

1 | Krediet

1.1 **Waarom zijn er regels voor kredietgevers, bemiddelaars in krediet en adviseurs met betrekking tot krediet?**

Krediet speelt in de wereldeconomie een belangrijke rol en consumenten maken op grote schaal gebruik van kredietmogelijkheden.¹ Ook Nederlandse consumenten sluiten regelmatig kredieten af. Op basis van cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) was het saldo van de uitstaande schuld voor consumptief krediet eind 2013 € 3.16 miljard.² In 2014 was er op basis van de cijfers van het CBS wel een daling te zien in de uitstaande schulden.³ Uit een onderzoek is gebleken dat iets meer dan één op de zes huishoudens een risico loopt op problematische schulden, problematische schulden heeft of in een schuldhulpverleningstraject zit.⁴ Uit de BKR hypotheekbarometer uit 2013 blijkt dat meer huiseigenaren de maandelijkse kosten voor hun hypotheek niet kunnen opbrengen en dat het aantal betalingsachterstanden is toegenomen.⁵

De overheid probeert op verschillende manieren te voorkomen dat mensen te veel schulden krijgen. Een van de middelen die de overheid hiervoor inzet, zijn de regels voor kredietgevers, bemiddelaars en adviseurs. Deze regels zijn vooral gericht op het voorkomen van overkreditering en zijn neergelegd in diverse wetten en besluiten. Belangrijk zijn in dit verband de Wet op het financieel

1 Zie hierover: FinCoNet report on responsible lending, review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, July 2014 waarin het volgende is opgenomen: "In 2013, global household debt represented approximately US\$40 trillion (this represents US\$8900 per adult person)", with reference to the Credit Suisse Research Institute, *Global Wealth Databook 2013*, October 2013, p. 89.

2 Op basis van de informatie op de website van het CBS. Dit is het bedrag dat aan consumenten is verstrekt voor consumptieve doeleinden, met uitzondering van hypothecair krediet. In 2009 is voor € 9,7 miljard aan nieuwe kredieten afgesloten. Dat is volgens het CBS € 1,2 miljard minder dan in 2008. CBS, "Ruim miljard minder consumptief krediet verstrekt", CBS Persbericht PB10-008, 11 februari 2010. In 2010 is voor € 9,3 miljard krediet verstrekt. CBS, "Nederlanders blijven terughoudend met lenen", CBS Persbericht PB11-009, 10 februari 2011. In 2010 bleef het geleende bedrag per persoon gelijk aan het geleende bedrag in 2009, maar er zijn minder consumenten geweest dan in 2009 die krediet hebben opgenomen. Het totale consumptieve krediet (zonder hypothecaire kredieten) was in 2009 € 27,6 miljard en in 2010 € 27,4 miljard. CBS, "Nederlanders blijven terughoudend met lenen", CBS Persbericht PB11-009, 10 februari 2011. Het doorlopend krediet is in 2010 ten opzichte van 2009 afgenomen, terwijl de roodstand op betaalrekeningen in 2010 is toegenomen. Eind vorig jaar stonden Nederlandse consumenten voor € 10 miljard rood. Daarnaast was het krediet op basis van creditcards hoger dan in 2009. Deze publicaties zijn te vinden op de website van het CBS, www.cbs.nl.

3 CBS bericht "Inkomens stijgen iets, schulden huishoudens verder omlaag", juni 2014.

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 24 515 bijlage bij nr. 254 "Huishoudens in de rode cijfers 2012". Zie hierover ook: *Kamervragen* 2013/14, aanhangsel met nr. 2215.

5 BKR Hypotheekbarometer, april 2013: (https://www.bkr.nl/Documents/Persberichten/BKR_Hypotheekbarometer_april_2013.pdf).

toezicht (Wft), het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Besluit Gedragstoezicht), het Burgerlijk Wetboek (BW) en, voornamelijk, de Wet op het consumentenkrediet (Wck).⁶

Het verstrekken van krediet aan consumenten is al lange tijd aan regels onderworpen. De regels inzake kredietverstrekking waren rond 1970 vastgelegd in het BW, de Wet op het consumptief geldkrediet,⁷ de Wet op het afbetalingsstelsel⁸ en de Colportagewet.⁹ De meeste van deze regels zijn samengevoegd in de Wck die per 1 januari 1992 in werking is getreden.¹⁰ De Wck implementeerde tevens de richtlijn betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet.¹¹ Een deel van de Wck is in 2006 opgenomen in de Wet financiële dienstverlening,¹² welk deel vervolgens in 2007 in de Wft is opgenomen.¹³ In 2011 zijn de regels inzake consumentenkrediet gewijzigd, ter implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet¹⁴ en in 2014 zijn de regels inzake overeenkomsten op afstand en colportage gewijzigd in verband met de Richtlijn Consumentenrechten.¹⁵ In 2016 worden de regels gewijzigd in verband met de Richtlijn Hypothecair Krediet.¹⁶

De voornaamste doelstellingen van de regelingen inzake consumentenkrediet zijn in de loop van de tijd niet veranderd. Het doel van de regelingen was en is namelijk nog steeds het beschermen van de consument, het tegengaan van overkreditering en het bevorderen van verantwoorde kredietverlening.

6 Er is een voorstel om de Wck te laten vervallen. Voor het verwerken van de regels uit de Wck in het BW is een consultatievoorstel beschikbaar: <http://internetconsultatie.nl/consumentenkrediet>. Zie ook: *Kamerstukken I* 2010/11, 32 339, C, p. 7.

7 Wet op het consumptief geldkrediet, *Stb.* 1972, 399.

8 Wet op het afbetalingsstelsel 1961, *Stb.* 1976, 515.

9 Colportagewet, *Stb.* 1973, 438.

10 De Wck is tot stand gekomen op 4 juli 1990, *Stb.* 1990, 395.

11 Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lidstaten inzake het consumentenkrediet (*PbEG* 1987, L 42/48).

12 Wet financiële dienstverlening, *Stb.* 2005, 339.

13 Wft, *Stb.* 2006, 475.

14 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). De richtlijn is geïmplementeerd op 25 mei 2011 bij 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* L 133/66), *Stb.* 2011, 246. In verband met de implementatie is onder meer de titel "consumentenkredietovereenkomsten" aan het BW toegevoegd. Zie over de implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet onder meer: J.M. van Poelgeest "Eindelijk, implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet!", *Bedrijfsjuridische berichten* 2011, p. 102-104, H.J. Bodifée, "Implementatie van de richtlijn inzake consumentenkrediet", *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010, p. 76-86 en M.H.P. Claassen en J.L. Snijders, "Consumentenkrediet", *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2011, p. 194-202.

15 *Stb.* 2014, 14.

16 Richtlijn 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.

1.2 Wat is krediet?

1.2.1 Definitie van krediet

Krediet is in de Wft gedefinieerd als:

- (i) Het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, terzake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten.
- (ii) Het aan een consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, dan wel het aan een consument of een derde ter beschikking stellen van een geldsom ter zake van het aan die consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, ter zake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten, met uitzondering van doorlopende dienstverlening en doorlopende levering van dezelfde soort roerende zaken, financieel instrumenten of beleggingsobjecten, waarbij de consument gehouden is in termijnen te betalen zolang de doorlopende dienstverlening of doorlopende levering plaatsvindt.¹⁷

Om te bepalen of er sprake is van krediet, zijn verschillende onderdelen van de definitie in het bijzonder relevant:

- Consument;
- Gehouden één of meer betalingen te verrichten;
- Ter beschikking stellen van een geldsom/verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject.

Deze onderdelen van de definitie zullen hieronder worden beschreven.

Consument

Gelet op de definitie van krediet is van belang of er sprake is van een consument. “Consument” is in diverse wetten verschillend gedefinieerd maar het uitgangspunt is dat consumenten natuurlijke personen zijn die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf. In de Wft is opgenomen dat een consument een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon is aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent.¹⁸ De Wft is van overeenkomstige toepassing op natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf aan wie een financiële onderneming *voornemens* is een financiële dienst te verlenen.¹⁹ Kortom, als een financiële onderneming het plan heeft aan een consument een krediet te verstrekken, valt dit ook onder de regels van de Wft. In het BW is opgenomen dat een consument een natuurlijk persoon is die handelt voor doeleinden die

¹⁷ Artikel 1:1 Wft.

¹⁸ Artikel 1:1 Wft. In de Richtlijn Consumentenkrediet is consument gedefinieerd als een natuurlijk persoon die bij transacties in de zin van deze richtlijn handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen en in de Richtlijn Hypothecair Krediet wordt naar deze definitie verwezen.

¹⁹ Artikel 1:15a lid 2 Wft.

buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten vallen.²⁰ Als een krediet wordt verstrekt aan een natuurlijke persoon die handelt “in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf” zijn de regels die gelden voor het aanbieden van krediet dus niet van toepassing. Dit geldt ook als het krediet door de natuurlijke persoon wordt verkregen ten behoeve van de uitoefening van een beroep of bedrijf.²¹ Wil een persoon bijvoorbeeld een eenmanszaak starten en wordt hiervoor een krediet aangevraagd, dan zal die persoon ten tijde van de kredietaanvraag handelen ten behoeve van de uitoefening van het beroep of bedrijf en valt die kredietaanvraag dus niet onder de regels voor het verstrekken van consumentenkrediet. Wil diezelfde persoon echter (tevens) geld lenen om zijn of haar vakantie te betalen, dan wordt dat krediet wel verstrekt aan een consument en gelden mogelijk de regels voor het aanbieden van krediet.²² Als het krediet wordt verkregen voor een doel dat zowel een privé als een zakelijk karakter kent, is van belang of het handelsoogmerk zo beperkt is dat dit binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst.²³

Gehouden één of meer betalingen te verrichten

In de definitie van krediet is opgenomen dat de consument gehouden moet zijn één of meer betalingen te verrichten. De verplichting om één of meer betalingen te verrichten ziet niet alleen op rente en kosten maar ook op de terugbetaling van

20 Artikel 7:57 lid 1 sub a BW. Deze definitie is gebaseerd op de definitie van consument zoals opgenomen in artikel 3 sub a van de Richtlijn Consumentenkrediet. Blijkens de memorie van antwoord is het moeilijk om tussen de formuleringen van consument die zijn opgenomen in het BW en de Wft een verschil te ontdekken (*Kamerstukken I* 2010/11, 32 339, C, p. 9). Er is een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld of een medeschuldenaar in het geval van een consumentenkrediet ook kan worden aangemerkt als consument (C-348/14, *Bucura*).

21 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, 19, p. 365-366. Zie hierover ook: Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3082.

22 Zie hierover ook: J.M. van Poelgeest, “Wanneer zijn de regels voor het aanbieden van consumentenkrediet van toepassing?”, *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2010, p. 217. Het begrip consument (en handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf) is onder meer aan de orde geweest in een uitspraak van het Hof van Justitie (HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-464/01, *NJ* 2006, 278). Hoewel deze uitspraak geen betrekking had op het begrip consument in het kader van het verkrijgen van een krediet, maar zag op een uitleg van het executieverdrag, kan de uitleg die in deze uitspraak aan het begrip consument is gegeven van belang zijn bij het interpreteren van het begrip consument, zijnde kredietnemer. Deze uitspraak zag op het geval dat een boer dakpannen voor zijn boerderij kocht, waarbij de dakpannen waren bedoeld voor zijn boerderij die zowel voor bewoning als voor zijn bedrijf werd gebruikt. Het Hof van Justitie oordeelt dat indien een persoon een overeenkomst sluit voor een gebruik dat gedeeltelijk op zijn beroepsactiviteit betrekking heeft en daarvan dus slechts gedeeltelijk losstaat, deze persoon zich in beginsel niet op deze bepalingen kan beroepen. Dit is slechts anders indien deze overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekenende rol speelt (Hierover ook: B.V. Duivenvoorde, “Consument of handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf? Het Bundesgerichtshof doet uitspraak”, *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2010, p. 176-180). Als deze redenering ook kan worden toegepast op kredietverstrekking, zou dit betekenen dat indien een consument een krediet neemt waarbij het doel van dit krediet gemengd is, dus, aansluitend op het voorbeeld, het financieren van bovengenoemde dakpannen, het krediet niet als een consumentenkrediet wordt aangemerkt. In dit kader is van belang dat het Hof bij de uitspraak onder meer van belang heeft geacht dat er sprake was van een negatieve formulering (overeenkomsten gesloten voor een niet-beroepsmatig gebruik) en dat een beperkte uitleg van het begrip consument de bevoegdheid van een veelvoud van rechters moet voorkomen. Deze omstandigheden zijn niet een op een toe te passen op het begrip consument in het kader van het verstrekken van krediet. In de literatuur wordt het niet onaannemelijk geacht dat de restrictieve interpretatie met betrekking tot het begrip consument ook moet worden toegepast buiten het internationaal privaatrecht. Zie hierover onder meer: M.B.M. Loos, *De koopregeling in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten*, Deventer: Kluwer 2009 en M.B.M. Loos, “Privaatrecht Actueel”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2005, p. 771-772.

23 Overweging 17 bij de Richtlijn Consumentenrechten en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, 3, p. 15. Als voorbeeld wordt een notaris genoemd die een computer koopt en die computer ook af en toe zakelijk gebruikt. In dat geval moet de notaris als consument worden aangemerkt.

het geleende bedrag. Dit betekent dat indien de consument de verplichting heeft het aan de consument verstrekte bedrag terug te betalen, terwijl daarvoor geen rente of andere kosten in rekening worden gebracht, er (ook) sprake is van krediet in de zin van de Wft.

Indien er slechts een natuurlijke verbintenis is om het verstrekte bedrag terug te betalen, kan beargumenteerd worden dat de consument niet “gehouden” is het bedrag terug te betalen. Hoewel een natuurlijke verbintenis in beginsel ook een verplichting inhoudt, is de terugbetaling niet rechtens afdwingbaar.²⁴ Indien de consument, in het geval van een natuurlijke verbintenis, betalingsproblemen heeft, zou de consument er dan ook voor kunnen kiezen het bedrag niet of, indien er een afbetalingsmoment is genoemd, op een later moment terug te betalen. De wettelijke beschermingsregels met betrekking tot krediet voor de consument zijn in dergelijke gevallen daarom wellicht niet noodzakelijk.

Ter beschikking stellen van een geldsom/verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject Krediet kan bestaan uit het verstrekken van een geldsom aan de consument. Dit wordt ook wel “geldkrediet” genoemd. De consument ontvangt dus een bedrag, waarbij de consument het bedrag op een later moment moet terugbetalen. Bij de vraag of er sprake is van het ter beschikking stellen van een geldsom als bedoeld in de definitie van krediet, moet worden gekeken naar de feitelijke gevolgen en niet zozeer naar de juridische vormgeving.²⁵

Ook als juridisch is overeengekomen dat een bepaald product gratis ter beschikking wordt gesteld, terwijl de consument feitelijk meer betaalt voor een abonnement of periodieke dienstverlening, moet worden beoordeeld of de consument feitelijk periodiek een bedrag betaalt voor het “gratis” product.

De Hoge Raad overwoog in het kader van het ter beschikking stellen van een telefoon bij een telefoonabonnement:²⁶

²⁴ Artikel 6:3 BW.

²⁵ In een geval waarbij de bedrijfsvoering erop was gericht dat een consument een vordering op een derde (de werkgever) cedeerde voor een koopprijs die lager was dan het bedrag van de (loon)vordering met als gevolg dat de consument een geldbedrag ontving en door de afdracht van de hogere opbrengst van de loonvordering door de consument praktisch meer werd betaald dan de ontvangen koopprijs, oordeelde de rechter dat er sprake was van het aanbieden van krediet. De voorzieningenrechter acht doorslaggevend “dat het verdienmodel er feitelijk op is gericht dat verzoekster een bepaald bedrag ter beschikking stelt aan de consument en dat deze op een vooraf vastgestelde dag een aanzienlijk hoger bedrag (de Vordering) aan verzoekster terugbetaalt”. De voorzieningenrechter acht hierbij van belang dat het bij de definitie van krediet gaat om het feitelijke verdienmodel en niet om hoe het model juridisch is vormgegeven en welke juridische termen worden gebruikt (Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 26 april 2012, JOR 2012, 287 met noot J.M. van Poelgeest). De Rechtbank Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621 overwoog: “Juist gelet op het beschermingsdoel van artikel 2:60 van de Wft en de strikte uitzondering daarop ligt het niet in de rede om aan het verbod tot kredietverstrekking zonder vergunning een beperkte uitleg te geven. Zo nodig dienen de toezichthouder en de rechter door juridische constructies heen te kijken die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen (uit de Wft) wordt omzeild (vgl. HR 24 juni 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6005; HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4989; CBb 30 januari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9465 en CBb 18 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3246).”

²⁶ HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385 (JOR 2014, 206 met noot J.M. van Poelgeest en J.W.A. Biemans). Zie hierover ook: J.H.M. Spanjaard, “Voor niets gaat de zon op!”, *Contracteren* 2014, nr. 3 en M.R. Hebly, “Naar een transparante markt voor telefonie”, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p.1 en de noot van R.R.M. de Moor en M.B.M. Loos in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2014, p. 243-249.

“De vraag of een telefoonabonnement inclusief toestel aangemerkt kan worden als koop op afbetaling, krediettransactie of kredietovereenkomst ter zake van de mobiele telefoon, moet worden beoordeeld aan de hand van de strekking van de overeenkomst” en

“(i) Wat betreft de koop op afbetaling vloeit dit voort uit art. 7A:1576 lid 3 BW, op grond waarvan alle overeenkomsten die de strekking van koop op afbetaling hebben, onder welke vorm of welke benaming ook aangegaan, worden aangemerkt als koop op afbetaling. Aldus wordt voorkomen dat de in de wettelijke regeling van koop op afbetaling beoogde bescherming van de koper wordt ontgaan doordat de overeenkomst in een bepaalde vorm wordt gegoten. Bij de vaststelling van de strekking komt het erop aan dat door de constructie die de partijen aan hun handeling hebben gegeven wordt heengekeken. (vgl. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8457, NJ 2014/22).

(ii) Ook bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een krediettransactie is de strekking van de overeenkomst beslissend. Dat volgt uit de omschrijving van het begrip krediettransactie in art. 1, onder a, Wck (oud) (“ieder overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met de strekking dat...”), alsmede uit de memorie van toelichting bij deze bepaling:

“Centraal in de wet staat het begrip krediettransactie, dat beoogt alle relevante vormen van consumentenkrediet te omvatten. Uitgangspunt is dat een feitelijke omschrijving wordt gegeven van de verschillende elementen, waaruit een krediettransactie kan bestaan. Bij een meer formeel-juridische benadering bestaat het gevaar van ontduiking van de wet via juridische constructies die de economische werkelijkheid maskeren. (...) [W]anneer uit bepaalde omstandigheden duidelijk valt af te leiden dat de strekking een andere is dan de inhoud doet vermoeden, zal de strekking bepalend zijn voor de al of niet toepasselijkheid van de definitie, en daarmee van de overige bepalingen van de wet.” (Kamerstukken II 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 68-69).

(iii) De strekking van de overeenkomst is eveneens beslissend bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een kredietovereenkomst. Dit volgt uit art. 7:73 lid 2 BW waarmee wordt beoogd te voorkomen dat het dwingendrechtelijke karakter van Titel 2A van Boek 7 BW wordt omzeild door een overeenkomst die naar haar aard of doel valt onder deze titel een andere vorm te geven, waardoor deze buiten het toepassingsbereik van de titel zou kunnen komen te vallen (Kamerstukken II 2009-2010, 32 339, nr. 3, p. 28).

Nu het bij de hier bedoelde wettelijke regelingen gaat om bepalingen die ten doel hebben consumenten te beschermen, met name tegen overkreditering, komt bij het vaststellen van de strekking van de desbetreffende overeenkomsten bijzonder gewicht toe aan het perspectief en de belangen van de consument. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen, kunnen de gebezigde vormgeving, benaming en formulering van de overeenkomsten – die door de aanbieder worden bepaald en niet door de consument – niet beslissend zijn, omdat anders de beoogde bescherming van de consument zou kunnen worden ontgaan.

Voor een consument vertegenwoordigt een nieuwe mobiele telefoon in het algemeen, zowel in absolute zin als in verhouding tot de voor het gebruik van telecommunicatiediensten maandelijks te betalen kosten, een aanzienlijke waarde (in het onderhavige geval hadden de telefoons elk een verkoopwaarde van € 475,-). Daarom moet worden aangenomen dat een consument doorgaans tot het afsluiten van een nieuw telefoonabonnement inclusief toestel (zoals hiervoor in 3.2 omschreven) overgaat mede met het oog op het in eigendom verkrijgen van een dergelijke mobiele telefoon. In het algemeen zal hij, gelet op de waarde van de telefoon, niet (mogen) verwachten dat hij deze daadwerkelijk geheel kosteloos verkrijgt, maar ermee rekening (moeten) houden dat in de overeengekomen maandelijksse betalingen een vergoeding voor de mobiele telefoon is verwerkt. Omgekeerd geldt ook voor de aanbieder dat de door hem gemaakte inkoopkosten voor de mobiele telefoon in het algemeen geheel of voor een (aanzienlijk) gedeelte terugverdiend zullen (moeten) worden uit de door de consument te betalen maandelijksse abonnementskosten.

Gelet op het voorgaande is het het meest in overeenstemming met de financiële en bedrijfseconomische werkelijkheid, de verwachtingen die partijen mogen hebben en de consumentenbeschermende strekking van de hiervoor bedoelde wettelijke regelingen, om tot uitgangspunt te nemen dat de overeengekomen, door de consument te betalen maandbedragen niet alleen betrekking hebben op de vergoeding voor de door deze af te nemen telecommunicatiediensten, maar mede strekking tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Dat brengt mee dat een telefoonabonnement inclusief toestel, zoals hiervoor in 3.2 omschreven, ter zake van de mobiele telefoon in beginsel is aan te merken als een koop op afbetaling, en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst.”

De Hoge Raad stelt dus dat de feitelijke situatie relevant is en dat er bij het gratis ter beschikking stellen van een product waar indirect periodiek voor wordt betaald, sprake kan zijn van koop of afbetaling, een krediettransactie en een kredietovereenkomst.²⁷ De uitspraak ziet in beginsel op een uitleg van het BW en de Wck. De Hoge Raad merkt echter ook op dat de Wft van toepassing blijft als het gaat om “gratis” krediet en dat het aan de aanbieder is om aannemelijk te maken dat er daadwerkelijk niet hoeft te worden betaald voor de telefoon.

Krediet kan dus bestaan uit het ter beschikking stellen van een geldsom. Daarnaast kan krediet bestaan uit het verstrekken van een geldsom aan een derde. Namens de consument wordt dan aan een derde (veelal de leverancier van bepaalde goederen) een bedrag verstrekt, waarbij de consument het bedrag dat aan de derde is verstrekt, zal moeten terugbetalen aan de financier (de persoon die het bedrag aan de derde heeft verstrekt). Ook kan krediet eruit bestaan dat (alvast) een dienst wordt verleend of het genot van een roerende zaak, financieel

²⁷ Deze uitspraak ziet op telefoonabonnementen maar kan ook relevant zijn voor andere producten, waarbij gedacht kan worden aan een gratis product bij een energieabonnement of serviceabonnement voor bepaalde, al dan niet financiële, diensten. De kosten van een “gratis” product zullen dan immers veelal verwerkt worden in de periodieke betalingen door de consument. Zie hierover ook: M.H.P. Claassen en J.L. Sniijders, “Consumentenkrediet, anderhalf jaar later” *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012, p. 458-465 en de conclusie bij ECLI:NL:HR:2014:1385, ECLI:NL:PHR:2014:76.

instrument of beleggingsobject wordt verschaft, waarbij de consument pas later het daartegenover staande bedrag moet voldoen. Deze vormen van kredietverstrekking worden ook wel “goederenkrediet” genoemd.

Buiten het bereik van de definitie van krediet

De uitzondering die wordt genoemd in de definitie van krediet, namelijk “doorlopende dienstverlening en doorlopende levering van dezelfde soort roerende zaken, financieel instrumenten of beleggingsobjecten, waarbij de consument gehouden is in termijnen te betalen zolang de doorlopende dienstverlening of doorlopende levering plaatsvindt” heeft de bedoeling te verduidelijken dat betaling van doorlopende dienstverlening zoals de levering van gas, water, elektriciteit en bijvoorbeeld een verzekeringsovereenkomst waarbij de premie in maandelijkse termijnen wordt voldaan niet onder de definitie van krediet vallen.²⁸ Deze uitzondering ziet dus op overeenkomsten die naar hun aard geen krediet zijn en zorgt er niet voor dat bepaalde kredietovereenkomsten uitgezonderd worden.²⁹

1.3 Soorten krediet

1.3.1 Vast krediet, persoonlijke lening

Indien een consument een vast krediet (persoonlijke lening) afsluit, leent de consument een bepaald vast bedrag, over het algemeen gericht op een bepaalde aankoop zoals de aankoop van een auto. Vervolgens wordt periodiek, bijvoorbeeld iedere maand, een bedrag aan aflossing en rente betaald. Het is niet mogelijk om tussentijds het kredietbedrag te verhogen. Dit betekent dat na een zekere, vooraf bepaalde periode de lening is afbetaald. De rente bestaat bij een vast krediet meestal uit een vast rentepercentage. De consument weet bij het afsluiten van het krediet voor welke periode de kredietovereenkomst wordt aangegaan, welk bedrag iedere maand moet worden betaald en wat er in totaal aan kosten in rekening wordt gebracht.

1.3.2 Doorlopend krediet

Indien een consument een doorlopend krediet afsluit, leent de consument meestal niet voor een specifiek doel, maar heeft de consument behoefte flexibel tot een maximaal bedrag te kunnen lenen. Een doorlopend krediet wordt ook wel afgesloten als er wel een specifiek doel is, maar van tevoren niet bekend is op welk moment welk bedrag nodig is. Kenmerkend voor een doorlopend krediet is

²⁸ Overweging 12 bij de Richtlijn Consumentenkrediet en (het eerste) Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkrediet, COM (2002) 443 definitief, p. 8. Hierover ook: European Commission, directorate-general health and consumer protection, “Study on the calculation of the annual percentage rate of charge for consumer credit agreements”, final report 2009, p. 27. Te vinden via www.ec.europa.eu.

²⁹ Zie in dit verband bijvoorbeeld ook de uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:1385) waarin is bevestigd dat een telefoonabonnement waarbij een “gratis” telefoon wordt verstrekt als krediet wordt aangemerkt.

dat de rente variabel is. Afhankelijk van de voorwaarden van het krediet, wordt rente betaald over het maximale bedrag dat kan worden opgenomen of over het bedrag dat daadwerkelijk in een bepaalde periode is opgenomen. Aflossen is bij een doorlopend krediet op ieder moment (boetevrij) mogelijk en eenmaal afgeloste bedragen kunnen door de consument weer worden opgenomen.³⁰ Een doorlopend krediet wordt veelal voor een lange termijn aangegaan.

1.3.3 *Creditcards*

Creditcards vallen meestal onder de definitie van krediet. De consument kan met een creditcard betalen voor het verlenen van een dienst of voor de aankoop van een goed. Kenmerkend voor creditcards is dat de uitgever van de creditcard vervolgens de door de consument aangekochte goederen of aan de consument verleende diensten betaalt, waarbij deze kosten eerst op een later tijdstip door de consument aan de uitgever van de creditcard worden (terug)betaald. Veelal is er een (korte) periode waarin geen rente in rekening wordt gebracht, waarbij een maand een gebruikelijke periode is. Na verloop van die periode wordt het betreffende bedrag (automatisch) afgeschreven van de rekening van de consument. Indien echter het bedrag pas na deze periode wordt terugbetaald, dus afgeschreven van de rekening van de consument, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende saldo op de rekening van de consument is of omdat de consument heeft aangegeven op een later moment te willen betalen, worden vaak relatief hoge rentekosten in rekening gebracht. Daarnaast wordt veelal een jaarlijks bedrag bij de consument in rekening gebracht voor het gebruik van de creditcard. Aan de creditcard is een maximum (leen)bedrag gekoppeld.³¹

1.3.4 *Uitstel van betaling*

Indien een consument een goed verkrijgt of als een dienst wordt verleend en de consument de koopprijs later mag voldoen, bijvoorbeeld in termijnen, is er sprake van kredietverstrekking.³² Uitstel van betaling wordt bijvoorbeeld veel aangeboden door winkels waar via internet aankopen kunnen worden gedaan. Dit kan uiteenlopende producten betreffen zoals televisies, computers en dergelijke, maar ook bij de aankoop van kleding wordt regelmatig de mogelijkheid geboden om op een later tijdstip het aankoopbedrag te voldoen.

De mogelijkheid bieden van uitstel van betaling heeft dus in beginsel tot gevolg dat de wettelijke regels die gelden voor het aanbieden van krediet van toepassing zijn. De vergunningplicht voor het aanbieden van krediet geldt echter niet voor

30 De AFM acht het wenselijk dat consumenten in de praktijk aflossen op hun krediet en dat aanbieders actie ondernemen op het moment dat consumenten niet aflossen (bijvoorbeeld door steeds weer op te nemen tot de kredietlimiet).

31 Creditcards vallen niet altijd onder de regels voor kredietverstrekking. Zie hiervoor paragraaf 2.2.2 (*Wet op het financieel toezicht niet van toepassing op aanbieden van krediet*).

32 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook de uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:1385) waarin is bevestigd dat ook een telefoonabonnement waarbij een "gratis" telefoon wordt verstrekt als krediet wordt aangemerkt.

betalingsregelingen in het normale handelsverkeer.³³ Kredieten die voorzien in kosteloos uitstel van betaling van een bestaande schuld vallen niet onder het wettelijk toepassingsbereik van het BW en de Wck.³⁴

1.3.5 Hypothecair krediet

Hypothecair krediet wordt op nationaal en Europees niveau gezien als een specifieke vorm van krediet.³⁵ Het verschil met andere soorten consumentenkrediet is in beginsel slechts dat er een hypothecaire zekerheid is verbonden aan het krediet. Hypothecair consumentenkrediet doet zich in de meeste gevallen voor in de vorm dat een woning door de consument wordt gekocht en de koopprijs wordt voldaan door de kredietgever. De kredietgever sluit voorafgaand aan het voldoen van (onder meer) de koopprijs van de woning een kredietovereenkomst met de consument. Tot zekerheid van terugbetaling van het geleende bedrag wordt een recht van hypotheek gevestigd. Omdat de kredietgever een bepaalde zekerheid krijgt dat de kredietgever het bedrag van het krediet terugkrijgt, is de rente van hypothecaire kredieten over het algemeen lager dan voor kredieten waarbij geen hypotheekrecht is gevestigd.

Hypothecair krediet is in het Besluit Gedragstoezicht gedefinieerd als “een overeenkomst inzake krediet met een consument, bij het aangaan waarvan een recht van hypotheek wordt gevestigd, strekkende tot verhaal bij voorrang van de vordering tot voldoening van de door de consument verschuldigde betaling, dan wel met betrekking waartoe reeds een zodanig recht is gevestigd en waarbij het krediet wordt verleend tegen een voor hypothecaire financieringen van de aanbieder gebruikelijk jaarlijks kostenpercentage”.³⁶ Er gelden specifieke regels voor het aanbieden van hypothecair krediet, het bemiddelen in hypothecair krediet en het adviseren over hypothecair krediet.³⁷

Ongeveer 3,5 miljoen huishoudens financieren hun woning met een hypothecair krediet.³⁸

33 Dit zou “ter verduidelijking” in de Vrijstellingsregeling Wft worden opgenomen maar dit is uiteindelijk niet gebeurd. *Kamerstukken I 2010/11, 32 339, E, p. 7*. Aangezien de vrijstelling “ter verduidelijking” zou worden opgenomen, zou ook zonder die verduidelijking gebruik moeten kunnen worden gemaakt van deze vrijstelling. Bij gebreke van de wettelijke vastlegging is het gebruik van artikel 1:20 Wft (uitstel van betaling, korter dan drie maanden waar geen kosten aan zijn verbonden) uiteraard veiliger.

34 Artikel 7:58 lid 2 sub h BW en artikel 2 Wck.

35 In dit verband is er ook een Richtlijn Consumentenkrediet en een Richtlijn Hypothecair Krediet.

36 Artikel 1 Besluit Gedragstoezicht. In de Gedragscode Hypothecaire Financieringen is de definitie van hypothecaire financiering overigens beperkt tot de financiering aan een consument bestemd voor de verwerving, verbouwing of herfinanciering van een voor eigen permanente bewoning bestemde woning tot zekerheid voor de terugbetaling waarvan een hypotheek op die woning is of wordt gevestigd.

37 Zie hiervoor onder meer paragraaf 2.2.7.2 (*Verantwoorde kredietverstrekking en het inwinnen van informatie*, subparagraaf *Gedragscode Hypothecaire Financieringen*), paragraaf 2.2.7.3 (*Verstrekken van informatie*, subparagraaf *Precontractuele informatie hypothecair krediet en specifieke verplichtingen om informatie te verstrekken bij hypothecair krediet*), paragraaf 2.2.7.7 (*Provisieregels*, subparagraaf *Provisie hypothecaire kredieten, complexe producten en betalingsbeschermers*).

38 In 2012 bedroeg het aantal uitstaande hypotheeklen 3,65 miljoen. Op basis van de resultaten van het Woononderzoek Nederland 2012, “Wonen in ongewone tijden”, van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, maart 2013. Te vinden op de website rijksoverheid.nl. Dit betekent dat ongeveer zes van de zeven eigenaren van een woning een hypothecair krediet heeft. Op basis van “Het wonen overwogen, De resultaten van het WoonOnderzoek Nederland 2009”. Een gezamenlijke publicatie van het ministerie van