

ECLI:NL:GHAMS:2020:3466

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 15-12-2020

Datum publicatie 18-01-2021

Zaaknummer 200.248.581/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Overkreditering. ELQ heeft in strijd met de op haar zelfstandig rustende onderzoeksplicht de door de tussenpersoon aangeleverde gegevens niet geverifieerd. ELQ wist dat cliënten, ook indien werd uitgegaan van de opgegeven inkomsten, niet in staat waren de lasten van de hypothecaire geldlening én de lasten van de BKR-schulden te dragen. Geen eigen schuld. Gevorderde schadeposten gedeeltelijk toegewezen.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.248.581/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/622127 / HA ZA 17-58

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 15 december 2020

inzake

1 [X] ,

2. [Y] ,

beiden wonende te [woonplaats] ,

appellanten,

incidenteel geïntimeerden,

advocaat mr. F.M.A. Rooijackers te Eindhoven,

tegen

ELQ PORTEFEUILLE I B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

incidenteel appellante,

advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna [X] , [Y] en gezamenlijk [X] c.s. in genoemd en geïntimeerde ELQ.

[X] c.s. zijn bij dagvaarding van 12 juni 2018 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 8 november 2017 (hierna: het tussenvonnissen) en van 9 mei 2018 (hierna: het eindvonnis), onder bovenvermeld zaak-/rolnummer geweest tussen [X] c.s. als eisers en ELQ als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met een productie;
- memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel,
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] c.s. hebben in principaal appel geconcludeerd dat het hof het tussenvonnissen en het eindvonnis zal vernietigen en, uitvoerbaar bij voorraad, zijn vorderingen alsnog zal toewijzen, met veroordeling van ELQ in de proceskosten van beide instanties, met nakosten en rente.

ELQ heeft in principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen, met veroordeling van [X] c.s. in de proceskosten van het principaal appel, met nakosten en rente, en in incidenteel appel tot vernietiging van de bestreden vonnissen en afwijzing van de oorspronkelijke eisen van [X] c.s., met – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van [X] c.s. in de kosten van het incidenteel appel, met nakosten en rente.

[X] c.s. hebben in incidenteel appel geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van ELQ in de kosten van het incidenteel appel, met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het tussenvonnis onder 2, 2.1 tot en met 2.20, de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. De vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

(i) [X] en [Y] zijn getrouwd.

(ii) [X] c.s. hebben zich in 2007 gewend tot de tussenpersoon Vergelijkshop Midden-Nederland (hierna: de tussenpersoon) omdat zij een hypothecaire lening wilden afsluiten.

(iii) [X] , taxichauffeur, dreef destijds als medevenoot een taxibedrijf, dat was eerst V.O.F. Ermus en later V.O.F. Taxibedrijf Sun NL (hierna: de v.o.f.). Daarnaast verrichtte hij werkzaamheden in loondienst voor Douwe Egberts.

(iv) Op 9 november 2007 hebben [X] c.s. het door althans voor hen ingevulde formulier "Gegevens Aanvrager" van ELQ voor akkoord ondertekend. Hierop is aangegeven dat [X] als zelfstandige een bruto jaarinkomen van € 80.000 genereert en dat [Y] een inkomen uit WAO-uitkering ontvangt van € 15.000 per jaar.

(v) Eveneens op 9 november 2007 heeft [X] het door althans voor hem ingevulde formulier "Verificatie Eigenverklaring" van ELQ voor akkoord ondertekend. Hierin staat, onder meer, dat hij als zelfstandige op jaarbasis een bruto inkomen heeft van € 80.000 en dat dat bestaat uit winst uit onderneming.

(vi) Voornoemde formulieren zijn naar ELQ gestuurd.

(vii) Op 19 november 2007 heeft ELQ een BKR-toets met betrekking tot [X] c.s. uitgevoerd. Hieruit is gebleken dat op naam van [X] c.s. in totaal € 214.048 aan verstrekte financieringen bij het BKR stonden geregistreerd. Van dat bedrag had €169.187 betrekking op (financial) leasecontracten ter zake van taxi's die door de v.o.f. in 2007 waren aangegaan.

(viii) In een e-mail van ELQ aan de tussenpersoon van 20 november 2007 staat onder meer:

"Vandaag hebben wij gesproken met de klant [[X] , hof] omtrent zijn winst ad € 80.0000,-.

De klant verklaarde in eerste instantie dat de omzet gelijk aan de winst was.

Aangezien wij meerdere aanvragen van meneer [X] hebben binnengekregen met wisselende bedragen zetten wij onze vraagtekens bij deze winst. Conform de regels moeten wij deze aanvraag dan ook afwijzen, het staat u natuurlijk vrij om stukken te overleggen zodat we de zaak verder kunnen beoordelen."

(ix) [X] heeft op 3 december 2007 opnieuw het formulier "Verificatie Eigenverklaring" van ELQ ingevuld. Hierin staat, onder meer, dat hij als zelfstandige op jaarbasis een bruto inkomen heeft van € 60.000 als winst uit onderneming.

(x) Daarnaast heeft [X] aan ELQ door hem zelf vervaardigde overzichten verstrekt waarin een indicatie is gegeven van de omzet van de v.o.f. over de maanden september en oktober 2007. Deze omzet heeft [X] op € 7.766 respectievelijk € 7.271 geraamd.

(xi) ELQ heeft op 7 december 2007 een offerte aan [X] c.s. uitgebracht, waarin hem een aflossingsvrije hypothecaire lening van € 443.500 werd aangeboden met een looptijd van 30 jaar tegen een nominale rente van 7,05% per jaar, hetgeen zich vertaalde naar een bruto maandlast van € 2.605,56. In deze offerte staat, onder meer:

"Hypothecaire geldlening die de marktwaarde overstijgt

De hoogte van de bij deze offerte aangeboden lening bedraagt meer dan de marktwaarde van het onderpand. De mogelijkheid bestaat dat indien er sprake is van een (gedwongen) verkoop, de verkoopopbrengst niet voldoende zal zijn om de gehele lening af te lossen. Daardoor kan het zijn

dat er sprake is van een restschuld. Voor deze restschuld bent u aansprakelijk.

Gedragcode Hypothecaire Financieringen (GHF)

In Bijlage 1 bij deze offerte is belangrijke informatie opgenomen over de GHF (de 'GHF Bijlage'). Daarin wordt uitgelegd dat door de verstrekking van de in deze offerte opgenomen lening wordt afgeweken van regels uit de GHF. Door ondertekening van deze offerte verklaart u:

- dat u de GHF Bijlage hebt gelezen en begrepen;
- dat u door ELQ bent geïnformeerd over de afwijking van de GHF;
- dat u door ELQ bent gewezen op de daaraan verbonden risico's;
- dat u de risico's begrijpt en accepteert.

(...)

Voorbehouden

Deze offerte is onder voorbehoud dat:

ELQ vereist dat u voor of uiterlijk tijdens het passeren van de ELQ Hypotheek alle kredieten met een negatieve BKR-codering en tevens alle leningen zonder negatieve codering - voor zover die naar verwachting na passeren van de ELQ Hypotheek niet draagbaar voor u zullen zijn - volledig afgelost. Alleen dan kan ELQ concluderen dat u in staat bent om de in deze offerte genoemde woonlasten te dragen.

(...)

U de onderstaande kredieten inlost voor of tijdens passeren van de ELQ Lening om de woonlasten te kunnen dragen die verbonden zijn aan de gevraagde hoofdsom:

- Het aflopend krediet met een limiet van € 48.729,-
- Het aflopend krediet met een limiet van € 35.866,-
- Het aflopend krediet met een limiet van € 37.088,-.
- Het aflopend krediet met een limiet van € 47.504,-.

(...)

BIJLAGE 1

De Gedragcode Hypothecaire Financieringen (GHF) Bijlage

ELQ onderschrijft de GHF. In de GHF zijn afspraken gemaakt over de wijze waarop hypothecair financiers leningen verstrekken. (...) Zo stelt de GHF grenzen aan het deel van het inkomen dat iemand besteden mag aan hypotheeklasten. Die grenzen zijn uitgedrukt in zogenaamde woonlastpercentages. (...)

De GHF biedt de mogelijkheid om in bijzondere gevallen af te wijken van deze gestelde grenzen. De leningen van ELQ zijn speciaal bedoeld voor personen die zich in een bijzondere situatie bevinden, bijvoorbeeld doordat zij ernstige BKR achterstandscodering(en) hebben of doordat zij een minder stabiel of moeilijk aantoonbaar inkomen hebben. Door hun bijzondere situatie en hun navenant hogere risicoprofiel kunnen zij in de regel niet terecht bij reguliere verstrekkers van hypothecair krediet. (...)

Omdat de leningen van ELQ bedoeld zijn voor personen die zich in een bijzondere situatie bevinden, hebben zij een aantal bijzondere kenmerken. Door het hogere risicoprofiel van de leningnemers, zijn de leningen in het algemeen duurder (de leningen kennen een hoger rentetarief). (...) Doordat de leningen van ELQ in het algemeen een hogere rente kennen, zijn de maandlasten van de leningen van ELQ doorgaans hoger dan de maximale maandlasten die op basis van de hiervoor genoemde woonlastpercentage van de GHF worden berekend.

Als u de lening zoals opgenomen in de offerte aangaat, dan moet u zich realiseren dat uw maandelijkse hypotheeklasten hoger zijn dan de maximale maandlasten die met inachtneming van de woonlastpercentages van de GHF zouden worden berekend. Hoe hoger de maandlasten, des te lager het bedrag is dat u maandelijks beschikbaar hebt voor ander bestedingsdoeleinden. U moet voor uzelf de afweging maken of u bereid bent om gedurende de looptijd van uw

hypothecaire geldlening een relatief groot deel van uw inkomen aan hypotheeklasten uit te geven. Aan het sluiten van een dergelijke lening zijn risico's verbonden.

(...)

ELQ gaat dan ook niet na of de lening, gelet op uw specifieke situatie, doelstellingen en risicobereidheid voor u geschikt is. Voor advies dient u zich te wenden tot uw hypotheekadviseur."

ELQ is bij de berekening van de aan [X] c.s. te verstrekken lening uitgegaan van een woonlastpercentage van 45%.

(xii) [X] c.s. hebben de offerte geaccepteerd, waarna partijen de tot stand gekomen overeenkomst in januari 2008 schriftelijk hebben vastgelegd.

(xiii) [X] c.s. hebben de hypothecaire lening gebruikt voor de aankoop van een woning aan de [adres] (hierna: de woning).

(xiv) Bij brief van 1 november 2009 hebben [X] c.s. aan ELQ bericht dat zij, kort samengevat, de maandlasten van hun hypothecaire lening niet langer kunnen dragen.

(xv) In de daarop volgende periode tot eind 2014 hebben ELQ en [X] c.s. (opeenvolgende) regelingen getroffen die erin hebben bestaan dat het door [X] c.s. verschuldigde maandbedrag (steeds) tijdelijk werd verlaagd. Ook heeft ELQ meermaals een ontstane achterstand kwijtgescholden. In februari 2011 heeft ELQ geconcludeerd dat bij [X] c.s. sprake is van een structureel tekort en dat de oplossing moet worden gezocht in verkoop van de woning. Op verzoek van [X] c.s. is er vervolgens weer een betalingsregeling afgesproken, die daarna enkele malen is verlengd. In juli 2014 is ELQ tot de conclusie gekomen dat het niet haalbaar is de regeling te blijven verlengen en dat de woning verkocht moet worden. In december 2014 is de woning voor € 348.100 verkocht, waarna een restschuld van € 95.400 voor [X] c.s. overbleef.

(xvi) Na de verkoop zijn [X] c.s. eerst verhuisd naar een bovenwoning en vervolgens, vanwege de gezondheidstoestand van [Y] , naar een woning op de begane grond.

(xvii) [X] c.s. hebben bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: het Kifid) geklaagd dat ELQ zich schuldig heeft gemaakt aan overkreditering en daardoor de op haar rustende zorgplicht jegens [X] c.s. heeft geschonden. [X] c.s. hebben ELQ hierbij aansprakelijk gesteld voor door hen gestelde schade, bestaande uit de restschuld, verhuiskosten, kosten van investeringen aan de woning, de aan ELQ betaalde rente en juridische kosten.

(xviii) Het Kifid heeft zich als volgt over de kwestie uitgelaten. Het heeft eerst geoordeeld dat ELQ nader onderzoek had moeten doen naar het inkomen van [X] en niet had mogen afgaan op zijn eigen verklaring en dat ELQ hierdoor haar zorgplicht ten opzichte van [X] c.s. heeft geschonden. Vervolgens zijn [X] c.s. in de gelegenheid gesteld nader te onderbouwen wat zij volgens de GHF-normen en hun inkomen van destijds wel hadden mogen lenen, teneinde te kunnen vaststellen of sprake is geweest van overkreditering en zo ja, de dientengevolge geleden schade te kunnen vaststellen. Bij eindbeslissing is het Kifid uitgegaan van een bruto jaarinkomen van [X] c.s. in 2007 van € 35.104, dat volgt uit de aangifte IB van [X] c.s. Het Kifid heeft vastgesteld dat [X] c.s. uitgaande van dat inkomen en de destijds geldende GHF normen € 142.000 had mogen lenen en dat sprake is van overkreditering van ruim € 300.000. De daarover door [X] c.s. betaalde rente van € 109.303,83 alsmede de kosten van de eerste verhuizing van [X] c.s. van € 2.871,03 komen voor vergoeding door ELQ in aanmerking, aldus het Kifid. Vervolgens overweegt het Kifid dat een deel daarvan voor rekening van [X] c.s. moet blijven omdat zij een verkeerde opgave van hun inkomen hebben gedaan en omdat het erop "lijkt (...) dat Consument c.s. [[X] c.s., hof] naast het fiscale inkomen meer inkomen geniet, hetgeen verklaart waarom hij een hoger inkomen heeft opgegeven en hetgeen verklaart dat hij gedurende lange tijd in staat is geweest de rentelast te betalen die vrijwel geheel gelijk is aan zijn fiscale inkomen." Het Kifid heeft beslist dat op grond van voorgaande overwegingen 40% van de schade voor rekening van [X] c.s. moet blijven.

(xix) De beslissing van het Kifid bindt partijen niet.

3 De beoordeling

3.1 [X] c.s. hebben in eerste aanleg gevorderd (a) voor recht te verklaren dat ELQ tekort is geschoten in de op haar rustende zorgplicht en (b) ELQ te veroordelen tot betaling van schadevergoeding aan [X] c.s. van € 246.452,04.

De rechtbank heeft in het tussenvonnis [X] c.s. toegelaten te bewijzen dat sprake is geweest van overkreditering. In het eindvonnis heeft de rechtbank beslist dat [X] c.s. niet zijn geslaagd in het aan hen opgedragen bewijs van overkreditering en de vorderingen afgewezen.

3.2 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen [X] c.s. in principaal appel met 30 grieven op. ELQ komt in incidenteel appel met drie grieven op tegen het tussenvonnis.

3.3 De principale grieven stellen onder meer de vraag aan de orde of ELQ in 2007 bij de verstrekking van de aflossingsvrije hypothecaire geldlening ten bedrage van € 443.500 in strijd met de op haar rustende (privaatrechtelijke en publiekrechtelijke) zorgplicht heeft gehandeld.

Bijzondere zorgplicht: juridisch kader

3.4 Blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad brengt de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht mee. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. De bijzondere zorgplicht van een bank bracht, ook in 2007, onder meer mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument, inlichtingen diende in te winnen over zijn inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Daarbij komt het aan op de destijds geldende inzichten over verantwoorde kredietverstrekking. Deze bijzondere zorgplicht rust niet alleen op banken, maar ook op andere professionele kredietverstrekkers zoals ELQ en bestaat ongeacht of de consument wordt bijgestaan door een tussenpersoon. De kredietverstrekker mag niet zonder meer afgaan op de door een tussenpersoon aan hem verschaft inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie van de consument, aangezien hij zelf ervoor verantwoordelijk blijft te waken tegen overkreditering van de consument en daartoe zo nodig zelf nadere inlichtingen moet inwinnen of gegevens moet verifiëren.

3.5 In de toezichtwetgeving is de kredietwaardigheidstoets voor consumentenkrediet en hypothecair krediet vanaf 1 januari 2007 geregeld in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het daarop gebaseerde Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Art. 4:34 Wft bepaalde destijds dat voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake krediet een aanbieder van krediet in het belang van de consument informatie inwint over diens financiële positie, ter voorkoming van overkreditering van de consument beoordeelt of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is, en geen overeenkomst inzake krediet met een consument aangaat indien dit met het oog op overkreditering van de consument onverantwoord is. Nadere regels zijn gesteld in het BGfo. Art. 113 lid 1 BGfo bepaalde destijds dat een aanbieder van krediet met een consument geen overeenkomst inzake krediet aangaat waarvan de krediet som of de kredietlimiet meer dan € 1.000 bedraagt, indien hij niet beschikt over voldoende schriftelijke of digitaal vastgelegde informatie aangaande de financiële positie van de consument om, ter voorkoming van overkreditering, te kunnen beoordelen of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is. Art. 115 lid 1 BGfo bepaalde destijds dat ter voorkoming van overkreditering een aanbieder van krediet de criteria vastlegt die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument en dat hij deze criteria toepast bij de beoordeling van een kredietaanvraag. Voor hypothecair krediet werd daarvoor destijds gebruik gemaakt van de Gedragscode Hypothecaire Financiering (GHF), een vorm van zelfregulering. ELQ heeft de GHF onderschreven.

De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietverstrekker kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd. De publiekrechtelijke regelgeving is weliswaar relevant voor de invulling van de civielrechtelijke zorgplicht om te waken

tegen overkreditering, maar bepaalt niet de inhoud ervan.

Het onderzoek dat een kredietverstrekker moet verrichten naar de inkomens- en vermogenspositie van de consument is geen zelfstandige verplichting, maar een middel om eventuele overkreditering te kunnen vaststellen. Het gaat erom of (feitelijk) sprake is geweest van overkreditering.

Bijzondere zorgplicht van ELQ jegens [X] c.s.

- 3.6 [X] heeft op 3 december 2007 het formulier "Verificatie Eigenverklaring" van ELQ ingevuld. Hierin staat, onder meer, dat hij als zelfstandige op jaarbasis een bruto-inkomen heeft van € 60.000 als winst uit onderneming. Daarnaast heeft [X] aan ELQ door hem zelf vervaardigde overzichten verstrekt waarin een indicatie is gegeven van de omzet van de v.o.f. over de maanden september en oktober 2007. Deze omzet heeft [X] op € 7.766 respectievelijk € 7.271 geraamd.
- 3.7 In het licht van de verstrekte omzetgegevens van de v.o.f. had ELQ als professionele kredietverlener nader onderzoek moeten doen naar de door [X] genoemde winst uit onderneming van € 60.000 per jaar. De genoemde *winst* van € 60.000 per jaar valt niet te rijmen met de verstrekte *omzet*gegevens van de v.o.f., die minimaal twee vennoten heeft, over de maanden september en oktober 2007 van circa € 7.500 per maand en dat moet ELQ als professionele kredietverlener ook duidelijk zijn geweest. Daarbij is van belang dat ELQ meerdere aanvragen van [X] had binnengekregen met wisselende bedragen aan inkomsten en dat haar bekend was dat [X] moeite had met de begrippen omzet en winst. De hypothecaire geldleningen van ELQ zijn speciaal bedoeld voor personen in bijzondere situaties en met een navenant hoger risicoprofiel, waardoor zij in de regel niet terecht kunnen bij reguliere verstrekkers van hypothecair krediet. Vanwege hun hoger risicoprofiel brengt zij die personen een hoger rentepercentage in rekening. Ook [X] c.s. moesten een hoger rentepercentage betalen. Het door ELQ onderkende hogere risicoprofiel van [X] c.s. is geen excuus voor het niet doen van nader onderzoek, maar maakt het juist des te noodzakelijker dat ELQ nader onderzoek deed naar hun kredietwaardigheid. Voor zover ELQ anders betoogt gaat het hof daaraan voorbij.
- 3.8 Uit het voorgaande volgt dat ELQ niet heeft voldaan aan de op haar zelfstandig rustende onderzoeksplicht omdat zij de door de tussenpersoon aangeleverde gegevens niet heeft geverifieerd, hetgeen haar des te meer valt aan te rekenen omdat daartoe alle aanleiding bestond. Mitsdien faalt grief 1 in incidenteel appel.
- 3.9 Het hof heeft zich er rekenschap van gegeven dat ELQ, naar zij stelt en ook volgt ook uit de tweede alinea van Bijlage 1 bij de offerte, zich toelegt op het verstrekken van leningen aan personen die "een minder stabiel of moeilijk aantoonbaar inkomen" hebben. Dat is een omstandigheid die er voor pleit om te aanvaarden dat een onderzoek naar de inkomsten van een dergelijke kredietnemer daarover geen absolute wetenschap zal kunnen bieden, maar ook dat laat onverlet dat van ELQ verwacht mocht worden dat zij in ieder geval vóór de verstrekking van de geldlening voldoende betrouwbare aanwijzingen zou hebben vergaard om aan te nemen dat [X] c.s. bestendige additionele inkomsten zouden hebben in een mate die de kredietverlening verantwoord zou hebben doen zijn. Dat ELQ over dergelijke aanwijzingen beschikte blijkt evenwel niet en laat onverlet dat ELQ geen enkel onderzoek heeft gedaan naar de inkomsten van [X] c.s. De omstandigheid dat [X] c.s. bijna twee jaar de lasten hebben voldaan is geen aanwijzing in bedoelde zin, reeds niet omdat die relatief korte periode niet wijst op bestendigheid van die additionele inkomsten.
- 3.10 Verder is van belang dat ELQ heeft onderkend dat [X] c.s., ook indien wordt uitgegaan van de door hen opgegeven inkomsten, niet in staat waren de lasten van de hypothecaire geldlening én de lasten van de, kort gezegd, BKR-schulden te dragen. ELQ heeft in de offerte namelijk het voorbehoud opgenomen, dat [X] c.s. voor of uiterlijk tijdens het passeren van de ELQ-hypotheek alle kredieten met een negatieve BKR-codering en tevens alle leningen zonder negatieve codering

- voor zover die naar verwachting niet draagbaar zullen zijn - volledig aflossen. Alleen dan kan ELQ, zo staat in de offerte, concluderen dat [X] c.s. in staat zijn om de in de offerte genoemde woonlasten te dragen. Verder eiste ELQ dat [X] c.s. een viertal kredieten met een totale limiet van € 169.187 volledig zouden hebben afgelost. Geen enkele schuld is echter afgelost. ELQ heeft in strijd met het voorbehoud de hypothecaire geldlening toch verstrekt. Dat een deel van de BKR-schulden zag op vier leasecontracten, die bestemd waren voor zakelijke doeleinden doet daar niet aan af. ELQ heeft immers de eis gesteld dat die kredieten moesten worden afgelost en niet vastgelegd waarom zij desondanks toch de geldlening heeft verstrekt. Bovendien verminderen de lasten van de leasecontracten, die alle in 2007 zijn aangegaan, de winst van de v.o.f. Het had in ieder geval op de weg van ELQ gelegen na te gaan welke lasten (rente en aflossing) de leasecontracten van in totaal € 169.187 in 2007 en de jaren daarna op de v.o.f. legden. Verder staat vast dat [X] c.s. van de resterende BKR-schulden ten bedrage van in totaal ongeveer € 45.000 niets hebben afgelost, en ELQ ook in zoverre zonder enige nadere toelichting het voorbehoud heeft laten varen.

3.11 In de offerte is opgenomen dat de maandelijkse hypotheeklasten hoger zijn dan de maximale maandlasten die met inachtneming van de woonlastpercentages van de GHF zouden worden berekend. ELQ geeft echter geen enkel inzicht in het op [X] c.s. toepasselijke woonlastpercentage en in het werkelijk woonlastpercentage, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Nu was voor [X] c.s. niet duidelijk hoeveel hoger dan toegestaan de maandelijkse hypotheeklasten waren.

3.12 Anders dan ELQ betoogt mocht zij in het onderhavige geval niet van het toepasselijke woonlastpercentage afwijken. Artikel 6.6 GHF bepaalt dat een hypothecair financier in bijzondere gevallen onder bepaalde voorwaarden bij het verstrekken van een hypothecaire financiering de normen mag overschrijden, maar geen van de in de Toelichting GFH genoemde bijzondere gevallen waarin van de normen voor de bepaling van de maximale leencapaciteit mag worden afgeweken, doet zich hier voor. Daarbij komt dat ELQ met een te lage maandlast heeft gerekend. In artikel 6.4 GFH is vastgelegd dat bij de bepaling van de leencapaciteit altijd moet worden uitgegaan van ten minste de lasten die behoren bij een lening die op basis van een 30-jarige annuïteit wordt afgelost, ook als de geldlening, zoals in onderhavig geval, aflossingsvrij is. Gesteld noch gebleken is dat ELQ met de hogere maandlasten van een 30-jarige annuïteitenlening heeft gerekend. Het hof gaat voorbij aan het betoog van ELQ dat de GHF niet bindend was. Zij heeft de GHF onderschreven en daarmee ook de daarin vastgelegde normen en toegestane uitzondering op die normen. Daaruit volgt dat grief 2 in incidenteel appel faalt.

3.13 Uit het voorgaande volgt dat, ook indien ELQ mocht uitgaan van de door [X] c.s. opgegeven inkomsten, het verstrekken van de hypothecaire geldlening onverantwoord was.

3.14 Uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist volgt [X] c.s. geen belang hebben bij een verdere bespreking van de principale grieven.

Causaal verband

3.15 Doordat ELQ in strijd met haar zorgplicht aan [X] c.s. een te hoge geldlening heeft verstrekt, hebben [X] c.s. schade geleden. Die schade bestaat in ieder geval uit de teveel betaalde rente: het verschil tussen het rentebedrag dat hij gedurende de looptijd van die te hoge geldlening heeft betaald en het rentebedrag dat hij zou hebben betaald gedurende de looptijd van de geldlening die zou zijn gesloten indien ELQ haar zorgplicht in acht zou hebben genomen. Het hof acht voldoende aannemelijk dat tussen de zorgplichtschending en die schade causaal verband in de zin van *condicio sine qua non-verband* verband bestaat. ELQ is dus aansprakelijk.

Eigen schuld

3.16 Vast staat dat [X] een onjuiste opgave van zijn winst uit onderneming heeft gedaan waardoor het verstrekken van een niet passende hypothecaire geldlening deels aan [X] c.s. kan worden

toegerekend. Het hof is echter van oordeel dat de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten eist dat de schade geheel voor rekening van ELQ blijft. Op basis van de ook door [X] verstrekte omzetgegevens, moet voor ELQ duidelijk zijn geweest dat de opgegeven winst van € 60.000 niet in overeenstemming was met de verstrekte omzetgegevens. Verder is van belang dat de onderzoeksplicht van ELQ los staat van de inkomsten die [X] c.s. hebben opgegeven. Bijgevolg kan ELQ niet ter verontschuldiging een beroep doen op die voor haar kenbare onjuiste winstopgave. Verder is van belang dat ELQ de geldlening ook op basis van de verstrekte inkomstgegevens niet had mogen verstrekken. In zoverre faalt ook grief 3 in incidenteel appel die strekt ten betoge dat minimaal 75% van de schade voor rekening van [X] c.s. moet blijven.

Schade

3.17 [X] c.s. vorderen een bedrag van € 246.452,04 aan schadevergoeding.

Dat bedrag bestaat uit de volgende posten: € 109.303,83 rentetermijnen over het teveel geleende bedrag, € 2.871,03 en € 1.500 verhuiskosten, € 59.728,07 investeringen in de woning, € 60.778,14 na aankoop woning aangegane schulden en €12.271 juridische kosten. [X] c.s. stellen wel dat de restschuld moet worden kwijtgescholden, maar zij vorderen dat niet, zodat het hof daaraan voorbij gaat.

3.18 ELQ stelt dat alleen voor vergoeding in aanmerking komen de rentetermijnen over het teveel geleende bedrag tot 16 februari 2011, zijnde € 37.349,38, omdat [X] het op die datum gegeven advies om de woning te verkopen niet heeft opgevolgd. Het hof volgt ELQ daarin niet, omdat zij [X] c.s. er niet op heeft gewezen wat de consequenties waren indien zij dat advies niet zouden opvolgen. Voorts brengen [X] c.s. terecht naar voren dat de latere verkoop tot een hogere verkoopopbrengst van de woning heeft geleid. Verder stelt ELQ dat zij aan [X] c.s. een bedrag van € 189.213,05 zou hebben mogen lenen. Het hof volgt het standpunt van [X] c.s. dat gezien het werkelijke inkomen in 2006 van € 33.257 de geldlening maximaal € 142.000 had mogen bedragen (zie ook tabel 11 voornoemd: 'GHF-quote naar inkomen en rente'). Uitgaande van de verstrekte geldlening van € 443.500 met een maandlast van € 2.605,56 en de geldlening van € 142.000 met een maandlast van € 880 en de looptijd van 86 maanden bedraagt de schade € 109.303,83.

Alleen de eerste verhuiskosten van € 2.871,03 komen voor vergoeding in aanmerking.

De investeringen in de woning van € 59.728,07 komen niet voor vergoeding in aanmerking. [X] c.s. hebben het gevorderde bedrag niet toegelicht maar volstaan met het zonder enige toelichting in het geding brengen van diverse facturen en bonnen. Verder is aannemelijk dat een deel van deze kosten is meegefinancierd. De aankoopprijs van de nog te bouwen woning bedroeg € 422.418,84 (zie bijlage 13 bij productie 5 bij inleidende dagvaarding) en van het bedrag van € 59.728,07 zag een bedrag van € 24.501,56 op opgedragen meer- en/of minderwerk (zie bijlage 12 bij productie 4 bij inleidende dagvaarding). Ook is van belang dat de investeringen in de woning een positief effect zullen hebben gehad op de verkoopprijs in 2014 en daarmee ook op de hoogte van de restschuld.

De na aankoop van de woning aangegane schulden van € 60.778,14 komen niet voor vergoeding in aanmerking, omdat [X] c.s. die schulden, mede in het licht van de gemotiveerde betwisting in eerste aanleg door ELQ, in hoger beroep onvoldoende hebben toegelicht.

De juridische kosten van € 12.271 komen ook niet voor vergoeding in aanmerking, reeds niet omdat [X] c.s. die kosten onvoldoende hebben toegelicht.

Uit het voorgaande volgt dat een bedrag van € 112.174,86 (€ 109.303,83 + € 2.871,03) toewijsbaar is.

Slotsom

3.19 Uit het voorgaande volgt dat het principaal appel slaagt en het incidenteel appel faalt. De vordering van [X] c.s. zal als na te melden worden toegewezen. ELQ zal als de grotendeels in het

ongelijk gestelde partij worden veroordeel in de proceskosten van beide instanties, met nakosten en rente. Nu het verweer waarop de grieven in incidenteel appel betrekking hebben ook via de devolutieve werking van het appel aan de orde zouden zijn gekomen, ziet het hof geen aanleiding voor een aparte kostenveroordeling in incidenteel appel. ELQ heeft een algemeen bewijsaanbod gedaan. Nu door haar geen feiten zijn gesteld en/of voldoende gespecificeerd te bewijzen zijn aangeboden die tot een andere uitkomst van het geding kunnen leiden, zal het bewijsaanbod worden gepasseerd.

4 Beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden vonnissen, en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat ELQ tekort is geschoten in de op haar rustende zorgplicht;

veroordeelt ELQ tot betaling van een bedrag van € 112.174,86 aan [X] c.s.;

veroordeelt ELQ in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van [X] c.s. gevallen en begroot die kosten in eerste aanleg op € 181,10 aan verschotten en € 2.402 voor salaris en in principaal hoger beroep op 422,06 aan verschotten en 3.919 voor salaris, en € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan, en in incidenteel hoger beroep op nihil;

wijst af het anders of meer gevorderde;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, J.W.M. Tromp en D.J. Oranje, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 15 december 2020.