

**JOR 2014/131 Rechtbank Rotterdam, 24-02-2014, ROT 13/7517,
ECLI:NL:RBROT:2014:379**

**Kredietverlening zonder vergunning, Flitskrediet, Niet-nakomingskosten
moeten tot de totale kosten van het krediet worden gerekend**

Publicatie	JOR 2014 afl. 5
Publicatiedatum	29 april 2014
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	24 februari 2014
Rolnummer	ROT 13/7517 LJN ECLI:NL:RBROT:2014:379
Rechter(s)	mr. Damsteegt
Partijen	A, verzoekster, gemachtigden: mr. C.A. Doets en mr. J.M.V. Poelgeest, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster, gemachtigden: mr. F.E. de Bruijn en mr. A.J. Boorsma.
Noot	mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Snijders
Trefwoorden	Kredietverlening zonder vergunning, Flitskrediet , Niet-nakomingskosten moeten tot de totale kosten van het krediet worden gerekend,
Regelgeving	Wft - 1:20 Wft - 2:60

» **Samenvatting**

Verzoekster betoogt dat er van overtreding van art. 2:60 Wft geen sprake is, omdat zij onder de uitzondering van art. 1:20 lid 1, aanhef en onder e, Wft valt.

In haar uitspraken van 17 januari 2013, «JOR» 2013/75 en 31 oktober 2013 heeft de rechtbank overwogen dat juist gelet op het beschermingsdoel van art. 2:60 Wft en de strikte uitzondering daarop het niet in de rede ligt om aan het verbod tot kredietverstrekking zonder vergunning een beperkte uitleg te geven. Zo nodig dienen de toezichthouder en de rechter door juridische constructies die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen (uit de Wft) wordt omzeild, heen te kijken.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat het door verzoekster gehanteerde verdienmodel kwalificeert als het vergunningplichtig aanbieden en verstrekken van krediet.

Verzoekster stelt dat het in strijd is met de Richtlijn om de niet-nakomingskosten te rekenen onder de kosten die een consument moet betalen om krediet te kunnen verkrijgen of te gebruiken.

In de genoemde uitspraak van 17 januari 2013 heeft de rechtbank overwogen dat de aanmaningskosten wegens niet-tijdige nakoming tot de totale kosten gerekend moeten worden. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om hiervan af te wijken en is dan ook met AFM van oordeel dat de kosten die door de consument aan verzoekster dienen te worden betaald in geval van niet tijdige betaling vallen onder de totale kosten van het krediet omdat zij aan te merken zijn als kosten die de consument in verband met de kredietovereenkomst moet betalen. Gelet op de hoogte en looptijd van de door verzoekster verstrekte kredieten kunnen de extra kosten voor een aanmaning niet als onbetekenend worden aangemerkt.

» **Uitspraak**
Procesverloop

Bij besluit van 18 november 2013 (het bestreden besluit) heeft AFM verzoekster een boete opgelegd van € 300.000,- wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Voorts heeft AFM meegedeeld de boeteoplegging openbaar te zullen maken door publicatie van het integrale besluit op de website van AFM en door publicatie van de kern van dit besluit in een persbericht en/of advertentie. Daarbij is aangegeven dat deze openbaarmaking tweemaal plaats zal hebben, namelijk de eerste maal niet eerder dan vijf werkdagen na verzending van het onderhavige besluit en de tweede maal nadat de boeteoplegging onherroepelijk is geworden.

Tegen dit besluit heeft verzoekster bezwaar gemaakt.

Voorts heeft verzoekster de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende de schorsing van de openbaarmaking van de boeteoplegging.

Het onderzoek ter zitting heeft – met gesloten deuren – plaatsgevonden op 14 januari 2014. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Overwegingen

1. Met betrekking tot het in een procedure als deze aan te leggen toetsingskader volstaat de voorzieningenrechter met te verwijzen naar hetgeen daarover is overwogen in de uitspraak van 21 juni 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8872).

2.1. In artikel 2, eerste lid en tweede lid, aanhef en onder f van de Richtlijn 2008/48/EG (Richtlijn) is bepaald dat deze op kredietovereenkomsten van toepassing zijnde richtlijn niet van toepassing is op kredietovereenkomsten zonder rente en andere kosten en kredietovereenkomsten waarbij het krediet binnen een termijn van drie maanden moet worden terugbetaald en slechts onbetekenende kosten worden aangerekend.

In artikel 3, aanhef en onder g, van de Richtlijn is bepaald dat in deze richtlijn onder “totale kosten van het krediet voor de consument” wordt verstaan: alle kosten, met inbegrip van rente, commissielonen, belastingen en vergoedingen van welke aard ook, die de consument in verband met de kredietovereenkomst moet betalen en die de kredietgever bekend zijn, met uitzondering van notariskosten; dit omvat ook de kosten in verband met nevendiensten met betrekking tot de kredietovereenkomst, met name verzekeringspremies, indien, daarenboven, het sluiten van een dienstencontract verplicht is om het krediet, in voorkomend geval op de geadverteerde voorwaarden, te verkrijgen.

2.2. Op grond van artikel 1:1 van de Wft wordt onder ‘aanbieden’ in deze wet verstaan: het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument, premiepensioenvordering of verzekering is of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst. Op grond van dit artikel wordt onder ‘krediet’ in deze wet verstaan: het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten.

Op grond van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wft is de Wft niet van toepassing op financiële diensten met betrekking tot krediet dat binnen drie maanden dient te worden afgelost en terzake waarvan slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening worden gebracht.

Op grond van artikel 2:60 van de Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.

3. Verzoekster bood tot 11 december 2012 consumenten via haar websites [naam website 1] en [naam website 2] kredieten aan van € 100,- tot en met € 800,- met looptijden van 15, 30, of 45 dagen met 0% rente. Verzoekster stelde wel een garantiestelling verplicht, waarbij de consument de keus had tussen een kosteloze persoonlijke garantiestelling van een aan de consument gelieerde persoon, of een garantiestelling van [C], gevestigd te [D] ([C]). Voor een garantiestelling van [C] moest een vergoeding worden betaald, waarvan de hoogte afhankelijk was van de kredietsom.

4. Gelet op deze activiteiten heeft AFM verzoekster verschillende keren om informatie verzocht om te kunnen beoordelen of die activiteiten in strijd waren met artikel 2:60, eerste lid, van de

Wft. Bij besluit van 8 mei 2012 is verzoekster een last onder dwangsom opgelegd die er onder meer toe strekte vragen te beantwoorden dan wel gegevens te verstrekken met betrekking tot door haar verstrekte kredieten over de periode van 25 mei 2011 tot 8 mei 2012. Verzoekster heeft op 24 augustus 2012 de gevraagde informatie verstrekt.

5. Aan het bestreden besluit heeft AFM ten grondslag gelegd dat verzoekster in de periode van 25 mei 2011 tot en met 11 december 2012 artikel 2:60, eerste lid van de Wft heeft overtreden door zonder vergunning krediet aan te bieden, terwijl de uitzondering niet artikel 1:20, eerste lid, sub, e, van de Wft niet van toepassing was.

6. Verzoekster betoogt dat van een overtreding geen sprake is omdat zij onder de uitzondering van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wft valt. In dit verband stelt zij dat de kosten voor de garantiestelling van [C] en de niet-nakomingskosten niet mogen worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van onbetekenende kosten met betrekking tot het krediet.

7. In haar uitspraken van 17 januari 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621) en 31 oktober 2013 (ECLI:NL:RBROT:2013:8801) heeft de rechtbank overwogen dat juist gelet op het beschermingsdoel van artikel 2:60 van de Wft en de strikte uitzondering daarop het niet in de rede ligt om aan het verbod tot kredietverstrekking zonder vergunning een beperkte uitleg te geven. Zo nodig dienen de toezichthouder en de rechter door juridische constructies die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen (uit de Wft) wordt omzeild, heen te kijken (vgl. HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6005; HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4989; 30 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9465 en CBB 18 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3246).

8.1. Uit het handelsregister van [D] blijkt dat [C] tot 13 juni 2011 geregistreerd heeft gestaan onder de handelsnaam [E]. Tot 5 oktober 2011 waren verzoeksters bestuurders [F] en [G] eveneens bestuurders van [C]. [C] is gevestigd op hetzelfde adres als [H], een onderdeel van de [A] Group. Zowel verzoekster als [C] maken onderdeel uit van de [A] Group.

[A] heeft over de periode van 25 mei 2011 tot en met 8 mei 2012 een verlies gerealiseerd van € [-]. [C] is waarschijnlijk een winstgevendende entiteit, omdat zij de garantiestellingskosten ontvangt van de consument zonder dat zij kredieten verstrekt.

8.2. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting is de voorzieningenrechter van oordeel dat het door verzoekster gehanteerde verdienmodel kwalificeert als het vergunningplichtig aanbieden en verstrekken van krediet, zoals bedoeld in artikel 1:1 van de Wft.

8.3. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter biedt verzoekster twee verschillende producten aan: een krediet met een persoonlijke garantiestelling en een krediet met een garantiestelling van [C], waaraan kosten zijn verbonden, te betalen aan [C]. De activiteiten van verzoekster en [C] kunnen daarbij niet los van elkaar worden gezien en vormen één verdienmodel. Uit de door verzoekster verstrekte gegevens blijkt dat meer dan 95% van de consumenten die via [naam website 1] en 97% van de consumenten die via [naam website 2] een kredietovereenkomst hebben afgesloten voor de betaalde garantiestelling kozen. Uit deze percentages blijkt dat voor het overgrote deel van de consumenten dat van de diensten van verzoekster gebruik maakt de mogelijkheid van het krijgen van een persoonlijke garantiestelling niet aantrekkelijk was, dan wel niet mogelijk was. De voorzieningenrechter neemt daarbij in aanmerking dat de garantiestelling van [C] op de website [naam website 2] als de aantrekkelijkste mogelijkheid werd gepresenteerd: "Dankzij de garantiestelling kan [naam website 2] de leningen gratis aanbieden...Als je de garantiestelling bij [C] regelt, kost dat je wel geld. Maar het is de snelste en eenvoudigste manier om een lening af te sluiten bij [naam website 2]."

8.4. Met AFM is de voorzieningenrechter van oordeel dat de kosten die door [C] in rekening worden gebracht voor de garantiestelling niet onbetekenend zijn. Het laagste bedrag dat in rekening werd gebracht is € 19,- bij een krediet van € 100,- voor 15 dagen. Het hoogste bedrag dat in rekening is gebracht was € 276,- bij een krediet van € 800,- voor 45 dagen.

8.5. Voor zover de aangeboden kredietmogelijkheden niet als twee verschillende producten aangemerkt kunnen worden deelt de voorzieningenrechter het standpunt van de AFM dat het afsluiten van een garantiestelling bij [C] als een verplichte nevendienst dient te worden aangemerkt omdat het verkrijgen van een krediet met een persoonlijke garantiestelling een

schijnconstructie is. Gelet op de onder 8.3 vermelde percentages is het aantal consumenten dat voor een persoonlijke garantiestelling kiest vrijwel verwaarloosbaar.

8.6. Anders dan verzoekster acht de voorzieningenrechter het feit dat AFM eerst achteraf het standpunt heeft ingenomen dat er een splitsing moet worden gemaakt in twee producten niet in strijd met de rechtszekerheid. AFM heeft dit standpunt eerst kunnen innemen nadat verzoekster na vele vergeefse pogingen van AFM uiteindelijk de verzochte informatie heeft geleverd.

9.1. Verzoekster stelt dat het in strijd is met de Richtlijn de niet-nakomingskosten te rekenen onder de kosten die een consument moet betalen om krediet te kunnen verkrijgen of te gebruiken. Daarnaast acht verzoekster het standpunt van de AFM in strijd met het *lex certa* beginsel.

9.2. In de genoemde uitspraak van 17 januari 2013 heeft de meervoudige kamer van deze rechtbank overwogen dat gelet op de in artikel 19, tweede lid, van de Richtlijn opgenomen zinsnede “de totale kosten van het krediet voor de consument, met uitzondering van kosten die hij moet betalen wegens niet-naleving van een in de kredietovereenkomst opgenomen verplichting”, de aanmaningskosten wegens niet tijdige nakoming tot de totale kosten gerekend moeten worden. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om hiervan af te wijken en is dan ook met AFM van oordeel dat de kosten die door de consument aan verzoekster dienen te worden betaald in geval van niet tijdige betaling vallen onder de totale kosten van het krediet omdat zij aan te merken zijn als kosten die de consument in verband met de kredietovereenkomst moet betalen.

9.3. Gelet op de hoogte en looptijd van de door verzoekster verstrekte kredieten kunnen de extra kosten voor een aanmaning niet als onbetekenend worden aangemerkt. Bij de eerste aanmaning bracht verzoekster € 7,- in rekening. Dit is op een krediet van € 100,- voor 15 dagen (het laagst mogelijke leenbedrag voor de kortste termijn) beduidend meer dan het door AFM gehanteerde maximum van € 50,- op jaarbasis. Bij de tweede aanmaning geldt dit te meer omdat dan nog eens € 17,- in rekening werd gebracht waardoor de totale kosten van niet-nakoming bij een krediet van € 100,- neerkomen op € 24,-.

10.1. Gelet op de overtreding komt AFM de bevoegdheid toe om verzoekster op grond van artikel 1:80 van de Wft een bestuurlijke boete op te leggen.

Gelet op artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) valt een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft onder boetecategorie 3, waarvoor een basisbedrag van € 2.000.000,- geldt.

Dit basisbedrag kan op grond van artikel 2, eerste lid, van het Bbbfs met ten hoogste 50% worden verlaagd of verhoogd indien de ernst en duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt. Op grond van het derde lid van dit artikel kan het basisbedrag eveneens met ten hoogste 50% worden verlaagd of verhoogd, indien de mate van verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.

AFM heeft het basisbedrag met 25% verhoogd vanwege de ernst en de duur van de overtreding en het basisbedrag verder verhoogd met 25% vanwege de mate van verwijtbaarheid. Vanwege de draagkracht van verzoekster heeft AFM de boete verlaagd tot € 300.000,-.

10.2. Verzoekster betoogt dat het opleggen van een bestuurlijke boete onredelijk is omdat er sprake is van het ontbreken van verwijtbaarheid dan wel omdat het bestreden besluit in strijd is met het legaliteitsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Verzoekster voert in dit verband aan dat het gedurende de periode waarover AFM de boete heeft opgelegd onduidelijk was hoe de uitzondering in artikel 1:20, eerste lid, aanhef, sub e, van de Wft moest worden geïnterpreteerd.

10.3. De voorzieningenrechter is van oordeel dat er geen aanknopingspunt is voor verzoeksters standpunt dat het haar onvoldoende duidelijk is geweest dat de kosten die door haar en [C] in rekening werden gebracht niet vielen onder deze bepaling, waardoor er sprake zou kunnen zijn van een verminderde verwijtbaarheid. Door kennis te nemen van de tekst en de daarbij behorende toelichting heeft verzoekster zich een beeld kunnen vormen van dat toepassingsbereik. De voorzieningenrechter wijst erop dat in de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling is te lezen:

“Het criterium ‘tegen onbetekenende kosten’ heeft tot gevolg dat regulier krediet met een looptijd tot drie maanden, waarvoor rente en kosten in rekening wordt gebracht, niet onder de uitzondering valt. Te denken valt aan zogenoemd ‘flitskrediet’. Flitskrediet valt door de implementatie van de richtlijn ook onder de Wet op het financieel toezicht. Onder de bedoelde kosten wordt zowel rente als alle eventuele andere kosten onder welke noemer dan ook verstaan. De kosten zijn in relatieve zin onbetekenend wanneer ze slechts een zeer klein percentage van het krediet bedragen.”

(Kamerstukken II, 2009-2010, 32 339, nr. 3. blz. 32).

Daarbij dragen marktpartijen volgens vaste rechtspraak van het CBb (bijvoorbeeld de uitspraak van 25 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:4) een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, ook als de toezichthouder niet onmiddellijk uitsluitel zou kunnen geven.

10.4. Dat niet valt in te zien waarom AFM lang heeft gewacht met het doorzetten van de handhaving terwijl het onderzoek reeds op 19 juli 2011 is gestart en AFM vanaf dat moment al op de hoogte was van de activiteiten van verzoekster, zoals verzoekster aanvoert, kan niet worden gevolgd. Zoals hiervoor overwogen heeft AFM diverse informatieverzoeken aan verzoekster gericht waarop verzoekster weinig voortvarend heeft gereageerd. Ook de termijn waarbinnen verzoekster haar zienswijze kon geven op het voornemen tot de last onder dwangsom strekkende tot het geven van informatie is op haar verzoek diverse keren verlengd. Uiteindelijk is bij besluit van 8 mei 2012 een last onder dwangsom opgelegd om verzoekster te dwingen de gevraagde informatie te verstrekken en dat gebeurt dan pas – na twee afgewezen verzoeken om voorlopige voorziening – op 24 augustus 2012.

10.5 Verzoekster betoogt verder dat de boete van € 300.000,- onevenredig hoog is en in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

10.6. In het kader van de beperkte toetsing in deze procedure en gelet op hetgeen hierboven is overwogen ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om voorshands af te wijken van het standpunt van AFM met betrekking tot omvang en de ernst van de overtreding.

Het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt. AFM heeft naar voren gebracht dat in de negen door verzoekster aangehaalde zaken waarin een waarschuwing is gegeven de omvang en de ernst van de overtreding beperkter was dan bij verzoekster. Daarbij hebben deze aanbieders meegewerkt aan de beëindiging van de overtreding, verzoekster heeft de overtreding pas beëindigd nadat AFM een voornemen tot een last onder dwangsom strekkende tot staking van de activiteiten had doen uitgaan. Met betrekking tot hetgeen verzoekster verder heeft aangevoerd ten aanzien van de draagkracht en het aantal fte's is van belang dat verzoekster onvoldoende openheid van zaken heeft gegeven met betrekking tot haar financiële positie en € [-] heeft onttrokken aan haar eigen vermogen. Gelet hierop zijn er geen aanknopingspunten voor een verdere verlaging van de boete.

10.7. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft AFM bij de boetevaststelling voldoende rekening gehouden met de omstandigheden van verzoekster. Een afstemming tot 10% van het verhoogde basisbedrag in verband met draagkracht acht de voorzieningenrechter voorshands zeker niet ontoereikend.

11. Uit het voorgaande volgt dat aan de bevoegdheidsvoorwaarden voor publicatie als bedoeld in artikel 1:97 van de Wft is voldaan. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding tot het opleggen van een publicatieverbod door de beslissing tot vroegtijdige publicatie van de boete te schorsen.

12. Ter zitting heeft verzoekster nog naar voren gebracht dat er met AFM contact is geweest over de inhoud van het persbericht en de openbare versie van het besluit, waarbij AFM heeft laten weten geen aanleiding te zien tot verdere schoning van die documenten. Verzoekster stelt zich op het standpunt dat daartoe wel redenen zijn. Anders dan AFM ziet de voorzieningenrechter, gelet op het karakter van de procedure in voorlopige voorziening, geen aanleiding om over verzoeksters standpunt niet uit te laten omdat dat eerst op zitting is aangevoerd.

13. Gelet op hetgeen verzoekster naar voren heeft gebracht dient naar het oordeel van de voorzieningenrechter de zin in het persbericht: “[-]” te worden gewijzigd in: “[-]”

14. Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding, in aanmerking genomen dat aanpassing van het persbericht van relatief onbetekenende aard is. Evenmin ziet de voorzieningenrechter aanleiding voor toepassing van artikel 8:82, vierde lid, van de Awb.

Beslissing

De voorzieningenrechter:

– wijst het verzoek om voorlopige voorziening in die zin toe dat het persbericht wordt aangepast, zoals hierboven is bepaald.

– wijst het verzoek voor het overige af.

» Noot

Inleiding

1. Het lijkt gedaan te zijn met de zogenaamde **flitskredieten**, kortlopende kredieten voor veelal kleine bedragen tegen relatief hoge kosten. Kredieten die veelal gemakkelijk per internet of zelfs per sms kunnen worden aangevraagd en een aantrekkelijke oplossing lijken voor hen die krap bij kas zitten. **Flitskredieten** zijn vaak ook een laatste "redmiddel" voor hen die niet (meer) in aanmerking komen voor (goedkopere) reguliere leningen, bijvoorbeeld wegens een BKR-registratie. Vooral gelet op de hoge kosten zijn **flitskredieten** sinds hun opkomst in Nederland in 2007 echter met argusogen gevolgd en velen een doorn in het oog. Door de korte looptijd van maximaal drie maanden, vielen de aanbieders van deze **flitskredieten** tot mei 2011 niet onder het financieel toezicht en waren zij niet vergunningplichtig. Met de implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48/EG) per 25 mei 2011 in de Nederlandse regelgeving, is dat veranderd.

2. De implementatie van de richtlijn heeft onder andere geleid tot een verruiming van de vergunningplicht op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft), waardoor nu ook kortlopende kredieten van minder dan drie maanden vergunningplichtig zijn, tenzij hiervoor slechts onbetekenende kosten in rekening worden gebracht (art. 1:20, sub e, Wft). Hieronder moeten volgens de Memorie van Toelichting worden verstaan "zowel rente als alle eventuele andere kosten onder welke noemer dan ook." Verder wordt opgemerkt dat het criterium van "onbetekenende kosten" tot gevolg heeft dat krediet met een looptijd tot drie maanden, waarvoor rente en andere kosten in rekening worden gebracht, niet onder de uitzondering vallen: "Te denken valt aan zogenoemd '**flitskrediet**'" (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 32). **Flitskredieten** vallen derhalve niet onder de Wft indien de hieraan verbonden kosten onbetekenend zijn. Als voorbeeld van "onbetekenende kosten" wordt in de Memorie van Toelichting genoemd € 5 voor een krediet van € 2.000. Volgens de AFM zijn de kosten onbetekenend in relatieve zin als zij maximaal 1% van de krediet som op jaarbasis bedragen. Voor een **flitskrediet** dat binnen drie maanden moet worden terugbetaald is dat dus 0,25%. Van onbetekenende kosten in absolute zin is volgens de AFM sprake indien deze maximaal € 50 op jaarbasis bedragen. Teruggerekend naar drie maanden is dit derhalve een bedrag van maximaal € 12,50. Van onbetekenende kosten is derhalve niet snel sprake.

3. Aanbieders van **flitskredieten** hebben vooral geprobeerd met een – het moet worden gezegd: vaak creatief – beroep op de uitzondering van "onbetekenende kosten" onder de vergunningplicht en daarmee ook aan de regels over de maximum kredietvergoeding op grond van het Besluit kredietvergoeding uit te komen zonder hun verdienmodel geweld aan te doen. Zie ook M. van Vliet, 'Het einde van **flitskrediet**', *Onderneming en Financiering*, 2012 (20) 1, p. 15-30, waarin hij verschillende ontwikkelingsconstructies bespreekt die op de Nederlandse markt worden/werden gehanteerd.

4. De AFM heeft sinds 2011 in totaal 21 aanbieders van **flitskredieten** onderzocht. Daarvan waren er achttien in overtreding. Een groot deel van de aanbieders van **flitskredieten** heeft inmiddels dan ook de activiteiten gestaakt, al dan niet na handhavend optreden van de AFM ('Markt voor **flitskredieten** verder opgedroogd', *Nieuwsbrief AFM* februari 2014, te raadplegen op www.afm.nl). Ook Ferratum Nederland BV was aanbieder van **flitskredieten**, onder andere via haar website www.saldodipje.nl, en ook Ferratum Nederland BV heeft haar activiteiten inmiddels moeten staken.

Ontwikkelingsconstructies

5. Inmiddels heeft ook de bestuursrechter zich over verschillende constructies uitgelaten en zich bepaald kritisch getoond. Zo bood Your Finance BV **flitskredieten** aan via www.voorschotje.nl in de vorm van kleine kredieten van maximaal € 150. Afhankelijk van het betalingsgedrag kon de consument tot vier van dergelijke kredieten afsluiten, dus tot maximaal € 600. De kredieten konden binnen 21 dagen kosteloos en zonder rente worden terugbetaald. Onbetekenende kosten dus. Het verdienenmodel was gelegen in de extra diensten die zij verleende: € 25 voor een spoedbehandeling en € 3 voor een factuur per post. Daarnaast verdiende zij aan de boetes voor te late terugbetaling. Naar zowel het oordeel van de AFM als de voorzieningenrechter en de bestuursrechter (Vzng. Rb. Rotterdam 16 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6089 en «JOR» 2012/117; en Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621), was van nevendiensten echter geen sprake en werden meer dan onbetekenende kosten in rekening gebracht. De voorzieningenrechter meende dat Your Finance feitelijk twee producten aanbood: een kortlopend krediet zonder spoedoverboekingen en een kortlopend krediet met spoedoverboeking (waarvoor negentig procent van de klanten kiest, omdat zij anders enkele dagen moeten wachten op hun "**flits**"krediet). De voorzieningenrechter had de toelaatbaarheid van de boeteregeling in het midden gelaten. Volgens de rechtbank moet een boete voor niet-nakoming wel worden meegenomen bij het betalen van de al dan niet onbetekenende kosten.

6. Voor een andere constructie heeft Friendly Finance BV gekozen. Friendly Finance BV bood consumenten via haar website www.betaaldag.nl de mogelijkheid om bijvoorbeeld een deel van hun vordering op hun werkgever (loon) te verkopen. Er zou derhalve helemaal geen sprake zijn van een kredietovereenkomst tussen partijen, maar van een koopovereenkomst. Uiteraard was de koopsom aanzienlijk lager dan het deel van het verkochte loon. Zo kon een consument bijvoorbeeld een deel van zijn loonvordering op zijn werkgever van € 310 verkopen voor € 250 aan Friendly Finance BV. Niet zo heel "friendly" dus. Zowel de AFM als de bestuursrechter prikken door de kwalificatie als koopovereenkomst heen en concluderen dat wel degelijk sprake is van een kredietovereenkomst, waarvoor meer dan onbetekenende kosten in rekening werden gebracht (Vzng. Rb. Rotterdam 26 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9155; Rb. Rotterdam 31 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8801). Vergelijk ook de uitspraken van de kantonrechter, die, oordelend in het kader van incassoprocedures, eveneens meent dat sprake is van kredietovereenkomsten waarop de Wet consumentenkrediet van toepassing is (bijvoorbeeld Rb. Alkmaar, sector kanton 9 februari 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BV7006 en Rb. Arnhem, sector kanton 27 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV8139).

Ferratum Nederland BV

7. Ook Ferratum meende een verdienenmodel te hebben gevonden, waardoor zij niet onder de Wft zou vallen, maar wel voldoende inkomsten zou kunnen genereren voor een rendabel verdienenmodel. Ferratum heeft ervoor gekozen **flitskredieten** aan te bieden zonder kosten en zonder rente. In zoverre leek Ferratum inderdaad te voldoen aan het vereiste van "onbetekenende kosten" in art. 1:20, sub e, Wft. De crux was evenwel dat om in aanmerking te komen voor een krediet, de consument een deugdelijke en rechtsgeldige garantiestelling diende te verstrekken. Dat kon een persoonlijke garantiestelling zijn of een garantiestelling die via Ferratum werd aangeboden door het Estlandse bedrijf Global Guarantee tegen een fikse vergoeding. Die vergoeding varieerde van € 23 voor een leenbedrag van Ferratum van € 100 met een terugbetalingstermijn van 15 dagen, tot € 256 voor een leenbedrag van € 800 met een termijn voor terugbetaling van 45 dagen (zie www.globalguarantee.eu/nl/prices).

8. De centrale vraag was natuurlijk of Ferratum wellicht indirect aan de **flitskredieten** verdient via Global Guarantee. Op basis van de uiteindelijk door Ferratum overgelegde informatie (daar was wel een last onder dwangsom voor nodig), concludeerde de AFM dat Global Guarantee gelieerd was aan Ferratum. Via Global Guarantee werden meer dan onbetekenende kosten in rekening gebracht voor een **flitskrediet**. Nu Ferratum geen vergunning had voor het aanbieden van krediet, resulteerde dat in een boete van de AFM van € 300.000. Dat oordeel houdt stand bij de voorzieningenrechter.

9. Duidelijk is dat zowel de AFM als de bestuursrechter consumentenbescherming hoog in het vaandel hebben staan, zich niet makkelijk om de tuin laten leiden en door juridische constructies heen kijken. De overwegingen van de voorzieningenrechter onder r.o. 7 spreken wat dat betreft boekdelen. Onder verwijzing naar onder andere rechtspraak van de bestuursrechter in handhavingszaken inzake **flitskrediet** (Your Finance BV en Friendly Finance), memoreert de voorzieningenrechter dat, gelet op het beschermingsdoel van de

vergunningplicht voor krediet, de uitzondering van art. 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft strikt dient worden geïnterpreteerd en door juridische constructies heen moeten worden gekeken. Daar zou nog aan toe kunnen worden gevoegd de uitdrukkelijke intentie van zowel de Europese als de nationale wetgever, zoals neergelegd in art. 2, derde lid, van de Richtlijn respectievelijk art. 7:73, tweede lid, BW. Op grond van deze bepalingen kan de consument de hem krachtens titel 7.2A BW toegekende bescherming niet worden ontzegd “door overeenkomsten een bijzondere vorm te geven, met name door kredietopnemingen of kredietovereenkomsten die onder de Richtlijn vallen op te nemen in overeenkomsten die, door de aard of het doel ervan, buiten de werkingssfeer ervan zouden kunnen vallen”.

10. Dat de kosten voor een garantiestelling die Global Guarantee in rekening brengt geen onbetekenende kosten zijn, staat eigenlijk niet ter discussie. De vraag is echter of deze kosten moeten worden meegenomen bij het bepalen van de kosten van het krediet. Deze kosten zijn immers niet verplicht. De consument kan voor een kosteloos alternatief kiezen. Bovendien, de kosten worden in rekening gebracht door een andere partij dan de kredietverstrekker. In hoeverre kan dat de kredietverstrekker worden tegengeworpen?

11. Voor wat betreft het kosteloos alternatief van een persoonlijke garantiestelling, menen de AFM en de voorzieningenrechter dat dit geen reëel alternatief is. In lijn met de eerdere uitspraken inzake Friendly Finance BV (www.voorschotje.nl), menen zij dat er feitelijk sprake is van twee verschillende producten: één **flitskrediet** met persoonlijke garantiestelling waarvoor vrijwel niemand kiest en één **flitskrediet** met een garantiestelling van Global Guarantee, waarbij je zonder dat iemand het weet binnen enkele uren over de lening kunt beschikken. De voorzieningenrechter woog daarbij mee dat ruim 95 procent van de consumenten koos voor deze laatste optie.

Kanttekeningen

12. Hoewel het eindoordeel van de voorzieningenrechter ons juist lijkt, kunnen bij de uitspraak kanttekeningen worden geplaatst. Dat er feitelijk sprake zou zijn van twee producten, dat 95 procent van de consumenten voor de garantiestelling van Global Guarantee koos en dat de persoonlijke garantiestelling een schijnconstructie zou zijn, is ons inziens niet relevant. De uitzondering van artikel 1:20, onder e, Wft is immers slechts van toepassing op **flitskredieten** met onbetekenende kosten. Indien reeds voor één enkel **flitskrediet** méér dan onbetekenende kosten worden bedongen en/of in rekening worden gebracht, is de uitzondering niet langer van toepassing. De kredietverstrekker heeft dan de keuze om alsnog een vergunning aan te vragen, dan wel de kosten te verlagen tot het niveau van onbetekenende kosten.

13. Ook de relatie tussen Ferratum en Global Guarantee – hoewel tekenend voor het verdienenmodel – is niet relevant. Relevant is dat een garantiestelling noodzakelijk is voor het verkrijgen van het (**flits**)krediet. Dat op zich betekent al dat de kosten van de garantiestelling, ongeacht door wie die in rekening worden gebracht, moeten worden meegenomen bij de beantwoording van de vraag of meer dan “onbetekenende kosten” in rekening worden gebracht.

14. Tot de “onbetekenende kosten” van art. 1:20, onder e, Wft moeten immers rente en alle eventuele andere kosten onder welke noemer dan ook worden gerekend. Noch de toelichting bij art. 1:20 Wft, noch de richtlijn (art. 2, derde lid) bepalen welke kosten dat precies zijn. De Richtlijn kent wel het begrip “totale kosten van het krediet voor de consument” (art. 3, onder g). Tot die kosten behoren onder andere “de kosten in verband met nevensdiensten met betrekking tot de kredietovereenkomst, met name verzekeringspremies, indien, daarenboven, het sluiten van een dienstencontract verplicht is om het krediet, in voorkomend geval op de geadverteerde voorwaarden, te verkrijgen”. Het ligt voor de hand de kostenposten van de “totale kosten van het krediet voor de consument” ook te hanteren bij het beantwoorden van de vraag of de uitzondering van art. 2, derde lid, Richtlijn en daarmee art. 1:20, onder e, Wft van toepassing is. Het hanteren van beperkte kostenposten zou immers een beperking van de uitzondering betekenen, hetgeen afbreuk doet aan de consumentenbescherming. Vergelijk ook de toelichting op de definitie van “totale kosten van het krediet voor de consument” in art. 7:58, tweede lid, BW (*Kamerstukken II*, 32 339, nr. 3, p. 10).

15. Bovendien lijkt het gerechtvaardigd om aan te sluiten bij de (gemaximeerde) kredietvergoeding, die op grond van art. 35 Wet op het consumentenkrediet (Wck) en het Besluit kredietvergoeding voor een regulier krediet mag worden bedongen en/of in rekening mag worden gebracht. Onder kredietvergoeding wordt verstaan alle beloningen en vergoedingen, in welke vorm ook, die de kredietgever ter zake van een krediettransactie

bedingt, in rekening brengt of aanvaardt (art. 1 Wck). Daaronder vallen ook de kosten voor nevendiensten die verplicht zijn voor het verkrijgen van het krediet, al dan niet op de geadverteerde voorwaarden, zoals een overlijdensrisicoverzekering bij een door de consument zelf gekozen verzekeraar. Vergelijk: *Kamerstukken II*, 1986/87, 19 785, nr. 3, p. 86. Zie ook M.H.P. Claassen en J.L. Snijders bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 juli 2013, «JOR» 2013/249, waar het ging om de vraag of de kosten van een niet-verplicht beschermingsplan tot de kosten van het krediet behoorden. Kortom, indien een aanvullende overeenkomst zoals een garantiestelling verplicht is voor het verkrijgen van het krediet – met inachtneming van de vrije keuze voor een aanbieder –, dan moeten de kosten hiervan worden meegenomen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van onbetekenende kosten of niet.

Cashbob.nl

16. Op 5 december 2013 heeft de AFM ook aan BA Finance een boete opgelegd voor het aanbieden van **flitskredieten** (te raadplegen via www.afm.nl). BA Finance bood **flitskredieten** aan via haar website www.cashbob.nl. Zij bracht weliswaar zeer lage kosten in rekening, maar als de lening niet binnen de overeengekomen zeven dagen werd terugbetaald, werd het dossier ter incasso overgedragen aan Credit Consulting BV, die de consument niet-nakomingskosten in rekening bracht van bijvoorbeeld € 135 bij een krediet van € 500. Naderhand had BA Finance haar werkwijze aangepast en was voor het verkrijgen voor een garantstelling door Credit Consulting vereist. Wat dat betreft ligt de vergelijking met Ferratum voor de hand. Aanvankelijk had BA Finance ook dezelfde eigenaar als Credit Consulting BV en werden via een omweg alsnog hoge kosten in rekening gebracht voor het **flitskrediet**. In lijn met de uitspraak van de voorzieningenrechter inzake Ferratum, zou de AFM kunnen handhaven. Later is Credit Consulting echter verkocht. Met het doorknippen van de band tussen BA Finance en Credit Consulting, zouden volgens de uitspraak inzake Ferratum, de mogelijkheden voor de AFM tot handhaving beperkt zijn, terwijl wel dezelfde kosten in rekening kunnen blijven gebracht. De voorzieningenrechter gaat immers uit van een noodzakelijke link tussen kredietgever en degene die de kosten incasseert. Voor het bepalen van de "onbetekenende kosten" van het krediet is die link in het licht van het voorgaande evenwel niet noodzakelijk.

Hoe gaat het verder met Ferratum?

17. Zoals opgemerkt, heeft Ferratum haar activiteiten in Nederland moeten staken. Via haar websites www.ferratum.nl en www.saldodipje.nl worden evenwel nog steeds op de oude voet **flitskredieten** in Nederland aangeboden. Deze flitskredietovereenkomsten worden echter niet langer aangegaan door Ferratum Nederland BV, maar door Ferratum UK Ltd. en wel op grond van de Wet op het consumentenkrediet 1974 uit het Verenigd Koninkrijk (zoals laatstelijk gewijzigd). Of dat helemaal zonder problemen zal zijn, valt nog maar te bezien. Hoewel de regels voor consumentenkrediet hun grondslag vinden in de Richtlijn Consumentenkrediet, geldt voor aanbieders van krediet geen Europees Paspoort. Een kredietaanbieder met zetel in een andere lidstaat zal dus moeten beschikken over een Nederlandse vergunning of moet onder een Nederlandse vrijstelling/uitzondering vallen voor het in Nederland aanbieden van krediet. Dat is slechts anders indien het krediet wordt aangeboden door een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat, die als bank diensten verricht naar Nederland en voor zover het haar ingevolge afdeling 2.2.2 Wft is toegestaan krediet aan te bieden (art. 2:62 Wft). Dat vereist in ieder geval een notificatie aan DNB. Noch uit het DNB-register, noch uit het Financial Service Register blijkt dat Ferratum UK Ltd. is genotificeerd bij DNB en een bankvergunning heeft in het Verenigd Koninkrijk.

mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Snijders, advocaat bij Lauxtermann Advocaten resp. FIZ Advocaten

