieven ook de berekening door de kantonrechter van de voorafgaand aan de kredietverhogingen in 2005 reeds bestaande kredietlasten te bestrijden, zijn zijn grieven niet voldoende duidelijk. Het hof zal daarom uitgaan van het bedrag van € 567 aan bestaande kredietlasten.

4.14 De maandlast van de eerste kredietverhoging in 2005 bedraagt € 60 (3% van € 2.000) en de maandlast van de tweede kredietverhoging in dat jaar is € 90 (3% van € 3.000). Ook als die extra kredietlasten worden meegerekend (wat de kantonrechter niet heeft gedaan), was er in 2005 geen sprake van overkreditering. Als de woonlasten (€ 500), ziektekostenpremie (€ 107,85), de bestaande kredietlasten (€ 567) en de nieuwe kredietlasten (€ 150) in mindering worden gebracht op het nettoloon van september 2005 (€ 1.723,46), resteert immers een bedrag dat € 68,61 boven de destijds geldende bijstandsnorm exclusief normhuur van € 330 ligt. De grieven van [appellant] in principaal appel missen derhalve doel.

## **5 De slotsom**

5.1 De slotsom is dat zowel de grieven in principaal hoger beroep als de grieven in incidenteel hoger beroep falen. Nu partijen geen (althans niet voldoende concreet en specifiek) bewijs hebben aangeboden van feiten die, indien bewezen, tot een andere conclusie leiden, wordt aan de bewijsaanbiedingen voorbij gegaan. Dit betekent dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

5.2 In het principaal hoger beroep zal [appellant] als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld. De kosten voor de procedure in principaal hoger beroep aan de zijde van Santander zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 716
- salaris advocaat € 1.074 (1 punt x appeltarief II).

5.3 In het incidenteel hoger beroep zal Santander als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld. Gezien het gewicht van de in het incidenteel hoger beroep aan de orde gestelde kwesties, ziet het hof aanleiding voor de werkzaamheden van de advocaat punten toe te wijzen op gelijke voet als in het principaal hoger beroep. De kosten voor

de procedure in incidenteel hoger beroep aan de zijde van [appellant] zullen derhalve worden vastgesteld op:

- salaris advocaat € 1.074 (1 punt x appeltarief II),  
zoals gevorderd te vermeerderen met de nakosten.

## **6 De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 31 mei 2017;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Santander vastgesteld op € 716 voor verschotten en op € 1.074 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt Santander in de kosten van het incidenteel hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant] vastgesteld op € 1.074 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te vermeerderen met de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval Santander niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.J. de Kerpel-van de Poel, L.M. Croes en J. Beuving en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 9 juli 2019.