

# 586. Consumenten-peer-to-peer lending-platformen als kredietaanbieders

## Een heroverweging noodzakelijk?

MR. M.E. BUIT

Peer-to-peer lending (P2PL) aan consumenten levert de nodige reguleringsvraagstukken op, onder andere aangaande de rol die deze platformen daadwerkelijk vervullen bij de totstandkoming van consumentenkredietovereenkomsten. Dit vraagstuk blijft in de Nederlandse juridische discours echter onderbelicht. Op basis van een empirische analyse van de bedrijfsmodellen van bestaande consumenten-P2PL-platformen beargumenteert de auteur waarom de kwalificatie van 'kredietaanbieder' niet past bij consumenten-P2PL-platformen. In het kort dient de Autoriteit Financiële Markten meer aandacht te besteden aan de bedrijfsmodellen van deze platformen, evenals de maatschappelijke rol die deze platformen vervullen.

### 1. Introductie<sup>1</sup>

Wet- en regelgeving omtrent kredietverstrekkers is veelal gebaseerd op het kredietverstrekkingmodel van een bank. In het kort kan het bancaire kredietverstrekkingproces als volgt worden weergegeven: banken stellen kapitaal ter beschikking aan kredietnemers die de verplichting op zich nemen om de lening met rente af te lossen. De bank maakt het geld direct over naar diens wederpartij en is ook de contractuele partner bij de leningovereenkomst. De bank is zodoende het aanspreekpunt voor de kredietnemer en is in beginsel tevens verantwoordelijk voor alle administratieve handelingen. Derhalve is een duidelijke kredietaanbieder aan te wijzen.<sup>2</sup>

Tegenwoordig zijn echter de grenzen van wat onder een kredietaanbieder dient te worden verstaan vervaagd. Dit komt onder andere door de komst van online platformen die op alternatieve wijze financiering aanbieden. Dit artikel richt zich op een van de belangrijkste alternatieve financieringsbronnen die in Nederland op het gebied van consumentenkrediet is ontstaan, namelijk peer-to-peer lending (hierna: P2PL). Alhoewel verschillende definities in omloop zijn, wordt ten behoeve van dit artikel consumenten-P2PL globaal gedefinieerd als een innovatieve vorm van financiering waarbij een online platform zijn webomgeving

openstelt voor consument-geldvragers en consument- en/of professionele geldverstrekkers voor de totstandkoming van kredietovereenkomsten.<sup>3</sup>

Dit artikel behandelt de vraag of consumenten-P2PL-platformen publiekrechtelijk te kwalificeren zijn als 'kredietaanbieder', en zo ja, in hoeverre deze kwalificatie past bij P2PL.<sup>4</sup> Niet enkel zijn deze vragen onderbelicht gebleven in het kader van consumenten-P2PL,<sup>5</sup> tevens is voor de beantwoording ervan empirisch onderzoek vereist naar de daadwerkelijke bedrijfsmodellen van deze platformen. Naar aanleiding van een empirische analyse van de bestaande consumenten-P2PL-platformen in Nederland maakt dit artikel onderscheid tussen twee modellen, namelijk 'Model A' en 'Model B'. Deze modellen zullen als grondslag worden gebruikt voor de kwalificatie van de platformen als 'kredietaanbieder'.

De opbouw van dit artikel is als volgt:

- Paragraaf 2 zet beide bedrijfsmodellen uiteen.
- In paragraaf 3 wordt het publiekrechtelijke begrip van de 'kredietaanbieder' uiteengezet en dit begrip afgezet tegen het zijn van een 'kredietbemiddelaar'. Daarbij wordt de positie van de geldverstrekkers kort bespro-

1 Het artikel is gebaseerd op de masterscriptie van de auteur ter afronding van de master Rechtswetenschappelijk Onderzoek aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij bedankt prof. mr. O.O. Cherednychenko en prof. mr. M.H. Wissink voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

2 M. van Eersel, *Crowdfunding: Juridische aspecten van financiering door de menigte*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 20; I. Akkizidis & M. Stagars, *Marketplace Lending, Financial Analysis, and the Future of Credit. Integration, Profitability and Risk Management*, West Sussex: Wiley 2016, p. 30-31.

3 In het gehele artikel wordt een consument gedefinieerd als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een economische activiteit (een bedrijf, handel, ambacht of (vrij) beroep), zie Europees Parlement (hierna: EP), *The Notion of 'Consumer' in EU Law. Library Briefing of the European Parliament*, 6 mei 2013. Beschikbaar op: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM\\_BRI\(2013\)130477\\_REV1\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI(2013)130477_REV1_EN.pdf) (laatst geraadpleegd op 22 maart 2020), p. 1; J.G.J. Rinkes, 'Europees consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (ed.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 31-43, p. 42.

4 In de zin van art. 1:1 Wft onder 'aanbieder' en 'aanbieden'.

5 Zie o.a. het consultatiedocument *Juridisch kader crowdfundingplatformen onderhandse leningen* (2017), p. 2, waarin wordt aangenomen dat deze platformen vallen onder het nationale regelgevingskader.

- ken. Hierna volgt de kwalificatie van de platformmodellen en een uiteenzetting van het beleid van de AFM.<sup>6</sup>
- Paragraaf 4 bespreekt enkele kanttekeningen van deze kwalificaties, vanuit enerzijds het perspectief van bescherming van de consument-geldvrager, en anderzijds de rol en specifieke bedrijfsmodellen van de onderzochte platformen (ook wel: aspecten van innovatie).<sup>7</sup>
  - Paragraaf 5 presenteert enkele slotopmerkingen.

## 2. De bedrijfsmodellen van consumenten-P2PL-platformen

### 2.1 Algemeen

Op basis van een analyse van de websites en algemene voorwaarden van de drie platformen (hierna: de Platformen) in Nederland zijn de volgende drie kenmerken onderzocht waaruit een bedrijfsmodel kan worden gedestilleerd: naar welke entiteiten lopen de geldstromen, hoe verhouden partijen zich contractueel tot elkaar en in hoeverre vervult het Platform intermediaire diensten?<sup>8</sup> Op grond van deze kenmerken zijn twee bedrijfsmodellen te onderscheiden, die hierna worden aangeduid als ‘Model A’ en ‘Model B’. Beide modellen zullen opeenvolgend aan de hand van de drie karakteristieken worden besproken.

### 2.2 Model A

Het P2PL-proces bij Model A-platformen vangt aan wanneer de geldvrager een leenaanvraag indient bij het Platform. Deze aanvraag zal door het Platform worden onderzocht en al dan niet worden goedgekeurd. Indien goedkeuring volgt, financiert het Platform vanuit eigen fondsen de aanvraag voor, door het leenbedrag rechtstreeks over te maken naar de geldvrager. Hierna zal het Platform de lening verdelen over de geldverstrekkers op grond van cessies.<sup>9</sup> Deze geldverstrekkers hebben door ondertekening van een gebruikersovereenkomst toegang gekregen tot het Platform. Alhoewel zij zelf het bedrag mogen vaststellen dat zij via het Platform willen uitlenen (dit kan verschillen van enkele honderden tot duizenden euro's), hebben

zij niet de keuze om een specifieke lening te financieren. Model A-platformen zullen het totaal geïnvesteerde bedrag van alle geldverstrekkers verdelen over alle openstaande leningen om risicospreiding te bewerkstelligen. Tevens betekent deze constructie dat de geldverstrekkers de daadwerkelijke financiers zijn van de lening. De geldstromen lopen allemaal via een stichting derdengelden die door het Platform in het leven is geroepen, met uitzondering van de voorfinanciering van het Platform naar de geldvrager toe.<sup>10</sup> Deze constructie van voorfinanciering door het Platform heeft consequenties voor de contractuele relaties. Het Platform is namelijk degene die als wederpartij een leenovereenkomst aangaat met de consument-geldvrager. Deze overeenkomst blijft bestaan na het cederen van de vordering aan de geldverstrekkers, waarvoor aparte contracten worden overeengekomen tussen het Platform en de geldverstrekkers.

Wat betreft de intermediaire functies van het Platform in relatie tot de consument-geldvrager, vervullen Model A-Platformen een uiterst indringende rol, die het best te vergelijken valt met de intermediaire rol van een bank. Belangrijk is dat het Platform in alle gevallen het aanspreekpunt is voor geldvragers, nu zij niet op de hoogte (hoeven te) zijn van de identiteit van de geldverstrekkers. Naast de voorfinanciering van het leenbedrag volbrengen dergelijke platformen de volgende taken: het aanbieden en onderhouden van een online platform waar vraag en aanbod van krediet samenkomen; het verifiëren van de identiteit van een kredietnemer en het verzamelen van alle benodigde gegevens voor de kredietwaardigheidstoets; het uitvoeren van de kredietwaardigheidstoets; het bepalen van de hoogte van de rente; het helpen van geldvragers en geldverstrekkers bij het oplossen van pre- en postcontractuele informatieasymmetriën; het opstellen van de overeenkomsten, deze aan partijen verstrekken en de administratieve verwerking ervan afhandelen; de lening tot het einde van de looptijd beheren; het faciliteren van de overmaking van het krediet (zoals het coördineren van (her)betalingen door het oprichten van een stichting derdengelden), evenals het uitvoeren van incassowerkzaamheden voor de geldverstrekkers in het geval dat een geldvrager niet aan zijn aflossverplichtingen voldoet.

### 2.3 Model B

‘Model B’ sluit aan bij wat in de literatuur ook wel het *client segregated account model* wordt genoemd, een bedrijfsmodel dat vaak door P2PL-platformen in Groot-Brittannië

6 Derhalve worden enkel de voornoemde kenmerken van de bedrijfsmodellen besproken in zoverre ze relevant zijn voor de kwalificatievraag.

7 De invalshoek van het gehele artikel is in beginsel beperkt tot de relatie tussen de consument-geldvrager en het platform. Hiermee kan een adequate vergelijking worden gemaakt met het traditionele kredietverstrekingsproces. Daarnaast kunnen de rol en bedrijfsmodellen van platformen geschaard worden onder innovatie, omdat dergelijke leningplatformen op zichzelf nieuwe fenomenen zijn. Zij introduceren nieuwe bedrijfsmodellen, bieden bestaande producten en diensten sneller, goedkoper en/of gebruiksvriendelijker aan en kunnen qua doelstelling verschillen van traditionele kredietverstrekkers, zie voor meer informatie par. 4.

8 De drie platformen heten Lender&Spender, Lendex en Geldvoorelkaar. Geldvoorelkaar wordt in deze analyse meegenomen omdat zij een vergunning hebben tot het verlenen van consumptief krediet. Hun hoofdtaak is echter het verlenen van krediet aan startups en het midden- en kleinbedrijf en ze hebben leningaanvragen aangaande consumptief krediet uitgesloten in hun algemene voorwaarden. Wegens het feit dat ze natuurlijke personen wel toestaan om leningaanvragen aangaande vastgoed en studie in te dienen, wordt dit platform toch meegerekend.

9 Art. 3:84 lid 1 jo. 3:94 lid 3 BW.

10 Deze stichting wordt gezien als een hulppersoon ex. art. 6:76 BW. Wegens het feit dat ze in dit artikel beschouwd worden als uitvoeringsorgaan van het platform, zal de positie van dergelijke stichtingen niet afzonderlijk worden besproken.

wordt gebruikt.<sup>11</sup> Ook al vervullen beide modellen grotendeels dezelfde intermediaire taken,<sup>12</sup> enkele significante verschillen zijn aan te wijzen wanneer het gaat om de geldstromen en de contractuele verhoudingen. Allereerst vindt, in tegenstelling tot Model A, geen voorfinanciering van de leningen plaats door het Platform. Alhoewel de aanvraag van geldvragers eerst dient te worden goedgekeurd door het Platform, zal deze, na goedkeuring, direct op de website van het Platform worden geplaatst met uitgebreide informatie over onder andere het leendoel, de rentevoet, de persoonlijke omstandigheden van de geldvrager en diens capaciteit tot terugbetaling (waarvoor risicocategorieën bestaan). Bij dit model kiezen de geldverstrekkers namelijk de leningen uit die zij willen financieren, waarbij tevens de hoogte van het bedrag ter vrije keuze staat (met uitzondering van een bepaald minimumbedrag). De geldstromen lopen krachtens een stichting derdengelden van de geldverstrekkers naar de geldvragers toe en vice versa. Tevens bestaat hierdoor een directe contractuele relatie tussen de consument-geldvrager en de geldverstrekker(s).

### 3. Vallen platformen onder de definitie van een kredietaanbieder?

#### 3.1 Het begrip 'kredietaanbieder' krachtens de wet en parlementaire geschiedenis

Op het moment van schrijven is Europa niet overgegaan tot het implementeren van wetgeving omtrent (consumenten-) P2PL en bestaat ook in Nederland geen specifiek wettelijk kader voor P2PL. Dit betekent dat voor de vraag of sprake is van een kredietaanbieder moet worden gekeken naar de Richtlijn Consumentenkrediet<sup>13</sup> (hierna: de Richtlijn), evenals het algemeen wettelijk kader van de Wet financieel toezicht (hierna: Wft). In de Richtlijn wordt een 'kredietgever' gedefinieerd als 'een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in het kader van de uitoefening van zijn bedrijfs-

of beroepsactiviteiten krediet verleent of toezegt'.<sup>14</sup> Deze exacte terminologie is overgenomen in Titel 2a van Boek 7 BW, maar omdat de terminologie van de Richtlijn niet past binnen de in de Wft gekozen wetsystematiek, zijn daar de begrippen 'aanbieder van krediet' en 'krediet aanbieden' opgenomen. Dit betreffen echter enkel technische aanpassingen. Inhoudelijk is geen verschil beoogd tussen beide begrippen, wat ook in lijn is met de standaard van maximumharmonisatie van de Richtlijn.<sup>15</sup>

De Wft kent geen rechtstreekse definitie van een kredietaanbieder (anders dan 'degene die aanbiedt').<sup>16</sup> In combinatie met de uitleg van de terminologie aangaande 'het aanbieden van krediet' is een kredietaanbieder in eerste instantie te definiëren als een natuurlijke/rechtspersoon die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een rechtstreeks of middellijk voldoende bepaald voorstel doet tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met de consument inzake een financieel product (niet zijnde een financieel instrument). In de wet is echter ook een tweede definitie opgenomen. Dit betekent dat eveneens een kredietaanbieder is: een natuurlijke/rechtspersoon die een dergelijke overeenkomst in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf aangaat, beheert of uitvoert.<sup>17</sup> De focus van de verdere analyse zal worden gelegd op deze tweede definitie, aangezien met het gedeelte 'beheren of uitvoeren' een verruiming van het kredietaanbiederschap is beoogd.

Het 'aangaan, beheren of uitvoeren' van een (krediet) overeenkomst drukt uit dat het aanbieden van financiële producten niet alleen het doen van een voorstel omvat (zoals in de eerstgenoemde definitie), maar tevens het (uitsluitend) beheren of uitvoeren van dergelijke overeenkomsten.<sup>18</sup> De parlementaire geschiedenis verduidelijkt dat hiermee is bedoeld dat aanbieden de hele looptijd van een overeenkomst inzake een financieel product omvat.<sup>19</sup> Dit leidt ertoe dat een partij die de vordering uit hoofde van een kredietovereenkomst met een consument overneemt van de oorspronkelijke aanbieder, en daardoor schuldeiser wordt van de consument (bijvoorbeeld door middel van cessie), zal kwalificeren als aanbieder, zelfs als hij niet de oorspronkelijke contractspartij was en dus ook niet degene die een voldoende bepaald aanbod aan de consument heeft gedaan.<sup>20</sup> Daarbij beoogt de parlementaire geschiedenis aan

11 Zie voor meer informatie, ook omtrent andere in de literatuur omschreven bedrijfsmodellen, zoals het (*automated*) *guaranteed return model* en het *notary model*, o.a., O. Havrylychuk & M. Verdier, 'The Financial Intermediation Role of the P2P Lending Platforms', *Comparative Economic Studies* 2018/60, nr. 1, p. 115-130; F. Brunetti, 'Web 2.0 as Platform for the Development of Crowdfunding', in: R. Bottiglia & F. Pichler (ed.), *Crowdfunding for SMEs. A European Perspective*, London: Macmillan Publishers Ltd. 2016; S. Sharma & N. Lertnuwat, 'The Financial Crowdfunding with Diverse Business Models', *Journal of Asian and African Social Science and Humanities* 2016/2, nr. 2, p. 74-89; E. Kirby & S. Worner, *Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast. Staff Working Paper 3*, Madrid: International Organization of Securities Commissions Research Department 2014. Beschikbaar op: [http://www.memofin.fr/uploads/library/pdf/Crowdfunding-An-Infant-Industry-Growing-Fast\[1\].pdf](http://www.memofin.fr/uploads/library/pdf/Crowdfunding-An-Infant-Industry-Growing-Fast[1].pdf) (laatst geraadpleegd op 22 maart 2020).

12 Een exceptie betreft dat deze platformen de lening niet voorfinancieren. Daardoor is aannemelijk dat de platformen een verhoogde informatieplicht hebben tegenover de geldverstrekkers omtrent de aanvragen van de consument-geldvragers.

13 Richtlijn (EG) nr. 2008/48 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, L133/66 (de Richtlijn). In Nederland is de Richtlijn per 11 juni 2011 geïmplementeerd, zowel in de Wft als het BW.

14 Art. 3 onder b Richtlijn.

15 Art. 22 Richtlijn; *Kamerstukken II* 2009/10, 32339, nr. 3 (MvT), p. 30. Zie ook M. De Muynck & J.M. van Poelgeest, 'Het aanbieden van consumentenkrediet na Richtlijn 2008/48/EG: de Nederlandse en Belgische regelgeving aan elkaar getoetst', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2012/2, p. 55-63, p. 55.

16 Zie voor beide definities art. 1:1 Wft, onder 'aanbieder'.

17 Art. 1:1 Wft, onder 'aanbieder' en 'aanbieden'. Zie ook L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 305 en J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 21-22.

18 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 356; *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 76 (MvT).

19 *Kamerstukken II* 2003/04, 29507, nr. 3, p. 76.

20 L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 305; J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 21-22.

te sluiten bij art. 7 Wet financiële dienstverlening, inhoudende dat werkzaamheden die samenhangen met een overgenomen vordering op een consument in het kader van een securitisatietransactie vallen onder de definitie van aanbieder.<sup>21</sup> Hierbij neemt een ‘Special Purpose Vehicle’ (hierna: SPV) een kredietportefeuille over van een kredietaanbieder die kredietovereenkomsten heeft gesloten met consumenten. Deze SPV is in beginsel vergunningsplichtig als ‘aanbieder’ van krediet, ook al doet de SPV niets anders dan het uitvoeren of beheren van de reeds bestaande kredietportefeuille en biedt hij geen nieuwe kredieten aan.<sup>22</sup> Bij het beheren en uitvoeren van een overeenkomst kan volgens Van Poelgeest gedacht worden aan het uitvoeren van de aan de kredietovereenkomst verbonden administratie, het innen van de door de kredietnemer te betalen termijnbedragen en/of rente en het beoordelen van eventuele verhogingen van de oorspronkelijke lening.<sup>23</sup>

Uit het voorgaande blijkt dus dat het begrip kredietaanbieder breed is. Niet enkel de oorspronkelijke contractspartij van een consument-geldvrager wordt hieronder begrepen, maar tevens, in geval van contractovername, opvolgende contractspartijen. De vraag is of deze tweede definitie in lijn is met de Richtlijn. Bekijk men de wettekst van de Richtlijn, dan wordt een nauwe definitie van kredietaanbieder gehanteerd waarin een natuurlijke persoon of financiële onderneming krediet moet aanbieden of toezeggen. In beginsel valt derhalve iedere financiële entiteit die niet voldoet aan deze vereisten buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn, en derhalve ook buiten haar harmonisatiebereik. Hierdoor mogen lidstaten zelf bepalen welk regime ze toepassen op deze entiteiten.<sup>24</sup> In dit geval is derhalve aannemelijk dat de Nederlandse praktijk, om financiële entiteiten die kredietportefeuilles overnemen (zoals SPVs) op dezelfde manier te reguleren als kredietaanbieders die wel onder de Richtlijn vallen, is toegestaan. In paragraaf 3.4 zal op deze discussie worden teruggekomen in het kader van de P2PL-platformen.

### 3.2 Het onderscheid met een ‘kredietbemiddelaar’

Een belangrijke vraag is tevens in hoeverre de definitie van een kredietaanbieder verschilt van de definitie van bemiddelaar. De Richtlijn definieert een kredietbemiddelaar als ‘een natuurlijk persoon of rechtspersoon die niet optreedt als kredietgever en die in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten tegen een vergoeding in de vorm van geld of een andere overeengekomen financiële beloning:

- i. aan consumenten kredietovereenkomsten voorstelt of aanbiedt;
- ii. consumenten anderszins dan onder i) bedoeld, bijstaat bij de voorbereiding van het sluiten van andere dan de onder i) bedoelde kredietovereenkomsten; of
- iii. namens de kredietgever met consumenten kredietovereenkomsten sluit.<sup>25</sup>

In de ogen van de Wft is een bemiddelaar in krediet een natuurlijk/rechtspersoon die in de uitoefening van beroep of bedrijf gericht is op het als tussenpersoon tot stand brengen van een kredietovereenkomst tussen een consument en een aanbieder of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst.<sup>26</sup>

Het doen van intermediaire activiteiten is tweezijdig. Enerzijds kunnen de activiteiten gericht zijn op het tot stand brengen van een overeenkomst tussen de kredietaanbieder en de consument. De AFM en de jurisprudentie hebben verduidelijkt dat enkel de doorverwijzing van een consument onvoldoende is om bemiddelaarschap aan te nemen. Enige inhoudelijke betrokkenheid is noodzakelijk. Deze betrokkenheid bestaat al als (tegen betaling) meer dan alleen NAW-gegevens van de consument worden ingewonnen en doorgegeven aan de kredietaanbieder.<sup>27</sup> Anderzijds is het element ‘assisteren bij het beheer en de uitvoering van een overeenkomst’ opgenomen, zodat een bij de securitisatie betrokken ‘servicer’, die assisteert bij het beheer en de uitvoering van kredietovereenkomsten, als bemiddelaar onder de Wft valt.<sup>28</sup> Dit onderdeel kan volgens Van Poelgeest ook buiten het kader van securitisatie worden toegepast, alhoewel mijns inziens dit krachtens de Richtlijn beperkt is tot gevallen die buiten haar toepassingsbereik vallen.<sup>29</sup> Het assisteren en beheren van de kredietovereenkomst kan het volgende inhouden: het opstellen van een offerte; het beoordelen of een kredietaanvraag binnen het acceptatiekader van de kredietaanbieder valt; het doen van de aan de kredietovereenkomst verbonden administratie; het innen van de door de geldvrager te betalen termijnen en/of rente; het beoordelen van eventuele kredietverhogingen; en/of het beoordelen of met een betalingsregeling kan worden getroffen.<sup>30</sup>

21 *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 356.*

22 *Id.*, zie ook D. Haas, ‘Contractenrechtelijke begrippen in het financiële recht, een knellend jasje’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015/5, p. 140-145, p. 142. Als de SPV bij het beheer of de uitvoering gebruik maakt van een ‘servicer’ die het beheer en de uitvoering van de kredietportefeuille op zich heeft genomen en een vergunning heeft als bemiddelaar, dan is de SPV niet zelfstandig vergunningsplichtig op grond van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft.

23 J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 21.

24 Een dergelijke redenatie lijkt tevens in lijn te zijn met het arrest HvJ EU 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:443, CJEU C-602/10 (*Volksbank Romania*), para. 40-43, alhoewel dit arrest (o.a.) ziet op de vraag of kredietovereenkomsten die buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen onder het bereik van de Richtlijn mogen worden genomen. Het Hof oordeelt dat de Richtlijn zich er niet tegen verzet dat een lidstaat dergelijke overeenkomsten opneemt in de werkingssfeer van een nationale maatregel ter omzetting van die richtlijn, teneinde alle of een aantal bepalingen van die richtlijn toe te passen op deze overeenkomsten, zie *id.*, para. 44. O.a. Vanessa Mak is echter kritisch over een dergelijke visie op maximumharmonisatie, zie V. Mak, ‘Stretching the borders of EU law? – Full harmonisation in the Consumer Credit Directive and mortgage credit. Commentary on CJEU (Fourth Chamber 12 juli 2012, Case C-602/10 (*Volksbank Romania*))’, *Journal of European Consumer and Markets Law* 2013/1, p. 37/41.

25 Art. 3 onder f Richtlijn.

26 Art. 1:1 onder b Wft, onder ‘bemiddelaar’ en ‘bemiddelen’.

27 L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 307-308.

28 *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 363*; L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 359.

29 L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 369; J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten*, Deventer: Kluwer 2015, p. 267.

30 *Kamerstukken II 2003/04, 29507, nr. 9, p. 32-33 (NV)*; *id.* p. 267.

Uit het voorgaande blijkt dat een groot verschil met een kredietaanbieder enerzijds schuilt in het feit dat de bemiddelaar niet zelf een contractspartij is bij de kredietovereenkomst.<sup>31</sup> Anderszijds komt wat betreft de werkzaamheden het ‘beheren en uitvoeren van de overeenkomst’ in het kader van kredietaanbiederschap veelal overeen met ‘het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een overeenkomst’, zeker gezien zij beiden zijn geïntroduceerd in het kader van securitisatietransacties. Het verschil zit weer in het feit dat in het geval van bemiddelen naast een kredietaanbieder een andere entiteit deze intermediaire functies op zich neemt, terwijl deze werkzaamheden anders door een opvolgend kredietaanbieder worden vervuld.

### 3.3 De positie van de geldverstrekkers

Voordat overgegaan wordt tot de kwalificatie van de platformmodellen, dient voorop te worden gesteld dat niet enkel de platformen als kredietaanbieders kunnen worden aangemerkt, maar tevens de geldverstrekkers. Specifiek bij Model B zijn de geldverstrekkers namelijk degenen die in een contractuele relatie staan met de consument-geldvrager. In de praktijk zou een dergelijke kwalificatie moeilijk hanteerbaar zijn. Van belang is dat een geldverstrekker krediet leent in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. De praktijk wijst echter uit dat veelal consumenten deze positie innemen bij consumenten-P2PL. Daarenboven kunnen tientallen tot honderden geldverstrekkers betrokken zijn bij een P2PL-transactie. Deze geldverstrekkers zouden, indien zij beroeps- of bedrijfsmatig handelen, ieder een vergunning in de zin van art. 2:60 Wft moeten verkrijgen en voldoen aan alle vergunningsverplichtingen voordat zij een lening kunnen verstrekken. In het geval dat enkel consumenten krediet verstrekken, is zelfs geen kredietaanbieder aan te duiden. Vanuit dit oogpunt wordt de vraag of de platformen de rol van kredietaanbieder op zich kunnen en moeten nemen nog relevanter.

### 3.4 Model A- en Model B-platformen: kredietaanbieders?

Ongeacht het bedrijfsmodel, zijn P2PL-platformen rechtspersonen die in de uitoefening van hun bedrijf activiteiten verrichten op het gebied van consumentenkrediet.<sup>32</sup> Model A-platformen voldoen eveneens aan de overige vereisten van de definitie van een kredietaanbieder. Zij zijn de contractuele wederpartij van de geldvrager, waarbij zij een voldoende bepaald voorstel doen tot het verstrekken van krediet. Mijns inziens wordt dit door het vervolgens cederen van de vordering aan de geldverstrekker(s) niet anders, nu het contract tussen het Platform en de geldvrager blijft bestaan. De vraag is wel of dit bewerkstelligt dat de geldgevers worden gezien als opvolgend ‘kredietaanbieders’. Zoals hierboven aangegeven is dit echter enkel mogelijk als zij geld verstrekken in de uitoefening van hun

beroep of bedrijf, terwijl de praktijk uitwijst dat het vaak consumenten zijn die deze positie innemen.<sup>33</sup>

Aangaande Model B is een dergelijke kwalificatie minder zwart-wit, nu zulke platformen geen voorstel doen tot het als wederpartij aangaan van een kredietovereenkomst met de consument. Anderzijds is geen sprake van opvolgend kredietaanbiederschap, waardoor de vraag gesteld kan worden of zij onder de ruime definitie van een kredietaanbieder vallen. In beginsel lijkt die ruimte wel te bestaan, als men de parlementaire geschiedenis en Van Poelgeest volgt in het feit dat deze verruiming buiten het geval van securitisatie kan worden toegepast en tevens *uitsluitend* het beheer of uitvoeren van de kredietovereenkomst kan behelzen.

**Deze situatie kan dus tot gevolg hebben dat het aanbieden van krediet een ongereguleerde activiteit wordt aangaande Model B-platformen**

Het lijkt er echter veeleer op dat alle activiteiten van Model B-platformen zijn gericht op het tot stand brengen van overeenkomsten tussen de geldverstrekkers en de consument. Indien deze redenering wordt gevolgd, zijn Model B-platformen veeleer te kwalificeren als bemiddelaars. Dit lijkt ook in lijn te zijn met de definiëring van bemiddelaar in de Richtlijn, nu ook daar alle handelingen van de bemiddelaar (zelfs het voorstellen en aanbieden van krediet) erop zijn gericht om een kredietovereenkomst tot stand te brengen tussen een kredietaanbieder en een consument-geldvrager (en zij zelf dus niet de wederpartij van de consument zijn in de kredietovereenkomst). Zodoende vallen Model B-platformen onder het bereik van de Richtlijn en zou een kwalificatie als kredietaanbieder in strijd zijn met haar volledige harmonisatiegedachte, omdat verdergaande verplichtingen op platformen worden gelegd dan door de Richtlijn wordt toegestaan. Een dergelijke definiëring geeft echter problemen met het aanwijzen van een kredietaanbieder, nu deze rol op de geldverstrekkers moet komen te rusten aangezien zij degenen zijn die krediet aanbieden.<sup>34</sup> Deze situatie kan dus tot gevolg hebben dat het aanbieden van krediet een ongereguleerde activiteit wordt aangaande Model B-platformen.

### 3.5 Het beleid van de AFM

Voor consumenten-P2PL-platformen poogt de AFM deze onduidelijkheid weg te nemen door het begrip ‘aanbieden’ zo te hanteren dat deze platformen, ongeacht de daadwerkelijke situatie, worden beschouwd als wederpartij van de

31 *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 363; L.J. Silverentand e.a., Hoofdlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 307.

32 Zij hanteren een fee-structuur die in ieder geval van één van de partijen een vergoeding vraagt voor het uitvoeren van hun diensten. Dit zijn meestal de geldverstrekkers.

33 Indien wel sprake is van een professionele geldverstrekker is art. 3 Vrijstellingsregeling Wft van toepassing. Daarnaast is sprake van stille cessies. In de parlementaire geschiedenis zijn aanknopingspunten te vinden voor de opvatting dat zolang de cessie niet openbaar is, de oorspronkelijke kredietaanbieder – die in dit stadium verantwoordelijk blijft voor het innen en beheren van de lening – zijn vergunningsplicht ex art. 2:60 Wft blijft behouden. Zie *Kamerstukken II 2003/04, 29507, nr. 3, p. 76*.

34 Zie par. 3.3, evenals de behandeling van de geldverstrekkers bij Model A.



consument-geldvrager. De AFM heeft niet expliciet aangegeven welke redenen aan deze (potentiële) verruiming ten grondslag liggen, alhoewel Silverentand terecht opmerkt dat de AFM de kans wilde uitsluiten dat het aanbieden van krediet een ongereguleerde activiteit zou zijn in geval van P2PL, en daarbij het Platform als de aangewezen partij zag om te belasten met de vereisten waaraan een kredietaanbieder moet voldoen.<sup>35</sup>

Dit betekent dat zowel Model A- als Model B-platformen vergunningsplichtig zijn op grond van art. 2:60 Wft en moeten voldoen aan de daarbijbehorende materieel-rechtelijke verplichtingen. Dit betekent dat – naast algemene rapporteringsvereisten – de platformen moeten voldoen aan verregaande governancevereisten en gedragsregels aangaande kredietaanbieders, die zeker door kleine partijen als zwaar worden ervaren. Qua governance-regels kan worden gedacht aan geschiktheids-, vakbekwaamheids- en betrouwbaarheidseisen voor bestuurders, dan wel ander personeel, evenals eisen omtrent de bedrijfsvoering en zeggenschapsstructuur.<sup>36</sup> Gedragsrechtelijke bepalingen zijn onder andere het invoeren van een wijze van klachtafhandeling, kredietregistratievereisten, het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets en verdere (pre-)contractuele informatieverstrekking- en reclame-eisen, een algemene zorgplicht die de aanbieder in acht moet nemen, evenals bepaalde provisieregels.<sup>37</sup>

#### 4. Enkele consequenties vanuit het innovatie- en consument-geldvragerperspectief<sup>38</sup>

In beginsel kunnen en worden op grond van het Nederlandse recht beide platformmodellen als kredietaanbieders aangemerkt. Daarvoor is een ruime definitie van kredietaanbieder vereist voor Model B-platformen, waarbij een dergelijke definiëring op gespannen voet kan staan met de Richtlijn. Nu geen nadere regelgeving omtrent P2PL bestaat, heeft de AFM daarnaast veel ruimte om het beleid ten aanzien van de platformen aan te scherpen. Het had verduidelijking gegeven als de AFM haar motivering achter de beslissing om alle consumenten-P2PL-platformen als kredietaanbieder te beschouwen kenbaar had gemaakt. De vraag is namelijk of een dergelijk regime bij de platformen past.

Er zijn zwaarwegende argumenten aan te dragen om deze platformen als kredietaanbieder te beschouwen. In relatie tot de consument-geldvrager bewerkstelligt dit dat iedere kredietaanbieder zich aan de (consumentenbeschermings) vereisten van de vergunningsplicht ex art. 2:60 Wft houdt. Zodoende wordt een hoge beschermingsmaatstaf en een uniforme toepassing van het recht gegarandeerd. De standaard van consumentenbescherming wijkt namelijk niet af al naar gelang het Platform dat een consument-geldvrager gebruikt. Daarnaast maakt het de vergunningsplicht voor kredietaanbieders hanteerbaar. Zoals genoemd in paragraaf 3.3 zou het stelsel van P2PL onwerkbaar worden als de geldverstrekkers een individuele vergunningsplicht hebben. Tevens zou een dergelijke werkwijze de verdere groei en innovatie in de P2PL-markt verhinderen, omdat ook hiervoor rechtszekerheid, uniformiteit en hanteerbaarheid essentiële beginselen zijn.

**De vraag rijst of onder het huidige wetgevingskader platformen zich niet veeleer zullen modelleren naar het traditionele bancaire model, specifiek aangaande de maatstaven van de kredietwaardigheidstoets**

Er is echter onvoldoende zwaarte toegekend aan de specifieke karakteristieken van de bedrijfsmodellen en de rol die deze platformen (dienen te) vervullen in het financiële systeem. P2PL-platformen zijn na de financiële crisis in 2008 opgekomen (onder andere) vanuit de noodzaak het financieringsgat te dichten dat banken hadden achtergelaten. Banken, als grootste kredietverstrekkers ter wereld, waren genooddaakt verhoogde kapitaalbuffers aan te leggen en risico-investeringen te beperken, waardoor onder bepaalde groepen consumenten, startups en het klein- en middenbedrijf een financieringstekort ontstond.<sup>39</sup> De Europese Commissie (hierna: EC) heeft P2PL zelfs erkend als een belangrijke bron van niet-bancaire financiering en heeft de ontwikkeling van P2PL onderdeel gemaakt van de verdere ontplooiing van de Europese interne markt voor

35 L.J. Silverentand e.a., *Hoofddlijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Kluwer 2018, p. 415-416.

36 Zie art. 2:63 Wft en de daarbijbehorende bepalingen in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

37 Art. 4:32 t/m 4:37a Wft.

38 Dit artikel beoogt geen compleet overzicht van argumenten te bieden, maar belicht enkele zwaarwegende argumenten waar meer aandacht aan moet worden geschonken in het licht van de regulering van consumenten-P2PL-platformen.

39 Europese Commissie, *Voorstel voor een verordening ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van online platforms*, COM(2018)238, 26 april 2018. Beschikbaar op: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services> (laatst geraadpleegd op 22 maart 2020), p. 1; C.M. Grundmann-van de Krol, 'Crowdfunding: hoe, waarom en regulering', *Ondernemingsrecht* 2013/100, p. 495-497, p. 495.

consumentenkrediet.<sup>40</sup> Dat is niet zonder redenen. In beginsel zorgt P2PL voor snellere financiering, is het kredietverstrekkingproces minder formalistisch (mede omdat geen financiële instelling tussen het proces instaat) en brengt het competitie met zich mee, doordat een nieuwe manier van kredietverstrekking wordt aangeboden.

Daarbij aansluitend is het oorspronkelijke doel van P2PL om het kredietaanbod op de markt te vergroten, specifiek voor consumenten die niet terecht kunnen bij een bank. De vraag rijst of onder het huidige wetgevingskader platformen zich niet veeleer zullen modelleren naar het traditionele bancaire model, specifiek aangaande de maatstaven van de kredietwaardigheidstoets.<sup>41</sup> Om eventuele rechtszaken te voorkomen, evenals boetes van de toezichthouder, gebruiken platformen de hoge kredietwaardigheidsmaatstaven van banken voor hun eigen kredietwaardigheidstoetsing, met als gevolg dat enkel de meest kredietwaardige consument terecht kan bij de platformen. Dit brengt enkel een concurrentievergroting tussen banken en P2PL-platformen teweeg, maar niet de beoogde verruiming van toegang tot krediet onder de groepen die door banken niet, althans in mindere mate, gefinancierd worden. Dergelijke hoge beschermingsmaatstaven kunnen derhalve ook voor consumenten negatieve consequenties met zich meebrengen.

### Er is echter onvoldoende zwaarte toegekend aan de specifieke karakteristieken van de bedrijfsmodellen en de rol die deze platformen (dienen te) vervullen in het financiële systeem

Als laatste zijn de bedrijfsmodellen niet gelijk te stellen met die van traditionele kredietverstrekkers, veelal omdat P2PL-platformen een tweezijdige markt voorzien. Zij dienen niet enkel het belang van de consument-geldvrager in acht te nemen, maar ook die van de geldverstrekkers. Daar moeten zij hun bedrijfsmodel op aanpassen. Daarnaast geeft de analyse van de bedrijfsmodellen weer dat de platformen veeleer gericht zijn op het uitoefenen van bemiddelende functies. In beginsel vereist een vergunningsplicht

40 EC, *Consumer Financial services Action Plan: Better Products, More Choice*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2017)139, 23 maart 2017. Beschikbaar op: [https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-financial-services-action-plan\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-financial-services-action-plan_en) (laatst geraadpleegd op 22 maart 2020), p. 8-9; EC, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, Commission Staff Working Document SWD(2016)154, 3 mei 2016. Beschikbaar op: [https://ec.europa.eu/info/publications/crowdfunding-eu-capital-markets-union\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/crowdfunding-eu-capital-markets-union_en) (laatst geraadpleegd op 22 maart 2020), p. 30-31; EC, *Unleashing the potential of Crowdfunding in the European Union*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2014)172, 27 maart 2014. Beschikbaar op: [https://ec.europa.eu/info/publications/communication-crowdfunding\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/communication-crowdfunding_en) (accessed October 18, 2018), p. 2, 11-12.

41 Art. 4:34 Wft.

ex art. 2:60 Wft namelijk dat de kredietaanbieder degene is die het geld naar de consument-geldvrager overmaakt, wat weer een teken vormt van het feit dat het traditionele kader de ontwikkeling van dergelijke bedrijfsmodellen belemmert en voornamelijk Model B-platformen in het kader van een traditionele kredietverstrekker drukt.<sup>42</sup>

Niettemin is enige overlap tussen de traditionele vorm van consumentenkredietverlening en P2PL onvermijdelijk. Beide vormen vervullen activiteiten op het gebied van consumentenkrediet en ongeacht het bedrijfsmodel fungeren de platformen – net als banken – als aanspreekpunt van de consument. Inherent aan P2PL is dat geldvragers niet op de hoogte zijn van de juridische hoedanigheid en persoonsgegevens van de geldverstrekkers, waardoor de rol van het platform niet gelijk kan worden gesteld aan dat van een financieel bemiddelaar. Mijns inziens vallen consumenten-P2PL-platformen tussen een kredietaanbieder en een kredietbemiddelaar in, dient het wettelijk kader rekening te houden met de verschillen tussen hen en traditionele financiële dienstverleners en doet het wettelijk kader dit thans onvoldoende.

## 5. Aanbevelingen voor de praktijk

Vóór de financiële crisis had de term ‘kredietaanbieder’ een eenduidige betekenis. Dit veranderde met de komst van onder andere P2PL-platformen. Duidelijk is dat deze platformen acteren binnen wettelijke kaders die niet zijn toegerust op de (nieuwe) bedrijfsmodellen. Daarnaast zijn P2PL-platformen niet één-op-één gelijk te stellen met traditionele kredietaanbieders. Nog los van de vraag of het op grond van de Richtlijn consumentenkrediet is toegestaan om alle platformen als aanbieder van krediet te reguleren, moet daarom aandacht worden geschonken aan de vraag of ze als zodanig gereguleerd zouden moeten worden.

### Losstaand van de vraag of alle platformen krachtens de Richtlijn consumentenkrediet mogen worden gereguleerd als kredietaanbieders, moet aandacht worden geschonken aan de vraag of ze als zodanig gereguleerd zouden moeten worden

Rekenschap dient te worden gegeven van de consequenties die de toepassing van een bestaand en zwaar wette-

42 Het Model B-platform in Nederland heeft een combinatievergunning voor niet enkel het aanbieden, adviseren en bemiddelen in consumptief krediet, maar tevens voor het adviseren en bemiddelen in betaalrekeningen en spaarrekeningen, evenals een ontheffing voor het bemiddelen in opvorderbaar geld, zie het Register Crowdfundingplatformen AFM (<https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/registers/vergunningenregisters/crowdfundingplatformen>, laatst bezocht op 22 maart 2020). Deze combinatie van diensten kan teweegbrengen dat niet via het Platform zelf het consumptief krediet wordt overgemaakt naar de geldvrager.

lijk kader, zoals dat van een kredietaanbieder, heeft voor de ontwikkeling van deze platformen en hun positie in de markt. Daarbij aansluitend moet men zich afvragen of de platformen onder het huidige regime ook hun doelstellingen (om de toegang tot krediet te vergroten) behalen. Kortom, P2PL-platformen hebben veel meer potentie dan zij door het huidig wettelijk kader kunnen laten zien. Wellicht is het tijd om deze platformen door middel van een alternatief

reguleringskader meer ruimte te geven, zodat ze hun potentie kunnen waarmaken.

#### Over de auteur

#### Mr. M.E. (Martha) Buit

Promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen, vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde en verbonden aan het Groningen Centre for European Financial Services Law.

### Ontdek het Tijdschrift FRP

Het vakblad Financieel Recht in de Praktijk (FRP) biedt altijd en overal overzicht over de Wft en is uitermate geschikt voor juristen en advocaten die te maken hebben met de Wft. De toonaangevende redactie van FRP overziet voor u het hele rechtsgebied, volgt wetgeving, jurisprudentie en literatuur op de voet én vertaalt de ontwikkelingen naar leesbare, verdiepende en concrete artikelen, die direct toepasbaar zijn in uw dagelijkse werkzaamheden. Voor slechts €29,- excl. btw heeft u al een proefabonnement.

[NAAR DE WEBSHOP](#)