

# Grenzen aan de uitoefening van een hypotheekrecht

Over de implementatie van art. 28 Richtlijn 2014/17/EU (hypotheecair krediet)

*Mr. J. W. A. Biemans\**

## 1 Inleiding

Op 14 juli 2016 is een nieuwe regeling inzake hypotheecair consumentenkrediet toegevoegd aan Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>1</sup> Deze regeling is een gevolg van de implementatie van Richtlijn 2014/17/EU inzake hypotheecair consumentenkrediet (hierna: de Richtlijn) en is (thans) te vinden in afdeling 7.2B.3 BW.<sup>2</sup> De regeling bestond in eerste instantie uit de toevoeging van een nieuwe titel 7.2B BW. Deze titel is na de toevoeging van de regelingen inzake goederenkrediet betreffende roerende zaken – niet-registergoederen in afdeling 7.2B.1 BW en huurkoop in afdeling 7.2B.2 BW<sup>3</sup> – veranderd in afdeling 7.2B.3 BW. De afdelingen van de bedoelde titel zijn daarbij veranderd in onderafdelingen.<sup>4</sup> Afdeling 7.2B.3 BW is alleen van toepassing op overeenkomsten die ná de inwerkingtreding op 14 juli 2016 zijn gesloten.<sup>5</sup> Op overeenkomsten die voor de inwerkingtreding zijn gesloten, blijft het voor de inwerkingtreding van deze wet geldende recht van toepassing.<sup>6</sup> Afgezien van de implementatie van de Richtlijn in

het BW, heeft de implementatie plaatsgevonden door aanpassing van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en daarop gebaseerde lagere regelgeving, alsmede door aanpassing van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).<sup>7</sup> Afdeling 7.2B.3 BW bestaat uit de volgende vijf onderafdelingen:

1. begripsbepalingen en afbakening;
2. informatieverplichtingen en (verboden) handelingen voortvloeiend uit het sluiten van de kredietovereenkomst;
3. berekening van het jaarlijks kostenpercentage;
4. informatie en rechten betreffende kredietovereenkomsten tijdens de looptijd van de overeenkomst; en
5. kosteloze informatieverstrekking aan de consument en dwingend recht.

Deze bijdrage richt zich op een van de bepalingen uit de genoemde Richtlijn, te weten art. 28, dat grenzen stelt aan de uitoefening van een door de consument verleend hypotheekrecht, en de implementatie daarvan, in het bijzonder in art. 7:128a BW. Voordat dat aan de orde komt, wordt eerst ingegaan op de achtergrond van de Richtlijn.

## 2 Reikwijdte en doel van Richtlijn 2014/17/EU

De Richtlijn is – kort samengevat – van toepassing op hypotheecaire kredietovereenkomsten die zijn aangegaan tussen een bank enerzijds en een consument anderzijds. In overeenstemming daarmee bepaalt art. 7:119 lid 1 BW dat

‘deze titel [bedoeld wordt: deze afdeling; JB] (...) van toepassing [is] op:

- a. kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door een hypotheek of door een andere vergelijkbare zekerheid op voor bewoning bestemde onroerende zaken, of gewaarborgd worden door een recht op voor bewoning bestemde onroerende zaken; en

\* Prof. mr. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder Goederenrecht en Notarieel recht, aan de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger aan het Hof Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1. Wet van 23 maart 2016 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek ter implementatie van richtlijn nr. 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 de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60/34), Stb. 2016, 265.
2. Richtlijn nr. 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 de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60/34).
3. Wet Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening van 5 oktober 2016 (Stb. 2016, 360).
4. De wetgever heeft echter ten aanzien van de van belang zijnde bepalingen niet voorgesteld om het begrip ‘titel 7.2B’ in die bepalingen (art. 7:118, art. 7:119, art. 7:128b, art. 7:128c, alsmede art. 211b Ow NBW, vgl. art. 200\* Ow NBW) te veranderen in afdeling 7.2B.3. Het spreekt voor zich dat ‘titel 7.2B’ in deze bepalingen dient te worden gelezen als ‘afdeling 7.2B.3’.
5. Zie art. 211b Ow NBW; vgl. art. 200 Ow NBW.
6. Zie art. 68a lid 2 Ow NBW.

7. In de Wft zijn o.a. voorschriften opgenomen betreffende de te verstrekken informatie (in reclame, algemeen en precontractueel), waaronder het jaarlijks kostenpercentage, alsmede de verplichting voor de kredietgever om voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst de kredietwaardigheid van de consument te beoordelen. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 1-5 (MvT).

- b. kredietovereenkomsten voor het verkrijgen of het behouden van eigendomsrechten betreffende grond of een bestaand of gepland gebouw'.<sup>8</sup>

Uit art. 7:118 lid 1 onder a t/m c BW blijkt dat onder een kredietovereenkomst wordt verstaan een overeenkomst als bedoeld in art. 7:119 lid 1 BW, waarbij een kredietgever aan een consument krediet verleent of toezegt in de vorm van een uitgestelde betaling, van een lening of van een soortgelijke financieringsregeling. Een consument is een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen, en een kredietgever is een natuurlijk persoon of rechtspersoon die in het kader van de uitoefening van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten op basis van een overeenkomst als bedoeld in art. 7:119 lid 1 BW krediet verleent of toezegt.

Met deze reikwijdte complementeert de Richtlijn in belangrijke mate een andere richtlijn inzake kredietovereenkomsten, namelijk Richtlijn 2008/48/EG inzake consumentenkrediet,<sup>9</sup> zoals (destijds) per 25 mei 2011 geïmplementeerd in onder andere titel 7.2A BW.<sup>10</sup> Blijkens art. 7:58 lid 2 onder a en b BW was de regeling niet van toepassing op hypothecaire kredieten en kredietovereenkomsten voor het verkrijgen van onroerend goed. Daarmee viel – kort gezegd – hypothecair krediet buiten de regeling inzake consumentenkrediet. De onderhavige Richtlijn voorziet alsnog in deze leemte. Afgezien van de specifieke kenmerken van kredietovereenkomsten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende zaken, volgt het kernkader van de Richtlijn zo veel mogelijk de structuur van de Richtlijn consumentenkrediet. De Richtlijn betreft voornamelijk minimumharmonisatie.<sup>11</sup>

8. Art. 7:119 lid 2 BW noemt de gevallen waarop de regeling niet van toepassing is, die deels vergelijkbaar zijn met de uitzonderingen genoemd in art. 7:58 lid 2 BW.
9. 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 2008, L 133/66. Vgl. art. 7:57 lid 1 onder t BW. Zie over titel 7.2A BW o.a. J.W.A. Biemans, *Consumentenkrediet* (Mon. BW nr. 67), Deventer: Kluwer 2013 en J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
10. Zie wet van 19 mei 2011 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 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 2008, L 133/66), Stb. 2011, 246 en Kamerstukken II 2010/11, 32339. Inmiddels is titel 7.2A BW veranderd in afdeling 7.2A.1 BW vanwege de invoering van de Wet Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening van 5 oktober 2016 (Stb. 2016, 360).
11. Het is derhalve aan de lidstaten toegestaan om ter bescherming van de consument strengere voorschriften te handhaven of in te voeren. Er geldt evenwel maximumharmonisatie ten aanzien van de verstrekking van precontractuele informatie door middel van een gestandaardiseerd model Europees informatieblad (European Standardised Information Sheet, 'ESIS') en de wijze van berekenen van het jaarlijkse kostenpercentage overeenkomstig bijlage I van de Richtlijn. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 1-5 (MvT).

Het doel van de Richtlijn is volgens de wetgever<sup>12</sup> het tot stand brengen van een goed functionerende interne markt voor kredietovereenkomsten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende zaken. De bestaande fundamentele verschillen in de nationale wetgeving van de lidstaten ter zake de verstrekking van kredietovereenkomsten voor woningen en de regulering van en het toezicht op kredietverstrekkers vormen een hinderpaal voor de ontwikkeling van grensoverschrijdende activiteiten op de kredietmarkt. De Richtlijn streeft naar een hoog en gelijkwaardig niveau van consumentenbescherming. De Richtlijn beoogt eraan bij te dragen dat consumenten die op zoek zijn naar een kredietovereenkomst voor hun woning dit met vertrouwen in de financiële markt kunnen doen. Daartoe worden voor bepaalde diensten kwaliteitsnormen vastgesteld, in het bijzonder met betrekking tot de distributie en verstrekking van krediet via kredietgevers en kredietbemiddelaars, en beoogt de Richtlijn *best practices* te bevorderen.<sup>13</sup> De aanpassing van de nationale wetgeving moet de onderlinge concurrentie op de interne markt vergroten en consumenten in staat stellen kredietaanbiedingen van aanbieders uit verschillende lidstaten met elkaar te vergelijken. De Richtlijn bevat regels ter bevordering van de financiële scholing van consumenten en voorwaarden waaronder kredietgevers en kredietbemiddelaars krediet mogen verstrekken aan consumenten. Daarnaast geeft de Richtlijn regels met betrekking tot de informatieverstrekking aan de consument (reclame, algemene informatie en op de persoon van de consument toegespitste, precontractuele informatie). Ook bevat de Richtlijn regels over de kredietwaardigheidsbeoordeling en toegang tot gegevensbanken, normen voor advisering en regels voor leningen in vreemde valuta en variabele rente. Voorts zijn er regels die zien op een correcte uitvoering van kredietovereenkomsten en verwante rechten voor de consument en regels die betrekking hebben op de vestiging respectievelijk toelating van en het toezicht op kredietbemiddelaars respectievelijk niet-kredietinstellingen.<sup>14</sup>

### 3 Art. 28 Richtlijn: 'Lost in translation'?

#### 3.1 Algemeen

Volgens de wetgever volgt (wat thans is) afdeling 7.2B.3 BW

'zoveel mogelijk letterlijk de bepalingen van de richtlijn. Dit geldt ook voor de volgorde en indeling van de regeling. Dit is vanuit het oogpunt van consumentenbescherming wenselijk omdat de regeling steeds in overeenstemming met de richtlijn moet worden uitgelegd. Als er vragen van uitleg aan het Hof van Justitie van de EU moeten worden gesteld, is onmiddellijk duidelijk op welke punten van de richtlijn uitleg nodig is.'<sup>15</sup>

12. Zie de toelichting in Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3 (MvT).  
13. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 1-2 (MvT).  
14. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 4-5 (MvT).  
15. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 5 (MvT).

Hoewel deze constatering in zijn algemeenheid juist is, geldt dat niet voor het onderdeel van de Richtlijn dat ziet op een voor de consument ingrijpend aspect van hypothecaire kredietverlening, namelijk de achterstallige betalingen en gedwongen verkoop. De wetgever heeft de inhoud van deze bepaling, art. 28 Richtlijn, bij de implementatie van de Richtlijn slechts voor een deel 'uitdrukkelijk' vertaald in de huidige regeling. Het andere deel is verloren gegaan in de implementatie omdat de wetgever ervoor heeft gekozen de implementatie te laten plaatsvinden aan de hand van bestaande, algemene leerstukken van burgerlijk recht. De Richtlijn geeft aan de lidstaten in het bijzonder een specifieke opdracht om consumenten te beschermen in het geval dat hun woning gedwongen wordt verkocht, maar die bescherming is niet als zodanig zichtbaar in de regeling (afdeling 7.2B.3 BW), die in beginsel de vertaling vormt van de Richtlijn in het nationale recht. Dit wordt hieronder nader toegelicht, eerst in algemene termen, en vervolgens aan de hand van art. 28 Richtlijn en art. 7:128a BW en de toelichting daarbij.

Bij de implementatie van de Richtlijn wordt aan de lidstaten niet alleen de vrijheid gelaten om te kiezen voor de soort wetgeving waarin een richtlijn wordt geïmplementeerd, bijvoorbeeld naar Nederlands recht publiekrechtelijke wetgeving zoals de Wft of privaatrechtelijke wetgeving zoals het BW,<sup>16</sup> maar ook voor de implementatie van 'harde regels' door middel van 'open normen'.

Omtrent de wijze van implementatie benoemt de wetgever in dit verband twee algemene aspecten van implementatie, welke aspecten uiteindelijk ook van belang zijn voor de implementatie van art. 28 Richtlijn. Ten eerste kiest de wetgever ervoor om de handhaving van afdeling 7.2B.3 BW – in tegenstelling tot de Wft – te laten plaatsvinden via het privaatrecht.<sup>17</sup> Dit houdt in dat aan consumenten en kredietgevers zelf wordt overgelaten om (privaatrechtelijke) geschillen waarbij de rechten van consumenten in het geding zijn, op te lossen. Wanneer zij er onderling niet uitkomen, kunnen zij het geschil voorleggen aan de burgerlijke rechter of een geschillencommissie, zoals het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid).<sup>18</sup> Ten tweede brengt de plaatsing in Boek 7 BW volgens de wetgever mee dat de algemene regels van het contractenrecht uit de Boeken 3 en 6 BW op de regeling van toepassing zijn, voor zover zij te verenigen zijn met afdeling 7.2B.3 BW.<sup>19</sup> Algemene leerstukken, zoals misbruik van bevoegd-

heid, redelijkheid en billijkheid, wanprestatie en onrechtmatige daad, zijn daarmee ook van toepassing op de verhouding uit hoofde van de kredietovereenkomst tussen de kredietgever en de consument zoals bedoeld in art. 7:118-119 BW.

### 3.2 Art. 28 Richtlijn

Art. 28 Richtlijn ('Achterstallige betalingen en gedwongen verkoop') luidt als volgt:

1. 'De lidstaten stellen maatregelen vast die de kredietgever aansporen een redelijke mate van tolerantie aan te houden alvorens een procedure tot gedwongen verkoop in te leiden.
2. De lidstaten kunnen vereisen dat de kosten die de kredietgever mag vaststellen en aan de consument mag aanrekenen wegens niet-nakoming, niet hoger zijn dan hetgeen nodig is ter vergoeding van de schade die de kredietgever als gevolg van de niet-nakoming heeft geleden.
3. De lidstaten kunnen de kredietgever toestaan om aan de consument aanvullende kosten wegens niet-nakoming aan te rekenen. In dat geval stellen de lidstaten een limiet aan deze kosten vast.
4. De lidstaten beletten de partijen bij de kredietovereenkomst niet 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.
5. De lidstaten voorzien voor gevallen, waarin het uit het onroerend goed verkregen bedrag van invloed is op het door de consument verschuldigde bedrag, 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 maatregelen worden vastgesteld die de terugbetaling vergemakkelijken.'

Uit overweging 27 van de preambule bij de Richtlijn blijkt dat aan deze bepaling de volgende gedachten ten grondslag liggen:

'Gelet op de aanzienlijke gevolgen van gedwongen verkoop voor kredietgevers, consumenten en mogelijkserwijs de financiële stabiliteit, is het passend 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. 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

16. Zo is bijv. de verplichting voor de kredietgever om de kredietwaardigheid van de consument te toetsen in de Richtlijn consumentenkrediet alleen geïmplementeerd in de Wft, en niet in het BW. Zie daarover kritisch J.W.A. Biemans, De consumentenkredietovereenkomst in titel 7:2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen, NTBR 2012, afl. 9, par. 5.

17. De handhaving van de bepalingen in de Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo) vindt uiteraard plaats via het bestuursrecht, door de AFM als toezichthouder. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 3-4 (MvT). Handhaving van het verbod van koppelverkoop vindt ook plaats door de AFM op grond van de Whc. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 5 (MvT).

18. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 5 (MvT).

19. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 4 (MvT).

levensomstandigheden te waarborgen en te voorzien in maatregelen om terugbetaling te vergemakkelijken en tege-lijk te hoge schulden op lange termijn te voorkomen. *Ten minste in de gevallen waarin het door de onroerende goe-deren opgeleverde bedrag van invloed is op het door de consu-ment verschuldigde bedrag, dienen de lidstaten er bij de schuldeisers op aan te dringen redelijke stappen te onderne- men opdat, in het licht van de marktomstandigheden, bij de gedwongen verkoop de optimale prijs wordt gehaald voor het onroerend goed* [cursivering JWAB]. De lidstaten mogen de partijen bij een kredietovereenkomst niet beletten uit- drukkelijk overeen te komen dat de overdracht van de zekerheid volstaat om het krediet af te lossen.<sup>20</sup>

Op grond van art. 38 lid 1 Richtlijn dienen de lidstaten de regels vast te stellen inzake de sancties die gelden voor inbreu-ken op de krachtens deze Richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, en de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat deze worden toegepast. De sancties hebben een doeltreffend, evenredig en afschrikkend karakter, aldus deze bepaling.

### 3.3 Art. 7:128a BW

Art. 28 Richtlijn is geïmplementeerd in art. 7:128a BW. Deze bepaling luidt als volgt:

1. 'Indien de consument in verzuim is met zijn verplich-tingen uit hoofde van de kredietovereenkomst, mag de kredietgever niet tot aanzegging van de executie als bedoeld in artikel 544 van het Wetboek van Burgerlij-ke Rechtsvordering overgaan dan nadat ten minste twee maanden na het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is geworden, zijn verstreken en de kredietge- ver de consument persoonlijk heeft uitgenodigd om in overleg te treden over diens betalingsachterstand, ten- zij in redelijkheid niet van de kredietgever kan worden gevergd dat hij voormelde termijn in acht neemt of de consument persoonlijk benadert om te overleggen.
2. Onverminderd het recht op wettelijke rente als bedoeld in artikel 119 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is de vergoeding die de consument aan de kredietgever verschuldigd is wegens niet-nakoming van zijn uit de kredietovereenkomst voortvloeiende ver- plichtingen, niet hoger dan hetgeen nodig is ter vergoe- ding van de schade die de kredietgever als gevolg van de niet-nakoming heeft geleden.'

In de vrij uitvoerige toelichting bij deze bepaling licht de wet-gever de achtergrond van de bepaling toe, alsmede zijn keuzes omtrent de wijze van implementatie. Uit de toelichting van de wetgever volgt dat art. 7:128a lid 1 BW art. 28 lid 1 Richtlijn implementeert, en art. 7:128a lid 2 BW art. 28 lid 2 Richtlijn.

Van de mogelijkheid in art. 28 lid 3 Richtlijn<sup>21</sup> heeft de wetge- ver geen gebruik gemaakt. Art. 28 lid 4 en 5 Richtlijn behoe- ven volgens de wetgever geen uitvoering. Een argeloze lezer van het BW zou kunnen denken dat hiermee de kous af is. Uit de toelichting van de wetgever blijkt evenwel dat de uitoefe- ning van een hypotheekrecht door algemene leerstukken van het privaatrecht aanzienlijk begrensd kan zijn. De implemen- tatie van art. 28 lid 1 en 2 Richtlijn is in de kern begrijpelijk. Voor de implementatie van art. 28 lid 5 Richtlijn geldt dat niet of in mindere mate.

## 4 Implementatie nader bezien

### 4.1 Overleg en redelijke termijn (art. 7:128a lid 1 BW)

Op grond van art. 28 lid 1 Richtlijn dient Nederland maatre- gelen vast te stellen die de kredietgever aansporen een redelijke mate van tolerantie jegens de consument aan te houden, alvo- rens over te gaan tot parate executie ex art. 3:268 BW. Indien de consument in verzuim is (art. 6:74 BW) met zijn verplich- ting uit hoofde van de kredietovereenkomst, is de kredietgever voortaan op grond van art. 7:128a lid 1 BW wettelijk verplicht om de consument persoonlijk uit te nodigen om in overleg te treden over diens betalingsachterstand, tenzij dat in redelijk- heid niet van hem gevergd kan worden. Ook mag de krediet- gever pas overgaan tot aanzegging van de executoriale verkoop als bedoeld in art. 544 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), nadat ten minste twee maanden na het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is geworden, zijn ver- streken, tenzij dat in redelijkheid niet van hem gevergd kan worden. De regel is blijkens de parlementaire geschiedenis gebaseerd op art. 15 van de Gedragscode Hypothecaire Finan- cierungen (GHF) van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB).<sup>22</sup> Op grond van deze bepaling treedt de kredietgever (hypothecair financier) eveneens in overleg met de consument in het geval van (dreigend) verzuim. Ook gaat de kredietgever niet over tot de openbare verkoop van het registergoed voor- dat het overleg heeft plaatsgevonden (althans daartoe een poging is ondernomen), en in ieder geval niet binnen twee maanden na het tijdstip waarop de consument zijn verplich-

20. De laatste zin heeft betrekking op art. 28 lid 4 Richtlijn.

21. Art. 28 lid 3 Richtlijn bepaalt: 'De lidstaten kunnen de kredietgever toe- staan om aan de consument aanvullende kosten wegens niet-nakoming aan te rekenen. In dat geval stellen de lidstaten een limiet aan deze kosten vast.'

22. Versie van 1 augustus 2011; zie voor deze versie [www.nvb.nl](http://www.nvb.nl).

tingen had behoren na te komen.<sup>23</sup> De uitnodiging tot overleg sluit voorts aan bij de leidraad 'Betalingsachterstanden bij hypotheek. Voorkomen en oplossen van betalingsachterstanden in het belang van de klant' van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van maart 2013. Het doel daarvan is te waarborgen dat de kredietgever en de consument eerst proberen om een oplossing te zoeken voor de ontstane betalingsachterstand en mogelijk een betalingsregeling treffen of wijzigingen in de kredietovereenkomst aanbrengen, waardoor een executoriale verkoop van de woning kan worden voorkomen.

Het voeren van overleg en het in acht nemen van de redelijke termijn kunnen bijvoorbeeld in redelijkheid niet van de kredietgever worden gevergd bij een faillissement van de consument, zo blijkt uit de toelichting bij art. 15 GHF. In de memorie van toelichting worden voorts als redenen genoemd dat de consument onvindbaar is doordat zijn contactgegevens onbekend of achterhaald zijn, dat ten aanzien van de consument de schuldsanering natuurlijke personen van toepassing is verklaard, en dat een andere schuldeiser tot uitwinning van de onroerende zaak overgaat en de kredietgever gebruik wil maken van zijn recht op voorrang.<sup>24</sup>

Volgens de wetgever houdt de regel in dat de kredietgever bij achterstallige betalingen van de consument niet *bevoegd* is tot hypotheecaire executie over te gaan dan nadat ten minste twee maanden na het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is geworden, zijn verstreken. Indien de hypotheekhouder dus vóór het verstrijken van de termijn tot parate executie overgaat, zal de levering van het verhypothecarde registergoed aan de executiekoper in beginsel door een daartoe onbevoegde derde plaatsvinden, met alle gevolgen van dien.<sup>25</sup> De kredietgever kan de consument voor een persoonlijk (eerste) gesprek uitnodigen, bijvoorbeeld door middel van een persoonlijk aan hem gericht brief, per e-mail of telefonisch.<sup>26</sup> 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 zal pas blijken 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. In het gesprek zal de kredietgever in overleg treden 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.<sup>27</sup>

De bepaling lijkt mij overigens niet alleen van toepassing bij leven van de consument, maar ook na zijn overlijden, in welk geval de kredietovereenkomst op grond van de algemene voorwaarden direct opeisbaar zal worden door het overlijden van de consument en bijvoorbeeld de erfgenamen (al dan niet privé, na zuivere aanvaarding, art. 4:184 lid 1 onder a BW, of in hun hoedanigheid van vereffenaars, na beneficiaire aanvaarding, art. 4:202 jo. art. 4:211 BW), in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap, gehouden kunnen zijn tot betaling van de hoofdsom en de openstaande rente en kosten. De kredietgever zal verplicht zijn om degene die de nalatenschap beheert (de erfgena(a)m(en), de executeur(s) of de vereffenaar(s)) persoonlijk uit te nodigen om in overleg te treden over de eventuele (mogelijk al tijdens het leven van de consument opgebouwde) betalingsachterstand. Ook zal de kredietgever in dit geval pas mogen overgaan tot aanzegging van de executoriale verkoop als bedoeld in art. 544 Rv dan nadat ten minste twee maanden na het tijdstip waarop de vordering opeisbaar is geworden, zijn verstreken. Indien de nalatenschap insolvent blijkt te zijn en op die grond vereffend wordt (vergelijk onder andere art. 4:203 lid 1 onder b en 4:204 lid 1 onder b BW), is dat vergelijkbaar met een faillissement van de consument, en is verdedigbaar dat in dat geval in redelijkheid van de kredietgever niet kan worden gevergd dat deze in overleg treedt of de termijn van twee maanden in acht neemt.

23. De letterlijke tekst van art. 15 GFH luidt als volgt: 'Indien een consument zijn verplichtingen uit hoofde van de hypotheecaire financiering niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt of dat gevaar aantoonbaar dreigt, zal de hypotheecair financier in overleg met de consument treden om te bezien of het mogelijk is een redelijke en voor de hypotheecair financier en de consument acceptabele oplossing te vinden voor de geroepen problemen. Bij het zoeken naar een (tijdelijke) oplossing is de hypotheecair financier, daar waar het in het belang van de klant is, niet gebonden aan de bepalingen in artikel 6. De hypotheecair financier zal alsdan het hypotheecair verbonden registergoed niet in het openbaar verkopen dan nadat voormeld overleg heeft plaatsgevonden dan wel daartoe een poging is ondernomen, maar in ieder geval niet binnen twee maanden na het tijdstip waarop de consument zijn verplichtingen had behoren na te komen, tenzij in redelijkheid niet van de hypotheecair financier mag worden gevergd dat hij in overleg treedt met de consument of dat hij voormelde termijn van twee maanden in acht neemt.'

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

25. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:116, JOR 2017/82; alsmede HR 11 februari 1994, NJ 1994/651 (Van Kooten/Wilmink) en HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8653 (Ontvanger/Brink).

26. Een bericht dat wordt gestuurd via de persoonlijke webpagina van de consument die wordt gebruikt bij het internetbankieren lijkt minder geschikt, omdat niet iedere consument regelmatig de berichtenbox op deze webpagina opent en nauwkeurig leest.

27. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 67-71 (MvT). De Woonlastenfaciliteit kan mogelijk ook uitkomst bieden. De Woonlastenfaciliteit (NHG) biedt een consument die met betalingsproblemen kampt, de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden in overleg met de kredietgever een tijdelijke betalingsachterstand op te bouwen onder waarborg van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen.

#### 4.2 Beperking van de verschuldigde vergoeding wegens niet-nakoming (art. 7:128a lid 2 BW)

Op grond van art. 28 lid 2 Richtlijn kan Nederland vereisen dat de kosten die de kredietgever mag vaststellen en bij de consument in rekening mag brengen wegens niet-nakoming, niet hoger zijn dan hetgeen nodig is ter vergoeding van de schade die de kredietgever als gevolg van de niet-nakoming heeft geleden. Op grond van lid 3 van dezelfde bepaling kan Nederland de kredietgever toestaan om aan de consument aanvullende kosten wegens niet-nakoming in rekening te brengen, in welk geval Nederland een limiet aan deze kosten dient vast te stellen. De wetgever heeft geen gebruik gemaakt van de in het derde lid geboden mogelijkheid. Ter implementatie van het tweede lid bepaalt art. 7:128a lid 2 BW dat onverminderd het recht op wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW de vergoeding die de consument aan de kredietgever verschuldigd is wegens niet-nakoming van zijn uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, niet hoger is dan hetgeen nodig is ter vergoeding van de schade die de kredietgever als gevolg van de niet-nakoming heeft geleden. Op grond van deze bepalingen worden bedingen die de kredietgever recht geven op hoge(re) (schade)vergoedingen en boetebedingen (art. 6:91 BW) tegengegaan.<sup>28</sup> Voor de inkleuring van de kosten die de kredietgever bij de consument wegens de niet-nakoming van zijn verplichtingen uit de kredietovereenkomst in rekening mag brengen ter vergoeding van het door hem geleden financiële nadeel sluit de wetgever aan bij art. 6:96 lid 2 BW. Daaruit volgt dat de eventueel door de kredietgever gemaakte buitengerechtelijke incassokosten (art. 6:96 lid 2 onder c BW) worden genormeerd door het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten. Van deze normering kan niet ten nadele van de schuldenaar worden afgeweken (art. 6:96 lid 5 BW). De consument dient eerst te worden aangemaand (art. 6:96 lid 6 BW). Behoudens de wettelijke rente is de schadevergoeding van de kredietgever dus beperkt tot de daadwerkelijk door hem gemaakte, redelijke kosten wegens de niet-nakoming. Het is de kredietgever niet toegestaan aanvullende kosten wegens de niet-nakoming bij de consument in rekening te brengen (vergelijk art. 28 lid 3 Richtlijn).<sup>29</sup> Het is aannemelijk dat de kosten van de parate executie zoals bedoeld in art. 3:270 BW voor rekening van de consument mogen worden gebracht, al dan niet door deze kosten van executie uit de koopprijs te (laten) voldoen bij de verdeling van de opbrengst (art. 3:270 lid 1, tweede zin). Indien de onderhandse verkoop van de woning plaatsvindt met het oog op de belangen van de consument om de restschuld te beperken (zie nader hieronder), omdat op deze wijze een hogere restschuld wordt voor-

komen, is het naar mijn mening redelijk dat de daarmee gepaard gaande kosten – bijvoorbeeld voor het verlenen van een volmacht en het inschakelen van een makelaar – ook voor rekening van de consument mogen worden gebracht. De wetgever laat buiten beschouwing wat gedaan dient te worden met interne kosten, zoals personele kosten die een kredietgever ook dient te maken voor de gevallen waarin de consument in verzuim is,<sup>30</sup> en de (moeilijk te berekenen) indirecte kosten die voortvloeien uit het verzuim, zoals het aanhouden van hogere buffers door een kredietinstelling op grond van het Basel III-akkoord.<sup>31</sup>

#### 4.3 Optimale opbrengst en restschuld (Boek 3 en 6 BW)

Art. 28 lid 5 Richtlijn verplicht Nederland om procedures of maatregelen in te voeren die het mogelijk maken dat bij een gedwongen verkoop van het registergoed de optimale prijs wordt gehaald en dat maatregelen worden vastgesteld die de terugbetaling van een eventuele restschuld na een gedwongen verkoop vergemakkelijken. Deze bepaling heeft betrekking op het geval dat na de (gedwongen) verkoop van de woning een restschuld kan blijven bestaan.<sup>32</sup> Partijen kunnen daarentegen ook uitdrukkelijk overeenkomen dat de overdracht van de zekerheid volstaat om het krediet af te lossen. Uit art. 28 lid 4 Richtlijn volgt dat de wetgever de partijen bij de kredietovereenkomst niet mag beletten 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. Volgens de wetgever behoeven de bepalingen geen implementatie.

De wetgever verwijst voor wat art. 28 lid 5 Richtlijn betreft 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. In die bepalingen staat echter niets (uitdrukkelijk) genoemd over het voorkomen van een restschuld of over een verplichting tot het genereren van een zo hoog mogelijke executieopbrengst.<sup>33</sup> Het is de aanname van deze regelingen dat – onder andere door de *openbare* verkoop – een dergelijke zo hoog mogelijke executieopbrengst zou worden gegeneerd. Het is echter niet empirisch bewezen dat dit het geval is. Uit de praktijk blijkt veeleer het tegenovergestelde: de opbrengst die wordt gehaald bij openbare executievelingen

28. Zie ook de uitspraak van HvJ EU 14 maart 2013, C 415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz/Catalunyacaixa), op grond waarvan het Hof van Justitie onder Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen heeft geoordeeld dat een verhoogde rente nádat het 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. ten aanzien van rente en consumentenkrediet HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, JOR 2014/247.

29. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 67-71 (MvT) en Kamerstukken II 2015/16, 34292, 6, p. 12 (NV).

30. Vgl. de discussie, in het kader van regres en subrogatie bij schadeverzekeraars, welke buitengerechtelijke kosten en vaststellingskosten zij kunnen vorderen van de schadeveroorzakers op grond van art. 6:96 BW.

31. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176) en Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van EU-verordening 648/2012 (PbEU 2013, L 176).

32. En verschilt daarmee van het in art. 28 lid 4 Richtlijn bedoelde geval.

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

ligt – gemiddeld<sup>34</sup> – genomen (ver) onder de opbrengst die met een onderhandse verkoop wordt behaald, hetgeen de reden is dat hypotheekhouders daarvan veelal ook geen gebruik van maken.<sup>35</sup> Dit mankement wordt in zoverre bevestigd door de wetgever in de memorie van toelichting, die verwijst naar de wetwijzigingen die per 1 januari 2015 zijn doorgevoerd ter verbetering van de executieveiling en het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken.<sup>36</sup> Hiermee is destijds beoogd 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, hetgeen in het belang van zowel de kredietgever als de consument is. Het is echter de vraag of deze wetwijzigingen tot de beoogde veranderingen hebben geleid. Uit de praktijk zijn geluiden te horen dat dit geenszins het geval is geweest, en dat banken om die reden in beginsel nog steeds (indien mogelijk) de voorkeur geven aan een onderhandse verkoop. In zoverre overtuigt de verwijzing van de wetgever naar de bestaande wettelijke regeling inzake de executoriale verkoop in het BW en het Rv<sup>37</sup> derhalve niet. De bestaande praktijk is veeleer dat de kredietgevers in onderling overleg met de consument overeenkomen dat de woning onderhands zal worden verkocht teneinde een zo hoog mogelijke opbrengst te generen. Deze bestaande praktijk is *als zodanig*<sup>38</sup> (nog) niet wettelijk geregeld, en (derhalve) evenmin met wettelijke waarborgen omgeven.

De wetgever verwijst ten tweede naar de bijzondere zorgplicht van de kredietgever die ook tijdens de executiefase op hem rust jegens de consument. Zo zal de kredietgever op grond daarvan volgens de wetgever een zo hoog mogelijke executieopbrengst moeten nastreven, ook wanneer de positie van de bank zelf voldoende gedekt is.<sup>39</sup> Een optimale uitwinning van het hypothecaire zekerheidsrecht zorgt er immers voor dat een gedeelte van de opbrengst na integrale voldoening van de kredietgever beschikbaar komt voor de consument of voor andere schuldeisers en brengt mee dat de schuldenaar niet of, als het niet

anders kan, met een zo beperkt mogelijke restschuld blijft zitten. Wanneer de kredietgever niet kiest voor een wijze van uitwinning die de maximale executieopbrengst oplevert, bijvoorbeeld omdat hij in een situatie zit waarin hij zelf een voldoende dekkingspositie heeft, dan handelt de kredietgever jegens de consument en ook andere schuldeisers onrechtmatig, aldus de wetgever.<sup>40</sup> Daaruit volgt dat de kredietgever in dat geval (in theorie) schadeplichtig zal kunnen zijn op grond van art. 6:162 BW jegens de consument en de andere schuldeisers. Het zal echter niet eenvoudig zijn om een dergelijke vordering in te stellen.<sup>41</sup>

Ook hier is het de vraag of de verwijzing naar een algemeen privaatrechtelijk leerstuk recht doet aan hetgeen de Richtlijn beoogt te bereiken. De vertaling van de algemene zorgplicht van de bank in een concrete(re) norm in bijvoorbeeld een derde lid van art. 7:128a BW had hier meer voor de hand gelegen. Ter vergelijking: art. 7:120 lid 1 BW bepaalt dat de reclame voor kredietovereenkomsten eerlijk, duidelijk en niet misleidend dient te zijn en geen bewoordingen mag bevatten die bij de consument valse verwachtingen kunnen scheppen betreffende de beschikbaarheid of de kosten van een krediet. Deze norm wordt ten dele uitgewerkt in art. 7:120 lid 2 t/m 4 BW. Art. 7:120 lid 5 BW bepaalt vervolgens dat een kredietgever die in reclame voor kredietovereenkomsten deze bepalingen niet in acht neemt een oneerlijke handelspraktijk als bedoeld in art. 6:193b BW verricht. De bepaling biedt een duidelijk handvat aan de consument die zich geconfronteerd ziet met misleidende reclame. Indien de wetgever meent dat de kredietgever die niet kiest voor een wijze van uitwinning die de maximale executieopbrengst oplevert, onrechtmatig jegens de consument en andere schuldeisers handelt, had de wetgever dit beter als concrete norm in de regeling van afdeling 7.2B.3 BW kunnen verwoorden. Doordat art. 28 lid 5 Richtlijn is geïmplementeerd onder verwijzing naar het algemene privaatrecht in Boek 6 BW is deze Europese beschermingsnorm als zodanig niet zichtbaar in het BW en meer in het bijzonder niet zichtbaar in afdeling 7.2B.3 BW. Hetzelfde geldt voor de daarbij behorende sanctie. Het is de vraag of de implementatie effectief heeft plaatsgevonden en of de sancties daarop, als bedoeld in art. 38 lid 1 Richtlijn, een doeltreffend, evenredig en afschrikkend karakter hebben.

Wat betreft de verplichting maatregelen vast te stellen die de terugbetaling van een restschuld na gedwongen verkoop vergemakkelijken, verwijst de wetgever naar de Wet schuldsanering natuurlijke personen en andere vormen van schuldhulpverlening die in de praktijk worden aangeboden, naar 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 naar de mogelijkheid dat een dreigende restschuld na (gedwongen) verkoop van de woning onderdeel vormt van een

34. Het kan uiteraard ook gebeuren dat een veilingopbrengst hoger uitvalt dan de getaxeerde waarde van de woning.

35. Het laat uiteraard onverlet dat in het geval dat de hypotheekgever (de consument) niet wil meewerken of de woning onverkoopbaar blijkt te zijn, een executieverkoop een goed middel kan zijn om tot een maximale opbrengst te komen gegeven de omstandigheden.

36. Zie 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, waarover o.a. I. Visser, Het wetsvoorstel Executieveilingen (33 484), WPNR 2013/6970, alsmede haar proefschrift *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

37. Buiten beschouwing gelaten de mogelijkheid dat de voorzieningenrechter op grond van art. 3:268 lid 2 BW op verzoek van de hypotheekgever of de hypotheekhouder kan bepalen dat de executoriale verkoop onderhands zal plaatsvinden bij een overeenkomst die hem ter goedkeuring wordt voorgelegd.

38. Afgezien van algemene zorgplichten die de hypotheekhouder (kredietgever) in acht zal dienen te nemen.

39. De positie van de veilingnotaris blijft buiten beschouwing.

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

41. Vgl. ook Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4508.

regeling met de kredietgever, waarbij de kredietgever en de consument afspraken maken over de terugbetaling van de restschuld.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> Voor deze ‘oplossingen’ geldt hetzelfde als voor de verplichting om de optimale opbrengst te behalen, namelijk dat de wetgever verwijst naar bestaande leerstukken en instituten, maar geen uitdrukkelijke regeling (al dan niet met verwijzingen<sup>44</sup>) heeft opgenomen in afdeling 7.2B.3 BW.

#### 4.4 Volledig afzien van parate executie?

De memorie van toelichting bij art. 7:128a BW bevat ten slotte nog een aantal opmerkingen die lijken te impliceren dat op grond van de algemene privaatrechtelijke leerstukken een kredietgever zou moeten afzien van een executoriale verkoop.

De wetgever merkt op dat, gelet op de aanzienlijke gevolgen van een gedwongen verkoop voor kredietgevers en consumenten, art. 7:128a BW de kredietgever aanspoort tot een redelijke mate van tolerantie jegens de consument voordat een procedure tot gedwongen verkoop wordt gestart, dit onder verwijzing naar overweging 27 van de preambule van de Richtlijn. De wetgever memoreert dat de hypotheekhouder bevoegd is 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 (art. 3:268 BW).

Ondanks deze bevoegdheid tot parate executie, zo vervolgt de wetgever, zal de kredietgever echter niet altijd en onder alle omstandigheden van dit recht gebruik kunnen maken. 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. Van de kredietgever wordt dan ook in het algemeen verwacht dat 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 deze zo goed mogelijk rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de consument (vergelijk art. 4:25 Wft en art. 2 Algemene bankvoorwaarden). Schending van deze zorgplicht kan wanprestatie (art. 6:74 BW) of een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) opleveren en aanleiding geven tot schadevergoeding (afdeling 6.1.10 BW). De kredietgever mag bovendien geen misbruik van zijn bevoegdheid maken (art. 3:13 BW). Daarvan zal sprake kunnen zijn wan-

neer 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. Dat kan ook door in gesprek te treden met de consument, aldus de wetgever in de memorie van toelichting.<sup>45</sup> Hoewel deze opmerkingen op zichzelf duidelijk te plaatsen zijn binnen het stelsel van de wet, zijn de verplichtingen waar de wetgever naar verwijst in de praktijk lastig om te toetsen. Het was in ieder geval nuttig geweest als de wetgever, bijvoorbeeld aan de hand van (voorbeelden in) de (lage) rechtspraak, een aantal omstandigheden had genoemd waarbij het evident en gerechtvaardigd is dat de kredietgever het recht op parate executie kan invoeren (of juist niet).

De overwegingen lijken in de eerste plaats te zijn geschreven voor art. 7:128a lid 1 BW, voor wat betreft de verplichting van de kredietgever om eerst in overleg te treden met de consument. De overwegingen laten echter in een aantal opzichten ruimte voor meer bescherming van de consument dan op grond van art. 7:128a lid 1 BW kan worden aangenomen. Ten eerste lijken de overwegingen te suggereren dat een kredietgever op grond van art. 3:13 en/of 6:74/162 BW onder bepaalde omstandigheden gehouden kan zijn om een parate executie langer op te schorten dan de in art. 7:128a lid 1 BW genoemde twee maanden. Ten tweede lijken de overwegingen te suggereren dat de kredietgever onder bepaalde omstandigheden in het geheel dient af te zien van een executoriale verkoop. Die omstandigheden lijken te zijn, blijkens de memorie van toelichting, dat de consument op termijn alsnog aan zijn verplichtingen kan voldoen, door de gedwongen verkoop in een noodtoestand zal verkeren en/of daardoor met een restschuld zal achterblijven.

Op grond van bestaande rechtspraak kan door middel van een procedure als bedoeld in art. 438 Rv (executie kortgeding) de staking of de schorsing van een executie (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) worden bevolen op grond van art. 3:13 en/of

42. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 67-71.

43. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34292, 3, p. 67-71.

44. Vgl. bijv. bij consumentenkoop art. 7:24 lid 1 BW.

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



6:162 BW, indien de rechter van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke mislag berust of indien de ontruiming op grond van na het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.<sup>46</sup> Ook is (lagere) rechtspraak bekend waarbij een executoriaal beslag wordt opgeheven, omdat het de (onderhandse) verkoop door een hypotheekhouder frustreert en/of omdat geen opbrengst is te verwachten voor de beslaglegger.<sup>47</sup>

In het licht van deze rechtspraak zijn de overwegingen van de wetgever in de memorie van toelichting interessant, omdat het voor de hand ligt dat de bedoelde leerstukken (zoals misbruik van bevoegdheid en onrechtmatige daad) inderdaad ook van toepassing zullen zijn op de parate executie door een hypotheekhouder, maar de rechtspraak (naar mijn weten) tot dusverre met name betrekking heeft gehad op de schorsing of de opheffing van een gelegd executoriaal beslag en niet zozeer op de schorsing of de opheffing van een parate executie op grond van een hypotheekrecht.<sup>48</sup> Mijn inschatting is dat het voorkomen van de parate executie door een hypotheekhouder lastiger zal zijn, omdat de hypotheekhouder (de kredietgever) op grond van een beperkt recht handelt en hij in veel gevallen – gelet op zijn hoge voorrang (art. 3:278 BW) – executie-opbrengst kan verwachten en daarmee zijn belang is gegeven

om de parate executie door te zetten. De wetgever had hier, bij deze overwegingen, derhalve (nog) meer mogen aangeven hoe zijn overwegingen zich verhouden tot de bestaande rechtspraak en de bestaande praktijk, en of in dat licht deze algemene leerstukken de consument een reële mogelijkheid bieden om een gedwongen verkoop te voorkomen (en zo ja, onder welke concrete omstandigheden).

### 5 Slot

Met art. 7:128a BW heeft de wetgever ten dele art. 28 Richtlijn hypothecair krediet geïmplementeerd. Met betrekking tot het overleg met de consument en de redelijke termijn voor parate executie (lid 1) en de maximale in rekening te brengen kosten (lid 2) bevat art. 7:128a BW een concrete implementatie van art. 28 lid 1 en 2 (en in zekere zin ook lid 3) Richtlijn. Ten aanzien van lid 4 en 5 van art. 28 Richtlijn ontbreekt een dergelijke concrete implementatie evenwel, omdat de wetgever ten aanzien van met name lid 5 verwijst naar de algemene regeling van parate executie in het BW en het Rv, alsmede de algemene leerstukken in de Boeken 3 en 6 BW, te weten misbruik van bevoegdheid, redelijkheid en billijkheid en de schending van (bancaire) zorgplichten (wanprestatie en onrechtmatige daad). Niet alleen is de implementatie daarmee in mijn ogen onvolledig, maar ook roept de toelichting van de wetgever enkele vragen op over de haalbaarheid van vorderingen van de consument om een parate executie te voorkomen op grond van een noodstand en/of het argument dat de consument na de gedwongen verkoop met een restschuld zal achterblijven. De wetgever heeft daarmee een aantal punten op het bord van de (Europese) rechter gelegd.

46. Zie HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575, NJ 1984/145 (Ritzen/Hoekstra); HR 5 november 1993, NJ 1994/154 (De Wit/Van den Berg); HR 19 december 1997, NJ 1998/286; vgl. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9224, NJ 2007/173 (Schmidt/Thunnissen). Vgl. evenwel ook Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6789, waarin de rechter oordeelt: 'Dakloos worden is voorzienbaar gevolg van ontruiming.'

47. Zie bijv. 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. zittingsplaats Den Bosch) 10 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2681.

48. Zie voor een poging Rb. Gelderland 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1814, waarin de rechtbank o.a. oordeelde dat het recht van parate executie niet kan worden gedwarsboemd met een beroep op de schending van de bancaire zorgplicht en een vordering tot verbod op het veilen van de woning werd afgewezen. Zie voor een geval waarin het beroep van de hypotheekhouder slaagde, en de bank de gedwongen verkoop van het appartement moest staken, omdat de hypotheekhouder in staat zou zijn alsnog af te lossen: Rb. Rotterdam 23 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9053. Zie ook Rb. Midden-Nederland 21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6718, waarin de schuldenaar stelt dat de kredietgever (mede)verantwoordelijk is voor de crisis in het commerciële vastgoed en op grond daarvan kennelijk voornemens is schadevergoeding te vorderen, alsmede een procedure waarin particuliere hypotheekgevers een bank aanspraken voor de restschuld na de executie, omdat de bank als speler in de financiële wereld medeverantwoordelijk zou zijn voor de crisis en restschuld (en de afwijzing van die vordering door de rechtbank): Rb. Midden-Nederland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4508.