

vindt steun voor dit oordeel in voornoemde parlementaire geschiedenis en literatuur. Het hof concludeert dan ook dat de kredietaanbieders de kredietinformatie van appellant in het CKI kunnen baseren op hun wettelijke verplichtingen onder de Wft. Daarmee komt aan appellant geen beroep toe op het recht om vergeten te worden en het recht om bezwaar te maken. Het hof bekrachtigt hiermee het oordeel in eerste aanleg van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (21 oktober 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4846). 15. *Conclusie*. Momenteel is er geen eenduidig standpunt in de rechtspraak over de grondslag waarop kredietaanbieders kredietinformatie van consumenten in het CKI registreren. Dat heeft tot gevolg dat het afhangt van de rechter die zich buigt over een zaak of een consument zijn recht op gegevenswissing of bezwaar kan invoeren tegen een kredietaanbieder. Dat is ongewenst. Het zou daarom goed zijn als de Hoge Raad zich hierover eens zou (kunnen) uitlaten. In de onderhavige beschikking heeft het Hof 's-Hertogenbosch in ieder geval een heel duidelijk en onderbouwd standpunt ingenomen. Dit standpunt is overigens niet alleen relevant in het kader van kredietregistraties. Het biedt ook meer in het algemeen duidelijke handvatten om te beoordelen of en in hoeverre gegevensverwerkingen op een wettelijke verplichting gebaseerd kunnen worden.

mr. C.E.F van Waesberge
advocaat bij Loyens & Loeff

261

Kwalificatie van begrip consument bij verhuurhypotheken

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
20 juli 2020, nr. KG ZA 20-284,
ECLI:NL:RBMNE:2020:2847
(mr. Gehlen)
Noot mr. J.M. van Poelgeest

Kredietnemer heeft bij aangaan van verhuurhypotheken gehandeld voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen en dient derhalve als consument te worden aangemerkt. Voorshands is voldoende aannemelijk dat contractuele boeterente in strijd is met art. 7:127 lid 3 BW.

[BW art. 7:118 lid 1 sub a, 7:127 lid 3, 7:128c; BGfo art. 81c]

Aan de orde is of de Stichting Investeerders SamenInGeld (hierna: de Stichting) terecht aanspraak maakt op boeterente en administratiekosten wegens het vervroegd aflossen van een hypothecaire geldlening.

De regel dat de vergoeding niet hoger mag zijn dan het financiële nadeel van de aanbieder/kredietgever geldt uitsluitend voor consumenten. In art. 7:128c BW staat met zoveel woorden dat van het bepaalde in titel 7.2B BW niet ten nadele van een consument kan worden afgeweken. Toezichtrechtelijk brengt de definitie in art. 1:1 Wft mee dat alleen van hypothecair krediet sprake is als het wordt verstrekt aan een consument, zodat ook art. 81c BGfo alleen van toepassing is als [eisers c.s.] consumenten zijn.

De wetgever heeft bij de implementatie van de richtlijn hypothecair krediet bepaald dat ook iemand die een woning koopt om die te verhuren een consument kan zijn. Waar het om gaat is of [eisers c.s.] bij het aangaan van de lening hebben gehandeld voor doeleinden die buiten hun bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen (art. 7:118 lid 1 sub a BW en art. 1:1 Wft). Of dat het geval is, moet van geval tot geval worden uitgemaakt. Daarbij is

de aard van het goed of de dienst waarop de gesloten kredietovereenkomst betrekking heeft een belangrijke omstandigheid. De eventuele concrete (juridische of beroepsmatige) deskundigheid waarover de betrokkende beschikt, staat dan weer los van deze beoordeling (HvJ EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538, NJ 2016/339).

[Eisers c.s.] heeft in dit verband onbetwist gesteld dat hij timmerman van beroep is en dat hij dat beroep als zzp'er uitoefent. De vijf verhuurde woningen, waaronder de drie woningen die zijn gefinancierd met de leningen, houdt hij aan om vermogen op te bouwen voor zijn pensioen.

De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat [eisers c.s.] hiermee voldoende aanneemelijk heeft gemaakt dat hij bij het aangaan van de leningen heeft gehandeld voor doeleinden die buiten zijn beroepsactiviteiten vallen, zodat hij voor de toepassing van art. 7:127 lid 3 BW (en art. 81c BGfo) moet worden gezien als consument.

1. [Eiser sub 1],
2. [eiseres sub 2],

eisers,

advocaat: mr. P. van der Veld,

tegen

Stichting Investeerdere SamenInGeld te Bilthoven, gedaagde,

advocaat: mr. J.E. Braak.

(...; red.)

2. De beoordeling

Kern van de zaak en oordeel van de voorzieningenrechter

[eisers c.s.] wil zijn drie hypothecaire geldleningen bij de Stichting oversluiten. De Stichting wil alleen meewerken aan doorhaling van de hypotheekinschrijvingen in de openbare registers als [eisers c.s.] – naast de uitstaande bedragen – ook de contractuele boeterente voldoet, omdat de aflossing enkele weken eerder plaats zal vinden dan overeengekomen. Volgens [eisers c.s.] is die boeterente niet of slechts gedeeltelijk verschuldigd. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat voor consumenten als [eisers c.s.] geldt dat de vergoeding wegens vervroegd aflossen niet hoger mag zijn dan het financiële nadeel van de Stichting (zie artikel 7:127 lid 3 BW en 7:128c BW lid 1). Dat nadeel is niet hoger dan de contractuele rente tot het einde van de looptijd van de lenin-

gen vermeerderd met € 350,- per lening aan administratiekosten. De Stichting zal dan ook worden veroordeeld om nieuwe aflosnota's op te maken en om mee te werken aan doorhaling van de hypotheekrechten. Ook de gevorderde dwangsom, buitengerechtelijke incassokosten en proceskostenveroordeling worden toegewezen.

De verhoudingen tussen partijen

2.1. [eisers c.s.] heeft bij de Stichting drie hypothecaire geldleningen afgesloten voor de aankoop van drie appartementsrechten. In alle drie de gevallen gaat het om in [woonplaats] gelegen woningen die door [eisers c.s.] worden verhuurd, met toestemming van de Stichting. De drie hypothecaire geldleningen (hierna: de leningen) hebben de volgende kenmerken:

Offerte d.d.	Onderpand	Hoofdsom	Looptijd
18-08-2017	[adres 1]	€ 65.000,00	05-09-2017 tot 05-09-2020
15-01-2018	[adres 2]	€ 88.600,00	01-03-2018 tot 05-09-2020
17-05-2019	[adres 3]	€ 200.000,00	14-06-2019 tot 05-09-2020

2.2. De Stichting is verbonden aan het crowdfundingplatform van SamenInGeld B.V. Via dit platform komen zogenoemde crowdfundinghypotheekrechten tot stand, waarbij investeerders leningen verstrekken aan de Stichting, die op haar beurt weer hypothecaire geldleningen verstrekt aan geldnemers als [eisers c.s.] De hypotheekrechten worden gevestigd ten gunste van de Stichting.

2.3. [eisers c.s.] is daarnaast eigenaar van twee andere woningen die ook zijn verhuurd. Deze zijn gefinancierd met hypothecaire geldleningen bij RNH Hypotheekbank waarvan de looptijd eind juli 2020 afloopt. [eisers c.s.] wil de financiering voor alle vijf deze woningen oversluiten naar een nieuwe hypotheekverstrekker, NIBC Bank N.V. (hierna: NIBC). [eisers c.s.] heeft de offerte van NIBC voor een nieuwe hypothecaire geldlening van in totaal circa € 560.000,- inmiddels geaccepteerd. Uitgangspunt van die offerte was dat de nieuwe hypotheekrechten zouden worden gevestigd bij notariële akte van 8 juli 2020. NIBC is akkoord gegaan met een (laatste) verlenging van deze datum tot 27 juli 2020. Indien de vestiging

van de nieuwe hypotheek dan niet doorgaat is [eisers c.s.] een boete van 1% over de hypotheeksom verschuldigd. Dat impliceert dat uiterlijk op die dag ook de bestaande hypotheekrechten moeten zijn beëindigd en dat betekent weer dat de vorderingen van de Stichting volledig moeten zijn voldaan (deze serie rechtshandelingen met de verstrekking van de nieuwe lening hierna: de herfinancieringstransactie).

2.4. Op verzoek van [eisers c.s.] heeft de Stichting voor de leningen drie aflosnota's opgesteld, gedaateerd op 28 april 2020. Deze vermelden de volgende bedragen aan boeterente en administratiekosten wegens vervroegd aflossen, uitgaande van aflossing per 15 juni 2020:

Lening mbt onderpand	Boeterente	Administratiekosten
[adres 1]	€ 2.244,56	€ 350,00
[adres 2]	€ 2.925,99	€ 350,00
[adres 13]	€ 8.747,00 +	€ 350,00 +
	€ 13.917,53	€ 1.050,00

2.5. [eisers c.s.] heeft de Stichting bij brief van 21 mei 2020 gevraagd om af te zien van de in rekening gebrachte boeterente en administratiekosten, onder meer omdat hij de Stichting bij het aangaan van de leningen al had verteld dat de herfinancieringstransactie al in juli 2020 zou plaatsvinden. De Stichting heeft aangegeven dat zij de hypotheekrechten alleen zal beëindigen na betaling van alle verschuldigde bedragen, dus ook de in de aflosnota's genoemde boeterente en administratiekosten.

Wat vordert [eisers c.s.]?

2.6. In deze procedure vordert [eisers c.s.] – samengevat – dat de Stichting bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis wordt veroordeeld:

- i. om op straffe van een dwangsom nieuwe aflosnota's op te maken waarin geen boeterente en administratiekosten zijn opgenomen, dan wel, subsidiair, waarin die bedragen niet hoger zijn dan de normale contractuele rente tot de einddatum van de looptijd, dus tot 5 september 2020;
- ii. om de noodzakelijke medewerking te verlenen voor beëindiging van de hypotheekrechten en inschrijving van die beëindiging in de openbare registers en, als medewerking uitblijft, dat het vonnis in de plaats treedt van die medewerking (zie: artikel 3:300 BW lid 1);

iii. om aan [eisers c.s.] van € 925,00 aan buitengerechtelijke incassokosten te betalen; en

iv. om aan [eisers c.s.] de (daadwerkelijke) proceskosten te betalen.

Spoedeisendheid

2.7. [eisers c.s.] heeft onbetwist gesteld dat de financiering van de twee andere hypothecaire geldleningen afloopt eind juli 2020 en dat in geval de geplande herfinancieringstransactie niet door kan gaan op 27 juli 2020 hij een boete aan NIBC Bank B.V. verschuldigd is. Daarmee is voldoende onderbouwd dat van [eisers c.s.] redelijkerwijs niet kan worden gevraagd om een uitspraak in een bodemprocedure af te wachten.

Algemene voorwaarden

2.8. De kern van het geschil is of de Stichting terecht aanspraak maakt op de onder 2.4 genoemde € 13.917,53 aan boeterente en € 1.050,00 aan administratiekosten.

2.9. De Stichting heeft aangevoerd dat die boeterente en administratiekosten verschuldigd zijn op grond van haar algemene voorwaarden. In de overeenkomsten van de eerste twee leningen staat dat de Algemene Voorwaarden Geldlening SamenInGeld van 11 april 2017 toepasselijk zijn. Bij de laatst afgesloten lening vermeldt de overeenkomst hetzelfde voor de Algemene Voorwaarden Geldlening SamenInGeld van 20 maart 2019. Met "de algemene voorwaarden" wordt hierna bedoeld: voor de eerste twee leningen de versie uit 2017 en voor de laatste lening de versie uit 2019. In artikel 18 van de algemene voorwaarden van 2017 staat onder meer:

"18. Rente en boeterente bij aflossingen

1. Bij een algehele aflossing van de lening op een renteherzieningsdatum is er geen boete verschuldigd. SamenInGeld brengt Geldlener wel administratiekosten in rekening. De hoogte van de administratiekosten wordt aangegeven op de website van SamenInGeld.

2. Bij een algehele aflossing binnen de rentevaste periode is de Geldlener verplicht 2% boete te betalen over de hoofdsom plus 6 maanden boeterente, in de eerste 2 jaar van een project. Bij algehele aflossing na de eerste 2 jaar van een project is de Geldlener verplicht 1% boete te betalen over de hoofdsom plus 6 maanden boeterente. De boete is exclusief administratiekosten, die SamenInGeld in rekening brengt bij eerder aflossen.

(...)"

In de versie uit 2019 is aan lid 2 nog toegevoegd “Voor deze kosten zie de website van SamenInGeld.”

2.10. [eisers c.s.] heeft tevergeefs aangevoerd dat de algemene voorwaarden niet zijn overeengekomen, omdat deze niet tijdig aan hem ter hand zijn gesteld. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden wordt overeengekomen door aanbod en aanvaarding. In de offertes van de Stichting staat dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn en [eisers c.s.] heeft deze offertes aanvaard. [eisers c.s.] is dan ook aan de algemene voorwaarden gebonden, of hij de inhoud daarvan nu kende of niet (zie artikel 6:232 BW).

2.11. Die tijdige terhandstelling is wel van belang voor de vraag of [eisers c.s.] erin is geslaagd om het beding in artikel 18 van de algemene voorwaarden over de boeterente en administratiekosten buitengerechtelijk te vernietigen. Volgens [eisers c.s.] is sprake van een vernietigbaar beding:

- omdat de algemene voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan hem ter hand zijn gesteld, zodat hem niet een redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (als bedoeld in artikel 6:233 BW sub b); en
- omdat het beding onredelijk bezwarend is (als bedoeld in artikel 6:233 BW sub a) gelet op het vermoeden in artikel 6:237 BW onder i).

2.12. Zowel in de (door [eisers c.s.] geaccordeerde) offertes als in de notariële aktes tot vestiging van de hypotheekrechten staat vermeld dat de algemene voorwaarden aan [eisers c.s.] ter hand zijn gesteld. Een dergelijke verklaring van de wederpartij inhoudende dat hij de algemene voorwaarden heeft ontvangen, levert volgens de rechtspraak van de Hoge Raad op grond van artikel 157 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) dwingend bewijs op (zie onder meer HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009, 50). Binnen het beperkte bestek van deze kortgedingprocedure is geen plaats voor verdere bewijslevering in de vorm van tegenbewijs, en [eisers c.s.] heeft ook geen voldoende concreet en ter zake doend aanbod voor tegenbewijs gedaan. De voorzieningenrechter is daarom voorshands van oordeel dat de algemene voorwaarden tijdig aan [eisers c.s.] ter hand zijn gesteld.

2.13. Of het beding in de algemene voorwaarden over de boeterente onredelijk bezwarend is, kan in het midden blijven omdat het oordeel onder

2.21 meebrengt dat de boeterente substantieel moet worden verlaagd. Dit geldt te meer omdat de boeterente en de manier waarop die moet worden berekend ook staan vermeld in het document “Project informatie” dat – ook volgens [eisers c.s.] zelf – deel uitmaakt van de overeenkomst.

2.14. Het beding in de algemene voorwaarden dat bij vervroegd aflossen administratiekosten zijn verschuldigd, is naar voorshands oordeel van de voorzieningenrechter niet onredelijk bezwarend. Bij dit oordeel speelt mee dat voldoende aanneemelijk is:

- dat vervroegd aflossen daadwerkelijk extra administratie en dus extra kosten met zich meebrengt;
- dat deze extra kosten niet worden gedekt wanneer de boeterente wordt teruggebracht tot de contractuele rente tot het einde van de looptijd;
- dat het bedrag aan administratiekosten waar de Stichting aanspraak op maakt, beperkt is, namelijk € 350,- per lening; en
- dat de totale vergoeding het werkelijke nadeel van de Stichting niet overschrijdt.

Is de boeterente in overeenstemming met artikel 81c BGfo en artikel 7:127 lid 3 BW

2.15. [eisers c.s.] heeft aangevoerd dat de door de Stichting berekende boeterente te hoog is, gelet op artikel 81c van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: BGfo). Dit artikel bepaalt dat geen vergoeding wegens vervroegd aflossen van hypothecair krediet mag worden berekend die hoger is dan het financiële nadeel dat de aanbieder heeft bij vervroegde aflossing.

2.16. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de regel in artikel 81c BGfo ook in het Burgerlijk Wetboek staat. Artikel 7:127 lid 3 BW bepaalt over de vergoeding wegens vervroegd aflossen: “De vergoeding mag het door de kredietgever geleden financiële nadeel niet overschrijden.” In deze zaak voor de burgerlijke rechter zal de voorzieningenrechter primair verwijzen naar de bepalingen in het BW. De strekking is overigens hetzelfde als die van de toezichtrechtelijke bepalingen. Beide bepalingen zijn gelijktijdig ingevoerd, bij de implementatie van de richtlijn 2014/17/EU inzake hypothecair krediet, en beide regimes kunnen naast elkaar van toepassing zijn.

Is [eisers c.s.] een consument?

2.17. De regel (dat de vergoeding niet hoger mag zijn dan het financiële nadeel van de aanbieder/

kredietgever) geldt uitsluitend voor consumenten. In artikel 7:128c BW staat met zoveel woorden dat van het bepaalde in titel 7.2B BW niet ten nadele van een consument kan worden afgeweken. Toezichtrechtelijk brengt de definitie in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) mee dat alleen van hypothecair krediet sprake is als het wordt verstrekt aan een consument, zodat ook artikel 81c BGfo alleen van toepassing is als [eisers c.s.] een consument is.

2.18. De Stichting heeft in dit verband aangevoerd dat iemand die een huis koopt om het aan derden te verhuren geen consument kan zijn. Dat is niet zo. De wetgever heeft bij de implementatie van de richtlijn hypothecair krediet bepaald dat ook iemand die een woning koopt om die te verhuren een consument kan zijn. Waar het om gaat is of [eisers c.s.] bij het aangaan van de lening heeft gehandeld voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen (artikel 7:118 BW lid 1 sub a en artikel 1:1 Wft). Of dat het geval is, moet van geval tot geval worden uitgemaakt (Kamerstukken 34 292, nr. 3, p. 50). Daarbij is de aard van het goed of de dienst waarop de gesloten kredietovereenkomst betrekking heeft een belangrijke omstandigheid. De eventuele concrete (juridische of beroepsmatige) deskundigheid waarover de betrokkende beschikt, staat dan weer los van deze beoordeling (Hof van Justitie EU 3 september 2015, ECLI:EU:C:2015:538, NJ 2016/339).

2.19. [eisers c.s.] heeft in dit verband onbetwist gesteld dat hij timmerman van beroep is en dat hij dat beroep als zzp-er uitoefent. De vijf verhuurde woningen, waaronder de drie woningen die zijn gefinancierd met de leningen, houdt hij aan om vermogen op te bouwen voor zijn pensioen.

2.20. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat [eisers c.s.] hiermee voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij bij het aangaan van de leningen heeft gehandeld voor doeleinden die buiten zijn beroepsactiviteiten vallen, zodat hij voor de toepassing van artikel 7:127 BW lid 3 (en artikel 81c BGfo) moet worden gezien als consument.

2.21. Dat betekent dat de Stichting geen vergoeding wegens vervroegd aflossen in rekening mag brengen die hoger is dan haar financiële nadeel. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat dit nadeel bestaat uit de normale contractuele rente tot het einde van de looptijd, vermeer-

derd met de administratiekosten van € 350,- per lening.

Belangenafweging

2.22. Als de openstaande hoofdsommen, de contractuele rente tot datum aflossing en de administratiekosten zijn voldaan, heeft de Stichting geen in redelijkheid te respecteren belang om niet mee te werken aan de beëindiging van de hypotheekrechten en de inschrijving daarvan.

Als de Stichting geen nieuwe aflosnota's opmaakt of anderszins niet meewerkt aan de beëindiging van de hypotheekrechten, is te verwachten dat er problemen zullen ontstaan bij de herfinancieringstransactie. [eisers c.s.] heeft dan ook voldoende belang bij de gevorderde voorzieningen.

2.23. De voorzieningenrechter zal de Stichting dan ook veroordelen om nieuwe aflosnota's voor de leningen te verstrekken aan [eisers c.s.], met als verschil ten opzichte van de eerder verstrekte aflosnota's: de datum, de beoogde datum van aflossing (27 juli 2020 in plaats van 15 juni 2020) en de totale vergoeding, die niet hoger mag zijn dan de normale contractuele rente tot 5 september 2020, vermeerderd met de administratiekosten van € 350,- per lening. De gevorderde dwangsom is op zichzelf niet betwist en zal worden toegewezen.

2.24. De voorzieningenrechter zal de Stichting ook veroordelen om mee te werken aan beëindiging van de hypotheekrechten en inschrijving van die beëindiging in de openbare registers en zal ook bepalen dat dit vonnis in de plaats treedt van de daarvoor noodzakelijke rechtshandelingen van de Stichting, als bedoeld in artikel 3:300 BW, mocht die medewerking uitblijven.

Buitengerechtelijke kosten en proceskostenveroordeling

2.25. De voorzieningenrechter stelt vast dat [eisers c.s.] voldoende heeft gesteld en onderbouwd dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht en dat het gevorderde bedrag (...; *red.*) niet hoger is dan de vergoeding volgens het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, dat in deze zaak toepasselijk is. Het gevorderde bedrag zal dan ook worden toegewezen.

2.26. De Stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De vordering van [eisers c.s.] om de Stichting in de werkelijke proceskosten te veroordelen in plaats van de gebruikelijke forfaitaire bedragen

wordt afgewezen. Daarvoor moet een bijzondere reden zijn en die is niet gesteld of gebleken. (...; *red.*)

3. De beslissing

De voorzieningenrechter

3.1. veroordeelt de Stichting om aan [eisers c.s.] binnen twee dagen na het in deze te wijzen vonnis nieuwe aflosnota's voor de leningen te verstrekken die in overeenstemming zijn met het bepaalde onder 2.23,

3.2. veroordeelt de Stichting om aan [eisers c.s.] een dwangsom te betalen van € 10.000,00 voor iedere dag dat zij niet aan de in 3.1 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 500.000,00 is bereikt,

3.3. veroordeelt de Stichting om binnen drie dagen na het in deze te wijzen vonnis alle overige handelingen te verrichten die naar het oordeel van een door [eisers c.s.] aan te wijzen notaris noodzakelijk zijn voor het opmaken, passeren en inschrijven van royementsaktes met betrekking tot de hypotheekrechten in de openbare registers, en bepaalt dat indien en voor zover de Stichting de noodzakelijke rechtshandelingen niet binnen die termijn verricht, dit vonnis op grond van artikel 3:300 BW dezelfde kracht heeft als een door Stichting in wettige vorm opgemaakte akte van die rechtshandelingen,

3.4. veroordeelt de Stichting om aan [eisers c.s.] (...; *red.*) aan buitengerechtelijke incassokosten te betalen,

3.5. veroordeelt de Stichting in de proceskosten (...; *red.*),

3.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

3.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In deze zaak gaat het om de vraag of de overeengekomen vergoeding bij vervroegde aflossing in verband met een hypothecaire lening geldig is.

2. Een kredietnemer heeft drie hypothecaire leningen afgesloten via een crowdfundingplatform. Aan dit crowdfundingplatform is een stichting verbonden die de hypothecaire zekerheden verkrijgt van de kredietnemers. De drie hypothecaire leningen zijn gebruikt voor woningen die door kredietnemer worden verhuurd.

3. Daarnaast heeft kredietnemer ook nog twee andere, eveneens verhuurde, woningen die gefinancierd zijn bij een andere partij.

4. Kredietnemer heeft de stichting van het crowdfundingplatform verzocht om aflosnota's omdat kredietnemer vervroegd wenste af te lossen op de drie hypothecaire leningen. De stichting heeft vervolgens aangegeven dat voor iedere vervroegde aflossing € 350 aan administratiekosten moet worden voldaan en daarnaast € 13.917,53 aan boeterente wegens vervroegde aflossing. In de algemene voorwaarden van het platform is opgenomen dat er 2% boete moet worden betaald over de hoofdsom plus zes maanden boeterente gedurende de eerste twee jaar. Daarna geldt een boete van 1% over de hoofdsom plus zes maanden boeterente, exclusief administratiekosten.

5. Art. 81c BGfo Wft bepaalt dat de aanbieder van krediet geen hogere vergoeding rekent voor vervroegde aflossing dan het financiële nadeel dat de aanbieder heeft geleden.

Uit art. 7:127 BW volgt dat een eventuele vergoeding bij vervroegde aflossing moet zijn gebaseerd op een eerlijke en objectief verantwoorde vergoeding voor mogelijke kosten die rechtstreeks aan vervroegde aflossing verbonden zijn. De vergoeding mag niet hoger zijn dan het financiële nadeel van de kredietgever. Aan de consument mag geen boete worden opgelegd.

De BW-bepaling over deze vergoeding bij vervroegde aflossing is van dwingend recht indien de kredietnemer een consument is (art. 7:128c BW).

De bepalingen betreffen een implementatie van de Richtlijn hypothecair krediet (2017/14/EU). De wijze van berekenen van de vergoeding bij vervroegde aflossing door consumenten is nader bepaald door de AFM in onder meer de leidraad voor vervroegde aflossing van de hypotheek. Ook zijn er diverse uitspraken over de wijze van het berekenen van de vergoeding.

6. Omdat de BW-bepaling alleen van dwingend recht is voor consumenten, moet voor de vraag of de vergoeding wegens vervroegde aflossing in deze zaak in overeenstemming is met de wet, worden vastgesteld of de kredietnemer bij het afsluiten van de drie hypothecaire leningen via het platform heeft gehandeld als "consument" in de zin van het BW. Een consument is in het BW gedefinieerd als een natuurlijk persoon die han-

delt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen.

7. In deze zaak moet dus worden bepaald of het sluiten van de hypothecaire leningen voor de drie verhuurwoningen wordt aangemerkt als een handeling door een consument. De rechter komt in deze kortgedingzaak voorshands tot het oordeel dat kredietnemer heeft gehandeld als consument. Hierbij is van belang geacht dat kredietnemer onbetwist heeft gesteld dat hij timmerman is van beroep. Daarnaast heeft kredietnemer gesteld dat de vijf verhuurwoningen zijn bedoeld om vermogen op te bouwen voor zijn pensioen. Daarmee heeft de kredietnemer in deze zaak voldoende aannemelijk gemaakt dat hij heeft gehandeld als consument.

8. De conclusie dat kredietnemer als consument kan worden aangemerkt betekent daarmee ook dat de vergoeding die wegens vervroegde aflossing wordt gerekend niet hoger mag zijn dan het financiële nadeel. In dit geval betekent dit dat de vergoeding wegens vervroegde aflossing moet worden verlaagd en niet meer mag zijn dan de contractuele rente, vermeerderd met de administratiekosten. De stichting wordt veroordeeld om nieuwe aflosnota's te verstrekken (met de lagere vergoeding).

9. Interessant aan deze zaak is dat weer een nadere invulling wordt gegeven aan het begrip consument in het kader van verhuurhypotheken. Specifiek bij verhuurhypotheken is niet altijd duidelijk of de kredietnemer handelt als consument. Hiervoor is doorslaggevend of de consument handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.

Omdat het een interpretatievraag van het begrip consument betreft, waarbij die interpretatie cruciaal is voor de regels die gelden voor de kredietverstrekker en voor de regels die van toepassing zijn op de verhouding tussen de kredietnemer en de kredietverstrekker, hanteren kredietverstrekkers vaak een intern beleid in combinatie met een verklaring/vragenformulier om te bepalen of iemand als consument wordt aangemerkt of niet. Of iemand handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf is namelijk afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Daar moet dus uitvraag naar worden gedaan.

De AFM heeft in dit kader ook enkele criteria gepubliceerd die onder meer van belang kunnen zijn voor de interpretatie:

– De wijze waarop de klant zich presenteert (hier kunnen ook inschrijvingen in de Kamer van Koophandel of fiscale behandeling een rol spelen bij de afweging).

– De doelstelling (motieven) van de klant voor het aangaan van de overeenkomst ter financiering van de aankoop van de beleggingspanden. Heeft de klant bijvoorbeeld een pensioendoelstelling of dienen de beoogde huurinkomsten juist als vaste inkomensstroom?

– De financiële positie van de klant in relatie tot de beleggingspanden en de hypothecaire financiering (onder andere de bron van inkomsten van de klant). Hierbij wordt bijvoorbeeld van belang geacht of de persoon voor het inkomen afhankelijk is van de huurinkomsten.

– Het aantal transacties en de frequentie van aanden verkoop van beleggingspanden (historie).

– De door de klant gewenste looptijd van het krediet.

Dat zijn enkele grove aanknopingspunten. Echter, er blijven altijd grensgevallen bestaan. Natuurlijke personen die een fulltime (ander) beroep hebben en daarnaast een of enkele verhuurwoningen hebben, zullen veelal kwalificeren als consument. Echter, indien iemand, zoals ook in deze zaak, vijf verhuurwoningen heeft en als gevolg daarvan ook een aanzienlijke huurinkomstenstroom zal hebben, is het de vraag of deze persoon in het kader van het sluiten van de hypothecaire financiering voor een of meer van die vijf woningen nog wel als consument kan/moet worden aangemerkt. Veel kredietverstrekkers gaan ervan uit dat het omslagpunt rond de drie woningen zal liggen. Het enkele feit dat iemand tevens een ander beroep heeft, is weliswaar van belang voor de beoordeling, maar zou niet doorslaggevend moeten zijn. Ook bijvoorbeeld de fiscale behandeling van de kredietnemer en de ervaring met verhuurwoningen kan meegenomen worden in de beoordeling. In dit verband kan ook worden verwezen naar een uitspraak van het Hof Den Bosch (11 februari 2020,

ECLI:NL:GHSHE:2020:411, r.o. 2.12). In deze uitspraak kwalificeerde de kredietnemer niet als een consument, omdat de kredietnemer een portefeuille had met twintig woningen die werden verhuurd, waarbij de opbrengsten in belangrijke mate voorzagen in zijn levensonderhoud.

Op Europees niveau zijn weliswaar enkele aanknopingspunten te vinden maar in verband met verhuurwoningen is nog geen volledige invulling

gegeven aan de interpretatie van het begrip consument.

10. Interessant om te zien is dat het Kifid juist weer vrij snel aanneemt dat er geen sprake is van een consument als het gaat om het Kifid-reglement.

Het Kifid heeft in een uitspraak geoordeeld dat het aanhouden van panden met de bedoeling om inkomsten te verwerven zonder dat er sprake is van eigen gebruik, een ondernemersactiviteit oplevert. Het Kifid oordeelt in dat verband dat personen met een dergelijke (verhuur)woning niet kwalificeren als "consument" in de zin van het Kifid-reglement (Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-702 en 2018-011. Een soortgelijk oordeel met betrekking tot diverse panden die een substantieel inkomen opleveren volgt uit Kifid-uitspraak 2016-102).

Het is een bijzondere situatie en conclusie dat een persoon mogelijk voor het afsluiten van een hypothecaire lening wel als consument wordt aangemerkt voor Wft- en BW-doeleinden, maar deze persoon vervolgens over het aangaan van die lening geen klacht kan indienen bij het Kifid omdat hij/zij niet als consument wordt aangemerkt. Ook daar zijn wellicht nog wat interpretaties en ontwikkelingen te verwachten. Voor de Wft- en BW-doeleinden zou een uitspraak van het Europese Hof nuttig zijn voor de interpretatie van dit grensvlak waarbij consumenten bedrijfsmatige handelingen verrichten of lijken te verrichten.

11. Gelet op deze uitspraak lijkt het alleen maar van groter belang te worden voor kredietgevers om goed uitvraag te doen naar de omstandigheden en doelstellingen van de consument en die vast te leggen, zodat indien nodig kan worden aangetoond op basis waarvan de conclusie is getrokken dat er al dan niet sprake is van een consument bij het aangaan van de hypothecaire lening. Als er geen uitvraag wordt gedaan terwijl de kredietnemer wel kan aantonen als consument actief te zijn geweest, kan dat de kredietgever in een eventuele procedure worden tegengeworpen.

mr. J.M. van Poelgeest
advocaat te Amsterdam

Financiering, zekerheden en insolventie

262

Paulianeuze verrekening van schuld aan failliete vennootschap met declaraties voor werkzaamheden ten behoeve van haar bestuurder

Gerechtshof Den Haag
7 april 2020, zaaknr. 200.261.941/02,
ECLI:NL:GHDHA:2020:578
(mr. Frieling, mr. Van Cleef-Metsaars, mr. Verduyn)
Noot mr. S.H. Wiggers

Faillissementspauliana. Verrekeningsafspraken waarbij schuld aan failliet gecompenseerd wordt met declaraties aan failliet betreffende werkzaamheden, voornamelijk aangegaan ten behoeve van de bestuurder van failliet. Vermoeden van wetenschap van benadeling ex art. 43 lid 1 onder 1 Fw.

[Fw art. 42, 43 lid 1 onder 1; BW art. 6:127]

Appellanten voeren aan dat zij in 2011 met de bestuurder (van failliet) hebben afgesproken dat vorderingen van appellant sub 1 op X vof verrekenbaar waren met (tegen)vorderingen van X vof op appellanten. X vof is per 19 maart 2012 ontbonden. Per diezelfde datum heeft de bestuurder failliet opgericht, die de onderneming van X vof heeft voortgezet. Ook de verrekeningsafpraak met X vof is daarmee (stilzwijgend) overgegaan naar c.q. is voortgezet door failliet.

Ter beoordeling staat het beroep van de curator op de faillissementspauliana. Slechts voor zover de door appellanten ingeroepen declaraties niet werkzaamheden ten behoeve van failliet betreffen, heeft de curator een beroep gedaan op de faillissementspauliana. Van een aantal declaraties heeft de curator niet of onvoldoende weersproken dat appellant sub 1 zijn diensten in opdracht en ten behoeve van failliet heeft verricht. Wat betreft de declaraties 0115049, 0116015, 0116020 en 0116029 met betrekking tot door appellant sub 1