

JOR 2015/204 CBB, 03-03-2015, 13/945, ECLI:NL:CBB:2015:62

Kredietverstrekking aan consumenten zonder vergunning, Cessie toekomstige vordering tegen koopprijs, Economische werkelijkheid prevaleert boven juridische constructie, Bevestiging aangevallen uitspraak, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 31 oktober 2013, «JOR» 2013/342

Publicatie	JOR 2015 afl. 7
Publicatiedatum	10 juli 2015
College	CBB
Uitspraakdatum	03 maart 2015
Rolnummer	13/945 LJN ECLI:NL:CBB:2015:62
Rechter(s)	mr. Doolaard mr. Aerts mr. Verbeek
Partijen	X BV, appellante, gemachtigde: mr. J.H. Fellingner, tegen de stichting Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) te Amsterdam, appellante, gemachtigde: mr. J.J.M. Schrama.
Noot	mr. J.M. van Poelgeest
Trefwoorden	Kredietverstrekking aan consumenten zonder vergunning, Cessie toekomstige vordering tegen koopprijs, Economische werkelijkheid prevaleert boven juridische constructie, Bevestiging aangevallen uitspraak, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 31 oktober 2013, «JOR» 2013/342,
Regelgeving	Wft - 1:1 Wft - 2:60

» Samenvatting

Feitelijk kreeg in het verdienmodel van appellante een niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende natuurlijke persoon gedurende een korte periode de beschikking over een geldsom, waarna een geldstroom plaatsvond ten laste van deze persoon naar appellante ter hoogte van het ter beschikking gestelde bedrag, vermeerderd met een aanzienlijke verhoging. De natuurlijke persoon kreeg het bedrag dus niet blijvend in handen. Voor de natuurlijke persoon voorzag dit geldbedrag in de economische behoefte aan een krediet, zoals blijkt uit de website van appellante, waarin de dienst van appellante nadrukkelijk wordt gepresenteerd als alternatief voor een lening. De vervulling van die behoefte was formeel juridisch door appellante anders vormgegeven, maar dat maakt geen doorslaggevend verschil, nu feitelijk werd voldaan aan de economische behoefte van consumenten aan krediet. De terugbetalingsverplichting was strikt contractueel vastgelegd. Daarbij was in het modelcontract noch in de algemene voorwaarden een clausule opgenomen voor het geval de vordering voor de verkoper/lasthebber bij de debiteur oninbaar bleek te zijn. De verhoging (van 25% of meer van het ter beschikking gestelde bedrag) bij de terugbetaling ten voordele van appellante was de vergoeding voor appellante voor het ter beschikking stellen van de geldsom, immers daarop berustte haar verdienmodel, en is daarom te kwalificeren als betaald ter zake van het ter beschikking stellen van die geldsom. Daarmee is voldaan aan de elementen van “krediet” in art. 1:1 Wft, namelijk dat aan een consument een geldsom ter beschikking wordt gesteld ter zake waarvan de consument gehouden is een betaling te verrichten.

Er is geen sprake van het in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel oprekken van de definitie van krediet door AFM en de rechtbank, zoals appellante heeft gesteld. Appellante heeft zich laten adviseren over een juridische constructie, waarin zij in economische zin door kon gaan met het aanbieden van flitskrediet, zoals zij tot 10 juni 2011 deed onder de handelsnaam “[naam 4]” zonder de daarvoor vereiste vergunning op grond van de Wft. Zij heeft het risico genomen dat AFM door deze juridische constructie heen zou kijken en de economische werkelijkheid zou laten prevaleren.

In de voorgaande overwegingen ligt besloten dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel van appellante eveneens faalt.

Appellante heeft dus krediet aan consumenten aangeboden en verleend. Vast staat dat appellante niet over een daartoe strekkende vergunning beschikte, zodat zij art. 2:60 van de Wft heeft overtreden. Gesteld noch gebleken is dat de uitzonderingssituatie van art. 1:20, lid 1, onder f, Wft, dat zij geen of slechts onbetekenende kosten in rekening bracht, zich vóór 11 mei 2012 voordeed. AFM was derhalve op grond van art. 1:79 Wft bevoegd over te gaan tot oplegging van een last onder dwangsom jegens appellante.

Het College ziet geen redenen waarom AFM had moeten afzien van gebruikmaking van deze bevoegdheid. Dit te minder nu AFM inzichtelijk heeft gemaakt dat voor de consumenten forse kosten waren gemoeid met het door appellante aangeboden krediet, zowel in verhouding tot het verstrekte bedrag, als omgerekend naar rentepercentages op jaarbasis. AFM stelt zich terecht op het standpunt dat het daarmee om een voor de consument schadelijke handelwijze ging, temeer nu appellante geen beoordeling op kredietwaardigheid uitvoerde. Gelet op de inhoud van de website van appellante bestond de doelgroep waarop zij mikte uit consumenten die reeds in acute liquiditeitsnood verkeerden.

Anders dan appellante heeft aangevoerd, berust de invorderingsbeschikking niet op een andere grondslag dan het dwangsombesluit. Om dezelfde redenen als vóór 2 mei 2012 is ook na die datum sprake van krediet in de zin van art. 1:1 Wft. De economische functie van de door appellante aan de consument geboden dienst bleef namelijk dezelfde. Verder was ook na de wijziging in het verdienmodel sprake van een betaling door de consument ter zake van het ter beschikking stellen van de geldsom, doordat hij een deel van zijn toekomstige inkomsten aan appellante afstond. De omstandigheid dat de geldstroom naar appellante feitelijk een ander traject zou volgen dan voor 3 mei 2012 maakt dat niet anders.

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

» Uitspraak

(...; *red.*)

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak (Rb. Rotterdam 31 oktober 2013, «JOR» 2013/342; *red.*). Het College volstaat met het volgende.

1.2. Per 10 juni 2011 is appellante, destijds nog handelend als “[naam 3]” de website “[internetadres]” (verder: de website) gestart. Op de website werd de mogelijkheid aangeboden om een (gedeelte van een) toekomstige vordering, bijvoorbeeld uit loon, pensioen, verzekering of huurinkomsten, te verkopen aan appellante, tegen een lager bedrag dan het bedrag van de (gedeelte) vordering. Als voorbeeld wordt op de website gegeven dat appellante € 250,- biedt voor een toekomstige vordering van € 310,-.

De verkochte vordering werd door de verkoper gecedeerd aan appellante, die vervolgens aan de verkoper een volmacht verstrekte om de verkochte vordering bij de debiteur (bijvoorbeeld de werkgever of huurder) namens en ten behoeve van appellante te incasseren, op het moment dat de verkochte vordering opeisbaar werd. Vervolgens rustte op de verkoper de verplichting dat bedrag over te maken naar appellante. In het door appellante gehanteerde modelcontract van de koopovereenkomst werd de datum waarop de verkoper het bedrag van de vordering aan appellante moest overmaken vastgelegd. Deze datum lag enkele weken na de datum van de verkoop van de vordering. De tekst op de website luidde: “Een dag nadat u uw inkomen definitief heeft ontvangen, voldoet u het afgesproken bedrag op onze bankrekening.” Op de website van appellante viel verder te lezen dat de verkoper een boete van € 7,- verschuldigd was als “u het aan ons verkochte inkomen

niet aan ons voldoet binnen 1 dag na de dag die u heeft gekozen om de vordering voor ons te innen". Een dag later kwam daar € 17,- bovenop en nog een dag verder kwam er "herinneringspost" (van appellante aan de verkoper), waarvoor € 10,- in rekening werd gebracht. In de artikelen 5 en 6 van het door appellante gehanteerde modelcontract was bepaald dat de verkoper op de overeengekomen datum het bedrag van de verkochte vordering diende over te maken, op verbeurte van de contractuele boete. In artikel 8, eerste lid, van de door appellante gehanteerde algemene voorwaarden was het volgende bepaald: "Indien Verkoper het uit hoofde van of in verband met de Koopovereenkomst namens [internetadres] geïncasseerde bedrag of enig ander bedrag, dat uit hoofde van of in verband met de Koopovereenkomst is verschuldigd, niet of niet volledig betaalt uiterlijk op de daarvoor overeengekomen datum, zal Verkoper over het onbetaald gebleven bedrag een vergoeding verschuldigd zijn gelijk aan de toepasselijke wettelijke rente (...)". In artikel 8, tweede lid, was nogmaals bepaald dat ingeval van niet tijdige betaling de hiervoor genoemde verdragingsboete was verschuldigd. Op de website was verder vermeld, onder de kop "Over [internetadres]" dat niet "weken" op goedkeuring van een aanvraag hoefde te worden gewacht, "zoals bij een bank" omdat "geen lening wordt afgesloten".

1.3. Bij brief van 21 juli 2011, nader aangevuld bij brief van 1 augustus 2011, heeft appellante naar aanleiding van een verzoek om informatie van AFM van 18 juli 2011 in essentie verklaard geen krediet aan te bieden maar vorderingen te kopen, die aan haar worden geleverd door middel van cessie. Appellante heeft verklaard dat haar verdienmodel berust op een marge, namelijk het verschil tussen de koopprijs van de verkochte vordering en de omvang van deze vordering op het moment dat deze geïncasseerd wordt.

1.4. Appellante heeft een aanvraag ingediend voor een vergunning op grond van de Wet financieel toezicht (Wft) voor het aanbieden van kredieten. Deze aanvraag is afgewezen.

1.5. Na een voornemenprocedure als bedoeld in artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft AFM aan appellante bij besluit van 4 april 2012 een last onder dwangsom opgelegd (verder: het dwangsbesluit) om het aanbieden van krediet aan consumenten in Nederland zonder daartoe verleende vergunning te staken en gestaakt te houden totdat aan de toepasselijke regelgeving voldaan wordt. Daarbij is tevens aan appellante opgedragen de website aan te passen en op de eerstvolgende werkdag na het staken van het aanbieden van kredieten een verklaring aan AFM te overleggen dat het aanbieden van krediet is gestaakt. Aan de last is een begunstigingstermijn verbonden van 5 werkdagen na dagtekening van het besluit. De dwangsom is vastgesteld op € 4.000,- per kalenderdag of een gedeelte daarvan, met een maximum van € 80.000,-. Tevens is besloten tot openbaarmaking van de last onder dwangsom ingeval van verbeuring van dwangsommen. Tegen dit besluit heeft appellante een bezwaarschrift ingediend bij AFM.

1.6. Bij uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank van 26 april 2012 (ECLI:NL:RBROT:BW9155) is de begunstigingstermijn verlengd tot 2 mei 2012.

1.7. Bij brief van 3 mei 2012 heeft appellante aan AFM meegedeeld dat zij de volgens AFM vergunningplichtige werkzaamheden met ingang van 2 mei 2012 heeft gestaakt en haar werkwijze heeft aangepast. De aanpassing bestaat eruit dat de door haar gekochte vorderingen niet langer door de verkoper namens haar worden geïncasseerd. Appellante incasseert de vorderingen, wanneer zij opeisbaar zijn geworden, zelf bij de debiteur. Daartoe zijn, naar zij stelt, de website, de koopovereenkomst en de algemene voorwaarden gewijzigd.

1.8. Bij brief van 11 mei 2012 heeft appellante aan AFM meegedeeld dat zij geen kosten meer in rekening brengt.

1.9. Bij besluit van 7 juni 2012 (verder: de invorderingsbeschikking) heeft AFM van appellante € 32.000,- ingevorderd, omdat appellante gedurende 8 dagen, van 3 tot en met 10 mei 2012, krediet is blijven aanbieden aan consumenten zonder daartoe strekkende vergunning, waardoor zij de last onder dwangsom heeft overtreden. Tegen dit besluit heeft appellante een bezwaarschrift ingediend bij AFM.

1.10. Bij beslissing op bezwaar van 7 augustus 2012 heeft AFM de bezwaren van appellante ongegrond verklaard en zowel het dwangsbesluit als de invorderingsbeschikking gehandhaafd.

1.11. Tegen dit besluit heeft appellante beroep ingesteld bij de rechtbank.

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard.

2.2. Onder verwijzing naar jurisprudentie van onder meer de Hoge Raad en het College heeft de rechtbank overwogen dat gelet op het beschermingsdoel van artikel 2:60 Wft het niet in de rede ligt een beperkte uitleg te geven aan het verbod tot kredietverstrekking zonder vergunning. Zo nodig dienen AFM en de rechter door juridische constructies heen te kijken als die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen wordt omzeild. De rechtbank heeft vervolgens het verdienmodel van appellante gekwalificeerd als het vergunningplichtig aanbieden en verstrekken van krediet aan consumenten, waarbij voor de rechtbank doorslaggevend is geweest dat appellante feitelijk een bepaald bedrag aan een consument ter beschikking stelde, waarna deze na enige tijd een vooraf vastgesteld hoger bedrag aan appellante diende terug te betalen. De rechtbank heeft zich ter ondersteuning van dit oordeel mede beroepen op de Memorie van Toelichting bij de Wet Consumentenkrediet (WCK).

2.3. Het door appellante gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel heeft de rechtbank verworpen omdat het in de door appellante genoemde gevallen veelal gaat om de overdracht van opeisbare, nietbetaalde vorderingen door particulieren, die zelf niet bij machte zijn de vordering te incasseren, zodat zij in elk geval een deel van de vordering in handen krijgen zonder een schuld aan te gaan.

2.4. Het gebruikmaken van de handhavingsbevoegdheid door AFM noch de wijze waarop AFM deze bevoegdheid in dit geval heeft uitgeoefend heeft de rechtbank onredelijk geoordeeld. Evenmin heeft AFM naar het oordeel van de rechtbank in strijd gehandeld met het rechtszekerheids- of het legaliteitsbeginsel.

2.5. De rechtbank heeft AFM gevolgd in haar standpunt dat appellante met de verandering van haar werkwijze van 3 mei 2012 tot en met 10 mei 2012 niet aan de last heeft voldaan. Daarbij heeft de rechtbank in het midden gelaten of appellante haar werkwijze feitelijk heeft aangepast. Aangezien het appellante van meet af aan duidelijk is geweest wat van haar werd verwacht is geen sprake van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Appellante heeft daarmee pas op 11 mei 2012 aan de last voldaan, zodat zij € 32.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd. AFM hoefde naar het oordeel van de rechtbank niet af te zien van invordering.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. Partijen voeren, samengevat, het volgende aan.

3.1. Appellante voert als meest vórstreckende grond tegen het dwangsombesluit aan dat zij geen krediet heeft aangeboden in de zin van de Wft, aangezien niet is voldaan aan de definitie van het element "consument" in de definitie van "krediet" in artikel 1:1 Wft en voorts omdat het kopen van vorderingen niet als kredietverstrekking in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt. In dit verband voert appellante aan dat AFM de definitie van krediet zozeer oprekt dat sprake is van strijd met de rechtszekerheid. Voor zover haar verdienmodel toch als kredietverlening in die zin zou moeten worden aangemerkt, is handhavend optreden in strijd met artikel 5:5 Awb, omdat zich een rechtvaardigingsgrond voordoet. Tevens is handhavend optreden in strijd met het gelijkheidsbeginsel omdat niet handhavend wordt opgetreden tegen ondernemers, zoals incassobureau's en deurwaarders, die ook vorderingen van consumenten kopen.

3.2. Tegen het invorderingsbesluit voert appellante aan dat zij na 2 mei 2012 de bij het dwangsombesluit opgelegde last niet heeft overtreden, omdat zij haar werkwijze zodanig heeft aangepast dat, als voordien al sprake was van kredietverlening, dit vanaf 3 mei 2012 niet meer het geval was. Omdat haar werkwijze per 3 mei 2012 is gewijzigd heeft de bij het dwangsombesluit opgelegde last daarop geen betrekking, zodat deze gewijzigde werkwijze niet tot het verbeuren van dwangsommen kan leiden.

3.3. Met betrekking tot de vraag of het in 1.2 en 1.3 omschreven verdienmodel van appellante als het aanbieden van krediet aan consumenten moet worden gekwalificeerd, stelt AFM zich op het standpunt dat niet de juridische kwalificatie als koopovereenkomst en cessie van de vordering leidend is, maar hetgeen gebeurt in de economische werkelijkheid. Wat daarin gebeurt is dat de consument een geldsom ter beschikking krijgt, die na afloop van de overeengekomen periode moet worden terugbetaald, waarbij de consument een hoger bedrag terugbetaalt dan van appellante is ontvangen. Deze werkelijkheid voldoet aan de definitie van krediet in artikel 1.1 Wft. Appellante beschikt niet over de daarvoor vereiste vergunning en overtreedt daarmee artikel 2:60 van de Wft, zodat AFM bevoegd is op grond van artikel 1:79 Wft handhavend op te treden. Er is sprake van een voor consumenten zeer schadelijke vorm van "flitskrediet", waaraan buitensporig hoge kosten voor de consument zijn verbonden, reden om van deze bevoegdheid gebruik te maken.

3.4. Naar het oordeel van AFM brengt de verandering van werkwijze die appellante per 3 mei 2012 heeft doorgevoerd, als dat feitelijk al gebeurd is, niet mee dat geen sprake meer is van het aanbieden van krediet aan consumenten. Ook onder deze werkwijze gaat de consument een schuld aan in verband met een door appellante ter beschikking gestelde geldsom. De overtreding is dus niet per 3 mei 2012 beëindigd, zodat appellante tot en met 10 mei 2012 dwangsommen heeft verbeurd.

4. Het College komt tot de volgende beoordeling.

4.1. AFM heeft erop gewezen dat de gronden in hoger beroep grotendeels een woordelijke herhaling zijn van de gronden in beroep bij de rechtbank, zodat die gronden buiten behandeling dienen te blijven. Het College kan AFM hierin niet volgen, aangezien appellante deze gronden opnieuw heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar hogerberoepsgrond dat de uitspraak van de rechtbank onvoldoende is gemotiveerd ten aanzien van het oordeel dat appellante krediet heeft aangeboden aan consumenten. Niet valt in te zien dat appellante haar in het kader van deze rechtsvraag bij de rechtbank naar voren gebrachte argumenten in hoger beroep niet opnieuw naar voren kan brengen. Hetzelfde geldt voor de met deze beoordeling samenhangende rechtsvragen ten aanzien van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

4.2. In artikel 1:1 Wft wordt onder "financieel product" onder meer (sub e) een krediet verstaan. De aanbieder van een financieel product (en dus ook van krediet) is een "financieel dienstverlener" in de zin van artikel 1:1 Wft. Een financieel dienstverlener (waaronder dus de aanbieder van krediet) is een "financiële onderneming" (sub b) in de zin van artikel 1:1 Wft. In artikel 1:1 is verder "aanbieden" een "financiële dienst" (sub a). In artikel 1:1 Wft is "krediet", voor zover relevant (sub a), omschreven als het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom ter zake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten. Tenslotte is in artikel 1:1 Wft "consument" gedefinieerd als een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent.

4.3. Feitelijk kreeg in het verdienmodel van appellante een niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende natuurlijke persoon gedurende een korte periode de beschikking over een geldsom, waarna een geldstroom plaatsvond ten laste van deze persoon naar appellante, ter hoogte van het ter beschikking gestelde bedrag, vermeerderd met een aanzienlijke verhoging (van 25% of meer van het ter beschikking gestelde bedrag). De natuurlijke persoon kreeg het bedrag dus niet blijvend in handen. Voor de natuurlijke persoon voorzag dit geldbedrag in de economische behoefte aan een krediet, zoals blijkt uit de website van appellante, waarin de dienst van appellante nadrukkelijk wordt gepresenteerd als alternatief voor een lening. De vervulling van die behoefte was formeel juridisch door appellante anders vorm gegeven, maar dat maakt geen doorslaggevend verschil, nu feitelijk werd voldaan aan de economische behoefte van consumenten aan krediet. De terugbetalingsverplichting was, zoals hierboven weergegeven, strikt contractueel vastgelegd. Daarbij was in het modelcontract noch in de algemene voorwaarden een clause opgenomen voor het geval de vordering voor de verkoper/lasthebber bij de debiteur oninbaar bleek te zijn. De verhoging bij de terugbetaling ten voordele van appellante was de vergoeding voor appellante voor het ter beschikking stellen van de geldsom, immers daarop berustte haar verdienmodel, en is daarom te kwalificeren als betaald ter zake van het ter beschikking stellen van die geldsom. Daarmee is voldaan aan de elementen van "krediet" in artikel 1:1 Wft, namelijk dat aan een consument een geldsom ter beschikking wordt gesteld ter zake waarvan de consument gehouden is een betaling te verrichten. Voor zover in het aanvullend hogerberoepsschrift nog is aangevoerd dat niet zou zijn voldaan aan de definitie van krediet aangezien

niet aan de definitie van “consument” als element van de definitie zou zijn voldaan, omdat in de definitie van “consument” sprake is van een financiële dienst verleend door een financiële onderneming, wat appellante niet zou zijn, ziet appellante eraan voorbij dat een financiële onderneming ook de financieel dienstverlener is die een financieel product aanbiedt, waaronder ook krediet is begrepen. Deze definities in onderlinge samenhang maken dat als aan de overige elementen van de definitie van krediet is voldaan, daarmee de aanbieder van dat krediet kwalificeert als financiële onderneming.

4.4. Er is geen sprake van het in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel oprekken van de definitie van krediet door AFM en de rechtbank, zoals appellante heeft gesteld. Appellante heeft zich juridisch laten adviseren, zoals blijkt uit het door appellante zelf in geding gebrachte advies van haar voormalige advocaat van 26 april 2011, over een juridische constructie waarin zij in economische zin door kon gaan met aanbieden van flitskrediet, zoals zij tot 10 juni 2011 deed onder de handelsnaam “[naam 4]” zonder de daarvoor vereiste vergunning op grond van de Wft. Zij heeft het risico genomen dat AFM door deze juridische constructie heen zou kijken en de economische werkelijkheid zou laten prevaleren. Hiermee sneuvelt tevens het beroep van appellante op artikel 5:5 Awb. Hetgeen appellante hierover in de aanvullende gronden naar voren heeft gebracht kan niet tot het door haar beoogde rechtsgevolg leiden.

4.5. In de voorgaande overwegingen ligt besloten dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel van appellante eveneens faalt. In de door appellante als gelijk genoemde gevallen is geen sprake van het ter beschikking stellen van een geldsom aan consumenten teneinde te voorzien in een kredietbehoefte.

4.6. Appellante heeft dus krediet aan consumenten aangeboden en verleend. Vast staat dat appellante niet over een daartoe strekkende vergunning beschikte, zodat zij artikel 2:60 van de Wft heeft overtreden. Gesteld noch gebleken is dat de uitzonderingssituatie van artikel 1:20, eerste lid, onder f, Wft, dat zij geen of slechts onbetekenende kosten in rekening bracht, zich vóór 11 mei 2012 voordeed. AFM was derhalve op grond van artikel 1:79 Wft bevoegd over te gaan tot oplegging van een last onder dwangsom jegens appellante.

4.7. Het College ziet geen redenen waarom AFM had moeten afzien van gebruikmaking van deze bevoegdheid Dit te minder nu AFM inzichtelijk heeft gemaakt dat voor de consumenten forse kosten waren gemoeid met het door appellante aangeboden krediet, zowel in verhouding tot het verstrekte bedrag, als omgerekend naar rentepercentages op jaarbasis. AFM stelt zich terecht op het standpunt dat het daarmee om een voor de consument schadelijke handelwijze ging, temeer nu appellante geen beoordeling op kredietwaardigheid uitvoerde. Gelet op de inhoud van de website van appellante bestond de doelgroep waarop zij mikte uit consumenten die reeds in acute liquiditeitsnood verkeerden. De door appellante opgeworpen stelling dat geen consumenten met restschulden zijn achtergebleven, is niet onderbouwd en gaat eraan voorbij dat haar klanten een naar verhouding niet onaanzienlijk deel van hun toekomstige inkomsten aan appellante moesten afstaan voor de geboden dienst, met een economisch vergelijkbaar nadelig effect.

4.8. De lengte van de begunstigingstermijn en de hoogte van de dwangsom per tijdseenheid noch het maximaal te verbeuren bedrag zijn door appellante bestreden.

4.9. De beslissing op bezwaar kan derhalve in rechte standhouden voor zover het de instandlating van de opgelegde last onder dwangsom betreft. De rechtbank heeft het beroep in zoverre terecht ongegrond verklaard.

4.10. Anders dan appellante heeft aangevoerd berust de invorderingsbeschikking niet op een andere grondslag dan het dwangsombesluit. AFM stelt zich op het standpunt dat appellante dwangsommen heeft verbeurd door van 3 tot en met 10 mei 2012 nog steeds zonder daartoe strekkende vergunning krediet aan te bieden en te verstrekken aan consumenten en dus de aan het dwangsombesluit ten grondslag liggende overtreding niet te staken en gestaakt te houden.

4.11. Naar aanleiding van hetgeen appellante hiertegen in heeft gebracht overweegt het College dat ook als appellante haar werkwijze zo heeft aangepast als zij gesteld heeft, dit geen verandering brengt in het oordeel van het College ten aanzien van de vraag of sprake was van kredietverstrekking. Om

dezelfde redenen als vóór 2 mei 2012, zoals in overweging 4.3 uiteengezet, is ook na die datum sprake van krediet in de zin van artikel 1:1 Wft. De economische functie van de door appellante aan de consument geboden dienst bleef namelijk dezelfde. Verder was ook na de wijziging in het verdienmodel sprake van een betaling door de consument ter zake van het ter beschikking stellen van de geldsom, doordat hij een deel van zijn toekomstige inkomsten aan appellante afstond. De omstandigheid dat de geldstroom naar appellante feitelijk een ander traject zou volgen dan voor 3 mei 2012 maakt het niet anders.

Nu gelet op het vorenstaande duidelijk is dat appellante ook na 2 mei 2012, te weten vanaf 3 mei tot en met 10 mei 2012 krediet is blijven aanbieden en verstrekken zonder de daartoe strekkende vergunning, heeft appellante van rechtswege dwangsommen verbeurd. Het College ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat AFM had behoren af te zien van invordering van de verbeurde dwangsommen. Appellante heeft daartoe geen gronden aangevoerd. De hoogte van het ingevorderde bedrag is door appellante niet bestreden.

4.12. De beslissing op bezwaar kan derhalve ook in rechte standhouden voor zover het de invordering van de verbeurde dwangsommen betreft. De rechtbank heeft het beroep ook in zoverre terecht ongegrond verklaard.

5. Het hoger beroep is ongegrond.

6. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

» Noot

1. In deze zaak gaat het om een door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) opgelegde last onder dwangsom gericht op het staken en gestaakt houden van het aanbieden van krediet aan consumenten in Nederland, zonder vergunning. De vraag die in dit verband aan de orde komt, is of een koop van een vordering kwalificeert als het aanbieden van (consumenten)krediet in de zin van de Wft.

2. Appellante bood consumenten via een website de mogelijkheid om een vordering op een derde (bijvoorbeeld de werkgever) te verkopen tegen een lager bedrag dan de vordering. Na cessie kreeg de consument/verkoper van de vordering een volmacht en kon daarmee zelf de vordering innen. Na aanpassing van het bedrijfsmodel werd deze volmacht niet gegeven en inde appellante zelf de vordering bij de derde partij (de werkgever).

3. Aan het CBb is voorgelegd of deze koop van vorderingen (voor en na aanpassing van het bedrijfsmodel) kwalificeert als het aanbieden van (consumenten)krediet in de zin van de Wft in verband met de door de AFM opgelegde last onder dwangsom gericht op het staken van de activiteiten.

4. Het CBb is van oordeel dat in dit geval formeel juridisch geen sprake was van krediet maar dat de feitelijke situatie (voor en na aanpassing van het bedrijfsmodel) was dat een niet beroeps- of bedrijfsmatig handelende natuurlijke persoon (een consument) gedurende een korte periode de beschikking kreeg over een geldsom waarbij dit geldbedrag voorzag in de "economische behoefte aan krediet". Dat oordeel resulteert erin dat de beslissing op bezwaar met betrekking tot de opgelegde last onder dwangsom in rechte stand kan houden.

5. Deze uitspraak van het CBb is in lijn met verschillende uitspraken van de afgelopen jaren, waaruit blijkt dat de juridische vormgeving in verband met de beoordeling of er sprake is van krediet van ondergeschikt belang is (zie onder meer Rb. Rotterdam 5 oktober 2012, «JOR» 2012/287, m.nt. Van

Poelgeest, Rb. Rotterdam 8 maart 2013, «JOR» 2013/75, Rb. Rotterdam 24 januari 2014, «JOR» 2014/131, m.nt. Claassen en Snijders, Rb. Rotterdam 7 maart 2014, «JOR» 2014/235, m.nt. Nuijten, Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298 en Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2015:2771). De AFM en de rechter kijken door juridische vormgeving heen, beoordeeld wordt of uit de feitelijke situatie volgt dat er een bepaald bedrag aan een consument wordt verstrekt en dat de consument dit bedrag feitelijk moet (terug)betalen, al dan niet vermeerderd met een bepaald bedrag (rente). Bij de beoordeling komt steeds terug dat de bepalingen met betrekking tot consumptief krediet, waaronder art. 2:60 Wft (het verbod om zonder vergunning krediet aan te bieden), ruim moeten worden uitgelegd gelet op het feit dat deze bepalingen zijn gericht op het beschermen van de consument. In dit verband wordt naar de toelichtingen op de Nederlandse wetgeving verwezen (*Kamerstukken II 1986/87*, 19 785, 3, p. 68, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 339, 3, p. 28). Bij de beoordeling of er sprake is van een krediet (hetgeen bijvoorbeeld tevens relevant is in het BW) is ook art. 23 van de Richtlijn consumentenkrediet van belang. Hieruit volgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de bepalingen van de richtlijn niet kunnen worden omzeild door overeenkomsten een bijzondere vorm te geven.

6. Uit de boetebesluiten en de rechterlijke uitspraken volgt in ieder geval dat niet wordt gekeken naar de formeel juridische situatie maar naar de economische werkelijkheid. Dit standpunt kan ook worden teruggevonden in een uitspraak van de Hoge Raad over de vraag of het verstrekken van een “gratis” telefoon bij een telefonieabonnement als een krediet moet worden aangemerkt (HR 13 juni 2014, «JOR» 2014/206, m.nt. Van Poelgeest en Biemans). De Hoge Raad overwoog in dit kader: *“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.”* Ook overwoog de Hoge Raad: *“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 strekken tot afbetaling van een koopprijs voor de mobiele telefoon. Dat brengt mee dat een telefoonabonnement inclusief toestel, (...) in beginsel is aan te merken als een koop op afbetaling, en tevens als een krediettransactie dan wel kredietovereenkomst.”*

7. Bij de nationale interpretatie van de wetgeving bij aanbieders van “flitskrediet” lijkt mee te spelen dat de algemene visie in de politiek en bij de AFM is dat flitskrediet onwenselijk en schadelijk is voor consumenten. Zou overigens het verkleinen van de groep (internet)aanbieders van kortlopende kredieten resulteren in consumenten die voorzichtiger omgaan met het uitgeven van hun maandinkomen nu de economische werkelijkheid is dat er consumenten zijn die een (sterke) behoefte hebben om kleine bedragen te lenen ter overbrugging van een korte periode?

8. Geconcludeerd kan worden dat de huidige stand van zaken is dat de AFM en de rechterlijke macht bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van krediet de “financiële en economische werkelijkheid” doorslaggevend achten. Bij kortlopende kredieten wordt hierbij tevens de onwenselijkheid van deze kredieten betrokken. De definitie in de Wft en de rechtspraak op dit gebied heeft tot gevolg dat een bijzonder groot aantal partijen onder de kredietregelgeving valt.

mr. J.M. van Poelgeest, advocaat te Amsterdam