

Organisatie van Financiële Dienstverleners
T.a.v. de heer C. Dijkhof
Postbus 4
4260 AA WIJK EN AALBURG

Datum : 17 februari 2021
Inzake : Notitie tbv leden OvFD
Behandeld door : robin@polisadvocaten.nl
Ons kenmerk : RvB/101700/203214
Uw kenmerk :

Geachte heer Dijkhof,

U verzocht mij om ten behoeve van de leden van de OvFD op hoofdlijnen het juridische kader te schetsen inzake de onjuiste berekeningen die zijn uitgevoerd met behulp van de Inkomensbepaling Loondienst rekentool (IBL-tool). Daarover het volgende.

1. Wat is de kern van het probleem?

Door de fout in de IBL-tool is in de periode van 13 augustus 2020 tot 28 januari 2021 in een aantal gevallen het toetsinkomen van klanten op een te hoog bedrag berekend. Daardoor is de maximale leencapaciteit in die gevallen ook te hoog vastgesteld. Dat kan in specifieke gevallen hebben geleid tot overkreditering. De klanten die door dit probleem geraakt worden, zijn op dit moment te verdelen in drie categorieën:

- a. De hypotheekakte is al gepasseerd.
- b. De hypotheekofferte is al geaccepteerd, maar de hypotheekakte is nog niet gepasseerd.
- c. De hypotheekofferte is nog niet geaccepteerd.

2. Is sprake van een fout van de adviseur?

Tussen de adviseur en de klant bestaat een overeenkomst van opdracht. De adviseur is gehouden om zich te gedragen zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot betaamt. Bij hypotheekbemiddeling is de adviseur op grond van artikel 4:23 Wft gehouden om een klantprofiel

op te stellen en een product te adviseren dat past bij dat profiel. Als de adviseur voor het berekenen van het toetsinkomen uitsluitend gebruik heeft gemaakt van de IBL-tool, dan is het klantprofiel niet juist. Heeft de adviseur op basis van dit profiel vervolgens een advies gegeven voor en/of bemiddeld bij het sluiten van een hypotheek die hoger is dan op grond van het werkelijke toetsinkomen was toegestaan, dan kan ook civielrechtelijk sprake zijn van een fout (wanprestatie/onrechtmatige daad).

De adviseur kan zich er richting de klant niet op beroepen dat de fout niet bij hem, maar bij de IBL-tool ligt. De adviseur heeft er zelf voor gekozen om in het kader van de uitvoering van de overeenkomst gebruik te maken van de IBL-tool als middel om het toetsinkomen te berekenen. Daarom is mijns inziens de fout toerekenbaar aan de adviseur, ook als deze niet hoefde te weten dat de IBL-tool tot onjuiste uitkomsten kon leiden.

3. Is sprake van een fout van de geldverstrekker?

Ook op de geldverstrekker rust een zorgplicht jegens de klant. Op grond van artikel 4:34 Wft is de geldverstrekker verplicht om te waken voor overkreditering. Daartoe dient de geldverstrekker zelfstandig een inkomenstoets te verrichten. Bij een aanvraag die leidt tot overkreditering mag de geldverstrekker het krediet niet verstrekken. Het overtreden van deze norm uit de Wft kan volgens de parlementaire geschiedenis een onrechtmatige daad opleveren jegens de klant.

In dit geval heeft de geldverstrekker ervoor gekozen om in het kader van haar onderzoeksplicht te vertrouwen op de uitkomst van de IBL-tool. Dat komt mijns inziens voor zijn risico, ook als de geldverstrekker niet had hoeven weten dat de uitkomst niet juist was. Derhalve kan ook ten aanzien van de geldverstrekker sprake zijn van een fout jegens de klant.

Er kan betoogd worden dat in de verhouding tussen de geldverstrekker en de adviseur de grootste verantwoordelijkheid bij de geldverstrekker ligt. Het recht tot acceptatie berust immers uitsluitend bij de geldverstrekker, die een zelfstandige verplichting heeft om het inkomen te toetsen en te waken voor overkreditering. De adviseur zou op grond daarvan mogelijk kunnen betogen dat causaal verband tussen zijn fout en de schade is doorbroken, zodat de schade niet toerekenbaar is. Of dat in de onderlinge verhouding met de geldverstrekker als hoofdelijk aansprakelijke partijen de schade (voor het grootste deel) voor rekening van de geldverstrekker dient te komen.

4. Is de fout te herstellen?

De fout is niet in alle gevallen definitief.

Bij klanten die vallen in categorie 1 a. is deugdelijke nakoming niet meer mogelijk.

Ten aanzien van de klanten in categorie 1 b. en c. is de fout echter in beginsel nog te herstellen door de adviseur en de geldverstrekker. Zij kunnen de hypotheekaanvraag nog aanpassen op basis van het juiste toetsinkomen.

Herstel van de fout dient te gebeuren op kosten van de partij(en) die de fout gemaakt heeft/hebben. De geldverstrekker mag de adviseur in beginsel niet compenseren voor extra werkzaamheden, nu dat beschouwd kan worden als provisie.

5. Is er sprake van schade?

Het is mogelijk dat ondanks het gebruik van het onjuiste toetsinkomen het advies en/of de bemiddeling heeft geleid tot een hypothecaire lening die valt binnen de kredietnormen. Bijvoorbeeld omdat de klant niet zijn volledige leencapaciteit heeft benut. In die gevallen is geen sprake van schade, nu er geen sprake is van overkreditering en de gesloten hypotheek ook bij een juiste berekening van het toetsinkomen passend zou zijn geweest.

In alle andere gevallen kan er wel sprake zijn van schade.

Bij klanten die vallen in categorie 1 a. kan er sprake zijn van schade inzake de rente en aflossing over het deel van de overkreditering. Als de klant in betalingsproblemen is gekomen door de overkreditering, waardoor bijvoorbeeld (incasso)matregelen getroffen zijn, kan deze schade nog toenemen. Daar staat tegenover dat een waardestijging van de woning de schade kan dempen.

Bij klanten die vallen in categorie 1 b. en c. is nog geen sprake van schade. Maar die kan wel optreden. Ook als de fout wordt hersteld door de hypotheekaanvraag aan te passen op basis van het juiste toetsinkomen. Het kan immers zo zijn dat een klant al een koopovereenkomst heeft getekend voor een woning die hij nu niet meer kan betalen. Als de termijn voor het invoeren van het financieringsvoorbehoud is verstreken, dan is de klant de boete voor niet-afnemen verschuldigd. En mogelijk heeft de klant al bindende overeenstemming over de verkoop van zijn huidige woning. Als de klant zijn eigen woning nog niet definitief heeft verkocht én nog boetevrij kan afzien van de koop van de voorgenomen woning, dan is geen sprake van schade.

Overigens heeft de NHG inmiddels bekend gemaakt dat de NHG-borgstelling van kracht blijft voor hypotheeken die al voor 27 januari 2021 gepasseerd zijn of waar voor die datum al een bindend aanbod is uitgebracht.

6. Is sprake van eigen schuld van de klant?

Als sprake is van een fout, dan kan het zo zijn dat (een deel van) de schade toch voor rekening van de klant zelf dient te blijven omdat deze op grond van eigen schuld aan hem is toe te rekenen. Daarvan zou sprake kunnen zijn, indien de klant de uitkomst van de berekening van de IBL-tool heeft gezien en direct had kunnen of moeten zien dat deze onjuist was. Daar zal niet snel sprake van zijn.

7. Kan de AFM een sanctie opleggen?

Het Besluit bestuurlijke boetes Wft biedt een grondslag voor het opleggen van een boete voor overtreding van het bepaalde in artikel 4:23 Wft en voor het bepaalde in artikel 4:34 Wft. De AFM kan dus in beginsel zowel de adviseur, als de geldverstrekker een boete opleggen. Daarbij is onder meer van belang wat de ernst en de aard van de overtreding is, of sprake is van recidive en wat de financieel dienstverlening heeft gedaan om de gevolgen te beperken en dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen.

8. Kan eventuele schade op een andere partij verhaald worden?

De fout is veroorzaakt door een wijziging in het UWV-uitkeringsbericht. Als de leverancier van de IBL-tool daar niet adequaat op heeft gereageerd, is mogelijk sprake van een fout van de leverancier jegens de adviseur en de geldverstrekker en kan de schade eventueel op die leverancier verhaald worden.

9. Wat moet er nu gebeuren?

Er zal door de adviseur en de geldverstrekker zo snel mogelijk geïnventariseerd moeten worden bij welke klanten sprake is van (mogelijke) overkreditering.

Het is hoe dan ook in het belang van alle partijen dat de schade zo veel mogelijk beperkt wordt. Daarom is het zaak dat in alle individuele gevallen waar aanpassingen nog mogelijk zijn, overleg

plaatsvindt tussen de adviseur, de geldverstrekker, eventueel NHG en de AFM om te zien wat de beste oplossing voor de klant is.

Met vriendelijke groet,



Robin van Beem

