

Belangwekkende arresten Hof van Justitie 2023 en 2024

mr. C. Wulf¹

Het Hof van Justitie heeft in 2023 en 2024 in totaal 768 arresten gepubliceerd, waarvan maar liefst 87 arresten (meer dan 10%) van bijzonder belang zijn voor de financiële sector.² In dit artikel bespreek ik van deze eerste selectie de meest opvallende arresten. Enkele van de geselecteerde arresten hebben betrekking op oneerlijke bedingen en oneerlijke handelspraktijken. Daarmee zijn deze arresten van brede betekenis voor de financiële sector. De overige uitspraken, met betrekking tot consumentenkrediet en betaaldienstverlening, hebben daarentegen specifieke implicaties voor financiële ondernemingen die deze diensten aanbieden.

1. Inleiding, rol Hof van Justitie

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) is de rechtsprekende instelling van de Unie en heeft als voornaamste taken: (i) het toetsen van de wettigheid van handelingen van de Unie en (ii) het verzekeren van een uniforme uitlegging en toepassing van het recht daarvan.³ Deze taken zijn van groot belang voor de financiële sector, nu deze sterk gereguleerd is via het Europees recht.

Diverse richtlijnen en verordeningen hebben rechtstreeks invloed op de financiële sector. Richtlijnen, zoals MiFID II (beleggingsdiensten), PSD2 (betaaldiensten) en de Richtlijn consumentenkrediet, zijn in nationale wetgeving geïmplementeerd, onder andere in de Wft.⁴ Daarnaast hebben verordeningen met directe werking, zoals MiCAR (cryptodiensten), DORA (digitale weerbaarheid) en de AVG (privacy), een groeiende impact op de financiële sector.⁵

Bij richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter gaat het erom de uitleg van het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de richtlijn. De richtlijnconforme uitleg van het nationale recht speelt zich dus af op nationaal niveau. Het is allereerst de nationale rechter die dit moet bewerkstelligen. Maar hij kan daarbij soms op de grens stuiten dat conformiteit naar nationaal recht niet mogelijk is.

Is de richtlijn over een bepaalde kwestie in een concreet geval niet duidelijk, dan moet de nationale rechter, wanneer deze in laatste instantie oordeelt, daarover een prejudiciële vraag stellen aan het HvJ

EU.⁶ Het HvJ EU verduidelijkte in 2021 dat artikel 267 VWEU zo moet worden uitgelegd dat de hoogste rechter vragen over de uitlegging van het Unierecht steeds moet voorleggen, tenzij (i) hij vaststelt dat een vraag niet relevant is, (ii) dat de betrokken bepaling van het Unierecht reeds door het HvJ EU is uitgelegd, of (iii) dat de uitlegging van het Unierecht zo evident is dat redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel kan bestaan.⁷ Dit stelt de nationale rechter in de gelegenheid om, alvorens uitspraak te doen, rekening te houden met de door het HvJ EU verkregen uitleg van het recht.

In het thans geldende stelsel baseert het HvJ EU de door hemzelf gecreëerde plicht tot richtlijnconforme interpretatie op artikel 288 lid 3 VWEU, en ook wel op het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4 lid 3 VEU.⁸ Sinds het arrest *Colson* uit 1984 geldt dat nationale rechters verplicht zijn om nationale wetgeving zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren, in lijn met het Unierecht.⁹ De plicht tot richtlijnconforme interpretatie bestaat ongeacht of de richtlijn tijdig en correct is geïmplementeerd dan wel dat dit (nog) niet, niet-tijdig of niet-correct is gebeurd.¹⁰ Deze zogenoemde '*Duty of Consistent Interpretation*' vormt een belangrijk mechanisme om de eenheid van het recht binnen de Unie te waarborgen. Dit betekent dat de nationale rechter de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet dient uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het Unierecht.

In dit artikel worden zeven arresten uit 2023 en 2024 besproken, die elk belangrijke implicaties hebben

1. Christian Wulf is knowhow manager bij Hart advocaten en buiten promovendus bij de Open Universiteit.
2. Via het zoekformulier op <https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=nl> gefilterd op: datumbereik, gepubliceerde arresten en HvJ als rechtsprekende formatie.
3. https://curia.europa.eu/jcms/jcms/fo2_7024/nl/, geraadpleegd op 4 februari 2025.
4. Respectievelijk: Richtlijn 2014/65/EU, Richtlijn (EU) 2015/2366, Richtlijn 2014/17/EU, Richtlijn (EU) 2016/97 en Richtlijn 87/102/EEG.

5. Verordening (EU) 2023/1114, Verordening (EU) 2022/2554 en Verordening (EU) 2016/679.
6. Artikel 267 VWEU.
7. HvJ EU 6 oktober 2021, nr. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 (*Consorzio*).
8. Vranken, Wereld van verschil (Mon. Pr. nr. 22) 2025, p. 109.
9. HvJ EG 10 april 1984, nr. C-14/83 (*Colson*).
10. Vranken, Wereld van verschil (Mon. Pr. nr. 22) 2025, p. 107.

voor de financiële sector. De volgorde van de bespreking is:

- i. Ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in de precontractuele fase;
- ii. Consumentenbegrip bij gemengde overeenkomsten;
- iii. Koppelverkoop en cognitieve vertekening;
- iv. Plicht tot verstrekken van documenten aan de consument;
- v. Sancties bij schending kredietwaardigheids-toets;
- vi. Buy now, pay later; en
- vii. Betaaldienstverlening en het verstrekken van gegevens van de begunstigde aan de betaler.

De bespreking is telkens opgebouwd uit drie onderdelen: het oordeel van het HvJ EU, de feiten van de zaak en een korte beschouwing over de impact van de uitspraak.

2. Ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen in de precontractuele fase¹¹

2.1. Oordeel

Het HvJ EU oordeelt dat nationale rechters bij de beoordeling of sprake is van een oneerlijk beding voortaan ook ambtshalve moeten toetsen of is voldaan aan de precontractuele informatieverplichtingen die op een financiële onderneming rusten. In eerdere arresten had het HVJ EU al vastgesteld dat nationale rechters ambtshalve moeten onderzoeken of een beding in een voorgelegde overeenkomst oneerlijk is. Met deze uitspraak wordt de reikwijdte van de ambtshalve toetsing uitgebreid naar de naleving van precontractuele informatieverplichtingen.

2.2. Feiten

De zaak betreft een consument die een verzekeringsovereenkomst had afgesloten met de Portugese verzekeraar Ocidental. Het ging om een betalingsbeschermingsverzekering: in geval van blijvende arbeidsongeschiktheid zou de verzekering uitkeren om een elders afgesloten lening af te lossen.

De consument raakte op enig moment blijvend arbeidsongeschikt, maar Ocidental weigerde tot uitkering over te gaan. De verzekeraar stelde dat de consument bij het afsluiten van de verzekering onjuiste informatie had verstrekt over zijn gezondheidstoestand.

De verwijzende rechter legde aan het HvJ EU de vraag voor of een verzekeraar verplicht is om een consument vóór het afsluiten van een verzekeringsovereenkomst in kennis te stellen van alle bedingen van deze overeenkomst, met inbegrip van bedingen die betrekking hebben op de (on)geldigheid van de overeenkomst en op de uitsluiting of beperking van de dekking van het verzekerde risico.

Het HvJ EU oordeelde dat een consument vóór het sluiten van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van de overeenkomst. Daarnaast moeten nationale rechters een beding buiten toepassing laten als de consument hiervan geen kennis heeft kunnen nemen in de precontractuele fase.¹²

2.3. Korte beschouwing

Sinds het *Océano*-arrest uit 2000 is het nationale rechters in algemene zin toegestaan om ambtshalve te toetsen of een beding in een overeenkomst oneerlijk is.¹³ In het *Pannon*-arrest uit 2009 werd dit uitgebreid tot een *verplichting*, mits de rechter beschikt over de noodzakelijke feitelijke en juridische gegevens.¹⁴ Blijkens een arrest uit 2010 omvat deze verplichting ook dat de rechter uit eigen beweging moet beoordelen of een beding onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.¹⁵ Dit betekent dat een nationale rechter ambtshalve moet onderzoeken of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, zodra hij over de vereiste gegevens beschikt.¹⁶ Indien de rechter een beding oneerlijk acht, laat hij het buiten toepassing, waardoor de financiële onderneming geen beroep meer kan doen op dat beding.

Het *Ocidental*-arrest zorgt opnieuw voor een belangrijke uitbreiding van de ambtshalve toetsing. De ambtshalve toetsing strekt zich nu namelijk ook uit tot de precontractuele fase. Dit houdt in dat de rechter niet alleen toetst of een beding oneerlijk is, maar ook of de consument vóór het aangaan van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van alle bedingen.¹⁷ Wanneer dit niet het geval is, is er naar het oordeel van het HvJ EU sprake van een gebrek aan transparantie. Dat gebrek aan transparantie leidt echter niet automatisch tot de conclusie dat een beding oneerlijk is. Daarna moet de vraag worden beoordeeld of het beding ook tot stand zou zijn gekomen indien het voorafgaand aan de overeenkomst volledig kenbaar was gemaakt aan de consument. Deze zogenaamde tweetrapstoets is vaste rechtspraak en benadrukt dat niet-transparantie slechts één aspect is bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding. De tweede stap richt zich

11. HvJ EU 20 april 2023, nr. C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311 (*Ocidental*).

12. Het is in dit geschil gelimiteerd tot een beding in een verzekeringsovereenkomst dat de dekking van het verzekerde risico uitsluit of beperkt.

13. HvJ EU 27 juni 2000, nr. C-240/98 tot en met C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*).

14. HvJ EU 4 juni 2009, nr. C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*).

15. HvJ EU 9 november 2010, nr. C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi Lizing*).

16. HvJ EU 4 juni 2009, nr. C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*), punt 32.

17. F.M.A. 't Hart, 'Ambtshalve toetsing', *FR* 2023/10.

op de vraag of er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de partijen.¹⁸

Het *Occidental*-arrest heeft al zijn sporen door de Nederlandse rechtspraak en geschillenbeslechting getrokken. Een voorbeeld hiervan is de ambtshalve toetsing door de Geschillencommissie van het Kifid.¹⁹ Deze commissie heeft ambtshalve geoordeeld dat het verstrekken van algemene voorwaarden via een hyperlink of door plaatsing in de persoonlijke digitale omgeving van de klant niet kwalificeert als informatieverstrekking via een duurzame drager.²⁰ De reden hiervoor is dat deze methoden niet waarborgen dat de financiële onderneming de voorwaarden niet eenzijdig kan wijzigen. Tegelijkertijd heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden in een recente uitspraak een tegenovergestelde conclusie getrokken.²¹ Beide instanties baseren hun oordelen echter op criteria die het HvJ EU in eerdere arresten heeft ontwikkeld.²² Een belangrijke recente ontwikkeling is dat de Rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen aan de Hoge Raad heeft gesteld over de duurzame drager.²³ De Commissie van Beroep van het Kifid heeft op 17 juni 2024 verduidelijkt dat aan de verplichting om ambtshalve te toetsen wel grenzen zijn.²⁴ In lijn met de Hoge Raad onderscheidt de Commissie van Beroep drie verschillende soorten informatieplichten: (i) informatieplichten waaraan de richtlijn bij niet-naleving ervan specifieke sancties verbindt; (ii) essentiële informatieplichten die van invloed zijn op de wilsvorming van de consument, en (iii) overige informatieplichten.²⁵

Voor de praktijk is de boodschap helder: de uitbreiding van de ambtshalve toetsing naar precontractuele informatie heeft verstreckende gevolgen. Deze verplichting leent zich niet goed voor herstel achteraf, wat financiële ondernemingen noodzaakt tot grotere zorgvuldigheid in hun precontractuele informatieverstrekking.

3. Consumentenbegrip bij gemengde overeenkomsten²⁶

3.1. Oordeel

Het HvJ EU oordeelt dat een natuurlijk persoon die deels beroepsmatig handelt, als consument kan worden aangemerkt indien 'het beroepsmatige oogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst'. Bij deze beoordeling moeten alle relevante omstandigheden van de

overeenkomst worden meegewogen, zowel kwantitatief als kwalitatief.

3.2. Feiten

Twee echtgenoten sloten een hypotheekovereenkomst af voor de aankoop van een woning. Eén van hen had een bestaande lening voor zijn beroepsmatige activiteiten. De kredietverstrekker stelde de voorwaarde voor de hypotheekverstrekking dat deze lening zou worden afgelost. Hierdoor werd twee derde van de verstrekte hypotheek gebruikt voor de aankoop van de woning, terwijl één derde werd aangewend voor de aflossing van de zakelijke lening.

De kredietnemers stapten enige tijd later naar de nationale rechter met het verzoek om bepaalde bedingen in de hypotheekovereenkomst als oneerlijk aan te merken. Dit zou kunnen leiden tot restitutie van reeds betaalde bedragen door de kredietverstrekker. De verwijzende rechter had twijfels over de interpretatie van het begrip '*consument*' in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen, met name in de context van een zogenaamde 'gemengde' overeenkomst, waarin zowel zakelijke als persoonlijke doeleinden een rol spelen.

De rechter verzocht het HvJ EU om duidelijkheid over de vraag of een persoon die in de uitoefening van een beroepsmatige activiteit handelt, maar samen met een andere kredietnemer - die niet beroepsmatig handelt - een kredietovereenkomst aangaat, als consument kan worden aangemerkt. Daarnaast vroeg de rechter of een dergelijke persoon als consument kan worden beschouwd wanneer het beroepsmatige oogmerk binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst.

Het HvJ EU verklaarde dat een natuurlijk persoon die deels beroepsmatig handelt, als consument kan worden aangemerkt, 'als het handelsoogmerk zo beperkt is dat dit oogmerk binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst'.

3.3. Korte beschouwing

De juridische kwalificatie van de positie van een contractpartij in gemengde overeenkomsten is voor het eerst behandeld door het HvJ EU in het *Gruber*-arrest uit 2005.²⁷ In dit arrest beantwoordde het HvJ EU de vraag of een zogenoemde 'gemengde' overeenkomst als een door een consument gesloten overeenkomst

18. F.M.A. 't Hart, 'Ambtshalve toetsing', *FR* 2023/10.

19. Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0988.

20. Twee recente voorbeelden hiervan zijn: Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0641 en Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0988.

21. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6867.

22. HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419 (*Content Services*) en HvJ EU 25 januari 2017, nr. C-375/15, ECLI:EU:C:2017:38 (*BAWAG*).

23. Rb. Amsterdam 25 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6633.

24. Uitspraak Commissie van Beroep Kifid nr. 2024-0041.

25. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (Arvato I). Zie voor een nadere duiding M.L. Hendrikse en P. van Haastrecht-van Kuilenburg, 'Ambtshalve toetsing en de gevolgen voor de verzekeringspraktijk', *NTHR* 2025-1.

26. HvJ EU 8 juni 2023, nr. C-570/21, ECLI:EU:C:2023:456 (*I.S. en K.S. / YYY. (Begrip „consument”)*).

27. HvJ EG 20 januari 2005, nr. C 464/01, ECLI:EU:C:2005:32 (*Gruber*).

in de zin van het Executieverdrag moet worden aangemerkt. Het HvJ EU oordeelde dat een persoon die een overeenkomst sluit betreffende een goed dat zowel voor beroepsmatig als voor niet-beroepsmatig gebruik is bestemd, zich niet kan beroepen op de bijzondere bevoegdheidsregels van het Executieverdrag. Een uitzondering geldt echter indien het beroepsmatige gebruik zodanig marginaal is dat het, binnen de globale context van de overeenkomst, als onbetekenend kan worden beschouwd.

Het *Costea*-arrest had in 2015 verduidelijkt dat het begrip consument binnen de Richtlijn oneerlijke bedingen afhangt van het doel van de overeenkomst en niet per se van de hoedanigheid van de contractpartijen.²⁸ Een persoon wordt als consument beschouwd wanneer het gebruik van de overeenkomst buiten diens beroepsmatige activiteit valt.²⁹ De nationale rechter moet dit begrip toepassen om vast te stellen of een persoon aanspraak kan maken op de bescherming tegen oneerlijke bedingen.

De kwalificatie van een natuurlijk persoon als consument heeft aanzienlijke implicaties voor de toepasselijkheid van publiek- en privaatrechtelijke gedragsregels. Binnen het publiekrecht wordt de reikwijdte van gedragsregels, zoals vastgelegd in de Wft, vaak bepaald door de vraag of de afnemer van een financiële dienst of product als consument kan worden aangemerkt. De civielrechtelijke zorgplicht kan leiden tot een vergelijkbaar beschermingsniveau, zelfs voor niet-consumenten. Een voorbeeld hiervan is het *Yin Yang*-arrest van de Hoge Raad, waarin werd geoordeeld dat de civiele zorgplicht toegang tot een betaalrekening waarborgt, ook voor een mkb-onderneming.³⁰

In de praktijk bestaat een grijs gebied rond het consumentenbegrip, vooral in het geval van zogenaamde gemengde overeenkomsten. Het consumentenbegrip kent geen uniforme definitie in het Unierecht en varieert afhankelijk van de doelstelling van de betrokken regelgeving. Het begrip wordt doorgaans geïnterpreteerd vanuit de gedachte dat consumenten bescherming verdienen vanwege een zwakkere positie, die voortvloeit uit informatie-asymmetrie en een ongelijke onderhandelingspositie.³¹

In het hier besproken arrest biedt het HvJ EU twee mogelijke benaderingen:

1. Consument binnen de kredietovereenkomst: Wanneer de beroepsmatige doeleinden in de globale context van de kredietovereenkomst niet overheersen, kan de persoon als consument worden aangemerkt.
2. Bedrijfsmatige doeleinden binnen de kredietovereenkomst: Wanneer de beroepsmatige doeleinden niet marginaal zijn, valt de per-

soon niet onder de definitie van een consument. Deze interpretatie sluit aan bij het *Gruber*-arrest, waarin werd geoordeeld dat een gemengde overeenkomst niet als consumentenovereenkomst kan worden beschouwd, tenzij het beroepsmatige gebruik verwaarloosbaar is.³²

In dit arrest gaat het om een zogenaamde 'gemengde' overeenkomst. Gemengde overeenkomsten zijn overeenkomsten die deels worden gesloten voor doeleinden binnen de beroepsactiviteit van de contractpartij en deels voor persoonlijke doeleinden. Het HvJ EU oordeelde dat de definitie van het begrip 'consument' uit het *Gruber*-arrest niet naar analogie kan worden toegepast op het begrip 'consument' zoals bedoeld in de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Het Hof onderbouwde dit standpunt als volgt: (i) artikel 2 sub b van de Richtlijn oneerlijke bedingen moet niet strikt worden uitgelegd; en (ii) het *Gruber*-arrest heeft betrekking op procesrechtelijke bevoegdheidsregels in het kader van het Executieverdrag.³³

Het HvJ EU oordeelde dat een persoon die een kredietovereenkomst heeft gesloten voor gebruik dat deels verband houdt met zijn beroepsactiviteit, onder het begrip 'consument' kan vallen. Deze uitspraak benadrukt het belang van een contextuele beoordeling bij gemengde overeenkomsten. Zowel de aard van het gebruik als het handelsoogmerk van de overeenkomst spelen hierbij een belangrijke rol. Dit onderscheid is van belang voor de bescherming die consumenten wordt geboden onder richtlijnen zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen.

In tegenstelling tot het *Gruber*-arrest, dat betrekking heeft op het procesrecht, benadrukt het HvJ EU dat de Richtlijn oneerlijke bedingen gericht is op consumentenbescherming. Hierdoor wordt artikel 2(b) van deze richtlijn niet strikt uitgelegd. Het HvJ EU wijst erop dat de bescherming die de richtlijn biedt, afhankelijk is van de globale context van de overeenkomst en het handelsoogmerk. Dit houdt in dat een persoon die een kredietovereenkomst deels voor beroepsmatige doeleinden sluit, toch als consument kan worden beschouwd als het beroepsmatige oogmerk niet overheersend is.

Deze uitspraak benadrukt dat het consumentenbegrip binnen de Richtlijn oneerlijke bedingen ruimer moet worden geïnterpreteerd dan in procesrechtelijke contexten. Het handelsoogmerk is hierbij doorslaggevend, wat betekent dat rechters de feitelijke omstandigheden van elke overeenkomst zorgvuldig moeten analyseren. Dit biedt consumenten een bredere toegang tot de bescherming tegen oneerlijke

28. HvJ EU 3 september 2015, nr. C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*), punt 17.

29. HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek*), punt 30.

30. HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

31. HvJ EU 15 december 2022, nr. C-570/21, ECLI:EU:C:2022:1002 (*I.S. en K.S. / YYY. (Begrip „consument”)*), punt 33.

32. HvJ EG 20 januari 2005, nr. C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32 (*Gruber*).

33. HvJ EU 8 juni 2023, nr. C-570/21, ECLI:EU:C:2023:456 (*I.S. en K.S. / YYY. (Begrip „consument”)*), punt 51.

bedingen, terwijl financiële instellingen hun informatieverstrekking en contractvoorwaarden mogelijk moeten aanpassen om aan deze ruimere interpretatie te voldoen.

Voor de juridische praktijk vormt dit arrest een belangrijke (her)bevestiging van de flexibiliteit van het consumentenbegrip binnen het Unierecht en de noodzaak om specifieke omstandigheden van een overeenkomst in ogenschouw te nemen. Dit zal naar mijn oordeel leiden tot een (nog) meer genuanceerde toepassing van zowel publiek- als privaatrechtelijke regels in gemengde overeenkomsten.

4. Koppelverkoop en cognitieve vertekening³⁴

4.1. Oordeel

Het HvJ EU oordeelt als volgt:

Het begrip *'gemiddelde consument'* in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn OHP) moet worden gedefinieerd als een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende consument. Dit sluit echter niet uit dat de besluitvorming van een consument kan zijn beïnvloed door vormen van dwang, zoals cognitieve vertekeningen.

De handelspraktijk waarbij aan consumenten gelijktijdig een persoonlijke lening en een niet met die lening verwant verzekeringsproduct worden aangeboden, is niet per definitie agressief of oneerlijk in de zin van de Richtlijn OHP.

De Richtlijn OHP verzet zich niet tegen nationale maatregelen die een nationale autoriteit de bevoegdheid geven om, zodra is vastgesteld dat een handelspraktijk als *'agressief'* of meer algemeen als *'oneerlijk'* wordt aangemerkt, de betrokken handelaar te verplichten een redelijke bedenktijd aan de consument te bieden. Dit geldt tenzij er alternatieve maatregelen bestaan die de vrijheid van ondernemerschap minder ingrijpend beperken en tegelijkertijd even doeltreffend zijn om de agressieve of oneerlijke praktijk te beëindigen.

De Richtlijn verzekeringsdistributie verzet zich er niet tegen dat een nationale autoriteit een handelaar, wiens handelspraktijk als *'agressief'* of *'oneerlijk'* is aangemerkt, verplicht een redelijke bedenktijd in te stellen tussen de ondertekening van de betrokken overeenkomsten.

4.2. Feiten

Tussen 2015 en 2018 bood Compass Banca haar klanten verschillende persoonlijke leningen aan, in combinatie met verzekeringsproducten die bepaalde risico's dekten maar niet noodzakelijkerwijs verband hielden met de lening. Hoewel het afsluiten van een verzekering geen voorwaarde was voor de toekenning van een lening, werd de verzekering toch in combinatie met de lening aangeboden.

In september 2018 startte de Italiaanse mededingings- en marktautoriteit een onderzoek naar de handelspraktijken van Compass Banca om vast te stellen of deze praktijken als *'oneerlijk'* konden worden aangemerkt in de zin van Richtlijn OHP. De mededingings- en marktautoriteit oordeelde dat Compass Banca een *'agressieve'* en daarmee *'oneerlijke'* handelspraktijk had toegepast. Deze praktijk bestond uit de verplichte combinatie van persoonlijke leningen met niet daaraan verwante verzekeringsproducten. De autoriteit verbood Compass Banca deze praktijk voort te zetten en legde haar een geldboete op. Compass Banca stelde tegen dit besluit beroep in bij de bestuursrechter in eerste aanleg, maar dit beroep werd verworpen. Vervolgens ging Compass Banca in hoger beroep bij de hoogste bestuursrechter.

De hoogste bestuursrechter en tevens verwijzende rechter in dit geschil stelde daarbij drie vragen:

1. In hoeverre houdt het begrip *'gemiddelde consument'* in de zin van Richtlijn OHP rekening met de theorie van de *'beperkte rationaliteit'*?
2. Moet de praktijk waarbij commerciële aanbiedingen voor een leningsovereenkomst en een verzekeringsproduct zodanig worden *'geframed'*³⁵ dat consumenten de indruk krijgen dat de verstrekking van de lening afhankelijk is van het afsluiten van een verzekering, worden aangemerkt als een *'agressieve'* en daarmee *'oneerlijke'* handelspraktijk in de zin van Richtlijn OHP?
3. Verzet de Richtlijn verzekeringsdistributie zich tegen het verbod dat de Italiaanse mededingings- en marktautoriteit aan Compass Banca heeft opgelegd?

4.3. Korte beschouwing

In deze beschouwing richt ik mij op het begrip *'gemiddelde consument'* en de mate van beïnvloeding door zogenoemde cognitieve vertekeningen.

Allereerst is het van belang vast te stellen dat het de taak is van het HvJ EU om de nationale rechter van een bruikbaar antwoord te voorzien. Daartoe kan het HvJ EU een voorgelegde prejudiciële vraag,

34. HvJ EU 14 november 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957 (*Compass Banca*).

35. Geframed betekent in deze context: de wijze waarop de informatie door de handelaar aan de consument wordt gepresenteerd.

36. HvJ EU 8 september 2022, C 399/21, ECLI:EU:C:2022:648 (*IRnova*), punt 22.

indien nodig, herformuleren.³⁶ In dit geval heeft het HvJ EU de eerste vraag herformuleerd tot de volgende kernvraag: of bij de uitleg van het begrip ‘*gemiddelde consument*’ in de zin van de richtlijn OHP niet enkel moet worden uitgegaan van de ‘*homo economicus*’, maar eveneens van de theorie van ‘*beperkte rationaliteit*’.

In de context van het onderliggende geschil rijst concreet de vraag of de richtlijn OHP aldus moet worden uitgelegd dat het begrip ‘*gemiddelde consument*’ niet alleen wordt gedefinieerd als een consument die normaal geïnformeerd, redelijk omzichtig en oplettend is, maar dat tevens rekening moet worden gehouden met het feit dat de besluitvaardigheid van een individu kan worden verstoord door vormen van dwang, zoals cognitieve vertekeningen.³⁷

Vooropgesteld zij dat de richtlijn OHP streeft naar een hoog niveau van consumentenbescherming.³⁸ Het doel van deze richtlijn is consumenten te beschermen tegen de gevolgen van oneerlijke handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van hun beslissingen inzake transacties met betrekking tot producten.³⁹ In de richtlijn worden tevens handelspraktijken genoemd die invloed uitoefenen op de beslissingen van consumenten.

Met betrekking tot de interpretatie van het begrip ‘*gemiddelde consument*’ volgt uit overweging 18 van de richtlijn OHP dat, hoewel alle consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken moeten worden beschermd, het HvJ EU in zaken betreffende reclamekwetsies heeft geoordeeld dat moet worden nagegaan wat de gevolgen zijn van handelspraktijken voor de ‘*fictieve doorsneeconsument*’.⁴⁰

Het HvJ EU heeft eerder, in de context van de richtlijn betreffende oneerlijke bedingen, geoordeeld dat de verwijzing naar de ‘*gemiddelde consument*’ een objectief criterium vormt.⁴¹ Het begrip ‘*gemiddelde consument*’ staat los van de concrete kennis waarover de persoon beschikt of van de informatie waarover die persoon feitelijk beschikt. Hoewel de ‘*gemiddelde consument*’ verondersteld wordt ‘*normaal geïnformeerd*’ te zijn, kan zijn economisch gedrag toch worden verstoord indien hij niet over alle relevante informatie beschikt.

De ‘*gemiddelde consument*’ wordt daarnaast geacht ‘*redelijk omzichtig en oplettend*’ te zijn. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met de invloed

die cognitieve vertekeningen kunnen hebben. Dit vereist wel dat wordt aangetoond dat een dergelijke vertekening een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende persoon in zodanige mate kan beïnvloeden dat diens gedrag wezenlijk wordt verstoord.⁴² Reeds in 2013 heeft het HvJ EU bevestigd dat de ‘*gemiddelde consument*’ kan worden misleid indien hij zijn commerciële keuzes niet met kennis van zaken of effectief kan maken.⁴³ Het HvJ EU heeft eveneens bevestigd dat rekening moet worden gehouden met het aandachtsniveau van de ‘*gemiddelde consument*’, welk niveau overigens kan variëren afhankelijk van het soort product of dienst.⁴⁴

Het HvJ EU concludeert uiteindelijk dat de besluitvaardigheid van een consument kan worden aangetaast door vormen van dwang, zoals cognitieve vertekeningen. Dit betekent echter niet dat elk risico van cognitieve vertekening automatisch leidt tot wezenlijke verstoring van het gedrag van de fictieve consument. Slechts indien, gelet op de omstandigheden van het geval, de instemming van een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende persoon zodanig wordt beïnvloed dat diens gedrag wezenlijk verandert, is hiervan sprake. Het is aan de nationale rechter om vast te stellen wat de typische reactie van de ‘*gemiddelde consument*’ in een bepaald geval is.⁴⁵

Interessant aan dit geschil is dat steeds meer afstand wordt genomen van het klassieke beeld van de ‘*homo economicus*’.⁴⁶ Het concept van de ‘*gemiddelde consument*’ lijkt echter nog steeds gebaseerd op het uitgangspunt van de ‘*homo economicus*’, wat impliceert dat de consument verondersteld wordt rationeel te handelen.⁴⁷ Overigens is deze term nooit door het HvJ EU gebruikt en komt deze evenmin voor in de OHP-richtlijn. Indien het principe van de ‘*homo economicus*’ wordt gevolgd, is deze fictieve ‘*gemiddelde consument*’ veel rationeler dan de daadwerkelijke gemiddelde consument.⁴⁸ Busch stelt hierover dat de altijd rationeel handelende ‘*homo economicus*’ een fictie is.⁴⁹

Een ander belangrijk concept waarmee rekening moet worden gehouden, is de zogenoemde ‘*beperkte rationaliteit*’ van mensen. Dit impliceert uiteraard niet dat mensen irrationeel of onwetend zijn. De theorie van de ‘*beperkte rationaliteit*’ stelt dat mensen (i) over het algemeen beperkt zijn in hun vermogen om complexe informatie te verwerken en (ii) niet altijd

37. HvJ EU 14 november 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957 (*Compass Banca*), punt 43.

38. Overwegingen 7, 11, 13 en 14 richtlijn OHP.

39. Overweging 7 richtlijn OHP.

40. Dit is sinds de inwerkingtreding van richtlijn 84/450/EEG.

41. HvJ EU 14 november 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957 (*Compass Banca*), punt 48.

42. HvJ EU 14 november 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957 (*Compass Banca*), punt 53.

43. HvJ EU 19 december 2013, C 281/12, ECLI:EU:C:2013:859 (*Trento Sviluppo en Centrale Adriatica*), punten 34 en 38.

44. HvJ EU 22 juni 1999, C 342/97, ECLI:EU:C:1999:323 (*Lloyd Schuhfabrik Meyer*), punten 25 en 26.

45. HvJ EU 26 oktober 2016, C 611/14, ECLI:EU:C:2016:800 (*Canal Digital Danmark*), punt 39.

46. Zie in verband met dit begrip onder andere: Siciliani, P., Riefa, C., en Gamper, H., *Consumer Theories of Harm – An Economic Approach to Consumer Law Enforcement and Policy Making*, 1e druk, Hart Publishing, 2019, blz. 25.

47. Dit is af te leiden uit het begrip ‘*gemiddelde consument*’ uit overweging 18 richtlijn OHP.

48. J. Trzaskowski, ‘Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive’, *J Consum Policy* (2011) 34:377–392.

49. Busch e.a., *Zorgplicht in de financiële sector* (O&R nr. 122) 2020/1.4.

alle beschikbare informatie in aanmerking nemen, zelfs wanneer deze hen is verstrekt.

De conclusie is dat het concept van de 'gemiddelde consument' niet gelijk staat aan een volledig rationele, alwetende persoon. Reële gedragsfactoren en cognitieve beperkingen moeten worden meegewogen bij de beoordeling van een mogelijke misleiding of oneerlijke praktijk. Doordat de richtlijn OHP een zo hoog mogelijke mate van consumentenbescherming beoogt, kunnen marketingmethoden die sterk inspelen op psychologische zwakheden als oneerlijk worden aangemerkt. Ondernemingen en marketeers moeten transparantie betrachten en opletten bij het (online) verleiden van consumenten, zeker wanneer geavanceerde technieken of data-analyse worden gebruikt om beslissingsprocessen te beïnvloeden. Naar mijn oordeel blijft de lat voor consumentenbescherming stijgen en dit heeft als gevolg dat toezichthouders en rechtbanken steeds kritischer zullen kijken naar subtiele vormen van misleiding of manipulatie.

5. Plicht tot verstrekken van documenten aan de consument⁵⁰

5.1. Oordeel

De bank is verplicht een kopie van de kredietovereenkomst aan de consument te verstrekken, evenals aanvullende informatie over de aflossing van het krediet die niet in de overeenkomst zelf is opgenomen. Deze verplichtingen zijn noodzakelijk zodat de consument kan nagaan of de berekening van het te betalen bedrag na verlaging van de totale kredietkosten door vervroegde aflossing correct is. Bovendien stelt deze informatie de consument in staat om, indien nodig, een vordering tot terugbetaling van het verschuldigde bedrag in te stellen.

5.2. Feiten

Het geschil betreft consumentenkredietovereenkomsten die zijn gesloten tussen een bank en zes consumenten. Deze consumenten hebben hun krediet vervroegd afgelost, wat heeft geleid tot vorderingen op de bank vanwege de verlaging van de totale kredietkosten. De consumenten hebben de vorderingen overgedragen aan een derde partij.

De consumenten beschikken echter niet meer over kopieën van hun kredietovereenkomsten en hebben deze daardoor niet aan deze derde partij kunnen overhandigen. Deze derde heeft vervolgens bij de rechter in eerste aanleg een vordering ingesteld om kopieën van de kredietovereenkomsten en de bijbehorende documenten te verkrijgen. De verwijzende

rechter vraagt zich af of artikel 16 van de Richtlijn consumentenkrediet consumenten een recht geeft om dergelijke documenten op te vragen.

5.3. Korte beschouwing

Artikel 16 van de Richtlijn consumentenkrediet is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 7:68 lid 1 BW en heeft betrekking op vervroegde aflossing. De letterlijke bewoording van artikel 16 lid 1 van de richtlijn geeft echter geen expliciete verplichting voor de kredietverstrekker om een kopie van de overeenkomst te verstrekken wanneer deze verloren is gegaan.

In dit geschil heeft de verwijzende rechter de vraag voorgelegd of artikel 16, in samenhang met het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel, consumenten het recht geeft om een kopie van de consumentenkredietovereenkomst of andere relevante documenten op te vragen.

Het HvJ EU heeft al eerder geoordeeld dat de omstandigheid dat het geschil wordt gevoerd tussen een derde partij (de cessionaris van de vorderingen) en de bank, geen afbreuk doet aan de toepassing van de Richtlijn consumentenkrediet. Volgens de richtlijn hangt de werkingssfeer namelijk niet af van de identiteit van de partijen bij het geschil, maar van de hoedanigheid van de partijen bij de kredietovereenkomst.⁵¹ In dit geval zijn de vorderingen ontstaan uit overeenkomsten tussen consumenten en de bank, waardoor de richtlijn van toepassing blijft.

Bij de interpretatie van een Unierechtelijke bepaling, zoals artikel 16, moet bovendien niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen, maar ook met: (i) de context van de bepaling; en (ii) de doelstellingen van de regeling noemen.⁵²

De doelstelling van de Richtlijn consumentenkrediet, zoals vastgesteld in de rechtspraak van het HvJ EU, is het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming. Dit is gebaseerd op de veronderstelling dat de consument zich in een zwakkere onderhandelingspositie bevindt en doorgaans minder informatie heeft dan de kredietverstrekker.⁵³ Om die reden moet de consument kunnen beschikken over alle relevante informatie inzake de kredietkosten, zodat hij deze kan verifiëren, met name bij een beroep op het recht op verlaging van de totale kosten. In het licht van deze beschermingsgedachte neemt het HvJ EU in dit geschil een plicht tot verstrekking van documenten, zoals kopieën van de kredietovereenkomst, aan.

Indien het HvJ EU een informatieverstrekkings-

50. HvJ EU 12 oktober 2023, nr. C-326/22, ECLI:EU:C:2023:775 (Z. / A. (Recht om een kopie van de kredietovereenkomst te ontvangen)).

51. HvJ EU 11 september 2019, nr. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702 (Lexitor), punt 20.

52. HvJ EU 11 september 2019, nr. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702 (Lexitor) en HvJ EU 22 december 2022, nr. C-332/21, ECLI:EU:C:2022:1031 (Quadrant Amroq Beverages).

53. HvJ EU 11 september 2019, nr. C-383/18, ECLI:EU:C:2019:702 (Lexitor).

plicht aanneemt, kunnen daar indirect ook eisen uit voortvloeien voor de inhoud van de overeenkomst. Als de overeenkomst onvoldoende duidelijkheid biedt welke kosten in rekening mogen worden gebracht en in welke omvang, kan dit leiden tot de vraag of dergelijke kosten überhaupt verschuldigd zijn. Het HvJ EU lijkt een verplichting tot verstrekking van documenten te ondersteunen in het licht van het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel. Deze verplichting draagt niet alleen bij aan de bescherming van consumentenrechten, maar kan ook indirect normen stellen aan de transparantie en duidelijkheid van kredietovereenkomsten.

Het belang voor de praktijk is dat een kredietgever zich niet kan onttrekken aan consumentenbeschermende regels door te stellen dat de vordering is overgedragen aan een derde. Hoewel de richtlijn niet expliciet eist dat een kopie wordt verstrekt, kan zo'n verplichting voortvloeien uit de beschermingsgedachte en het doeltreffendheidsbeginsel. Dit versterkt de positie van de consument, die immers bewijsstukken nodig heeft om (extra) kosten te kunnen aanvechten of controleren. Tot slot, het is voor kredietgevers van belang om contracten helder te formuleren, zeker als het gaat om kostenstructuren bij vervroegde aflossing. Ontbreekt deze duidelijkheid, dan bestaat het risico dat kosten worden gematigd of zelfs geheel komen te vervallen.

6. Sancties bij schending kredietwaardigheidsstoets⁵⁴

6.1. Oordeel

De Richtlijn Consumentenkrediet verzet zich er niet tegen dat een kredietgever wordt geconfronteerd met een sanctie wanneer deze zijn verplichting om de kredietwaardigheid van de consument te beoordelen niet is nagekomen, zelfs als (i) de kredietovereenkomst volledig is uitgevoerd door de consument en (ii) de consument geen nadelige gevolgen heeft ondervonden van de niet-nakoming.

6.2. Feiten

Een consument sloot een kredietovereenkomst voor een bedrag van ongeveer € 2.000. Voorafgaand aan het afsluiten van deze overeenkomst verstrekte de consument informatie over zijn persoonlijke en financiële situatie. Na het afsluiten van het krediet betaalde de consument in totaal € 3.500, inclusief nevenkosten.

De consument droeg zijn eventuele vordering voortvloeiend uit de kredietovereenkomst over aan een vennootschap. Deze vordering is gebaseerd op een verplichting tot terugbetaling die voortvloeit uit de

ontbinding van de kredietovereenkomst. De vennootschap aan wie de consument zijn vordering heeft overgedragen, stelde dat de kredietovereenkomst nietig was, omdat de kredietgever zijn verplichting om de kredietwaardigheid van de consument te beoordelen niet was nagekomen. Daarbij vorderde de vennootschap een bedrag gelijk aan het verschil tussen de hoofdsom van het krediet en het totaal door de consument betaalde bedrag, vermeerderd met wettelijke vertragsrente. De kredietgever betwistte deze vordering en stelde dat de kredietwaardigheid van de consument afdoende was beoordeeld.

De verwijzende rechter vroeg zich af of volgens de Richtlijn consumentenkrediet een sanctie aan de kredietgever kan worden opgelegd indien de kredietwaardigheid van de consument vóór het sluiten van de kredietovereenkomst niet of ontoereikend is beoordeeld maar deze schending uiteindelijk geen nadelige gevolgen heeft gehad voor de consument.

6.3. Korte beschouwing

Het HvJ EU acht het niet bezwaarlijk dat de verzoeker in deze zaak een vennootschap is en geen consument, zoals hiervoor ook bij de bespreking van het arrest *Z. / A. (Recht om een kopie van de kredietovereenkomst te ontvangen)* is vermeld. Uit het *Lexitor*-arrest volgt immers dat de werkingssfeer van de betreffende richtlijn niet afhangt van de identiteit van de partijen bij het geschil, maar van hun hoedanigheid binnen de kredietovereenkomst.⁵⁵ Doorslaggevend is derhalve dat de kredietovereenkomst is gesloten met een consument. Het verweer van de kredietgever, die stelde dat de regels inzake consumentenbescherming niet van toepassing zijn omdat de vordering niet langer aan een consument toebehoort, faalt ook hier.

Artikel 8 van de Richtlijn consumentenkrediet (omgezet in artikel 4:34 Wft) verplicht de kredietgever om de kredietwaardigheid van de consument te toetsen. Uit de letterlijke tekst van artikel 8 van de richtlijn volgt dat de kredietwaardigheidstoets vóór het sluiten van de kredietovereenkomst moet plaatsvinden, hetgeen bevestigt dat deze toetsing een precontractuele verplichting is. Dit is eerder reeds vastgesteld door het HvJ EU in 2014.⁵⁶

De verwijzende rechter heeft aan het HvJ EU de vraag voorgelegd of een schending van deze verplichting kan worden hersteld door de volledige uitvoering van de kredietovereenkomst. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het belang dat bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen de bewoordingen in acht moeten worden genomen,

54. HvJ EU 11 januari 2024, C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10 (*Nárokuj*).

55. HvJ EU 11 september 2019, C 383/18, EU:C:2019:702 (*Lexitor*), punt 20.

56. HvJ EU 18 december 2014, C 449/13, ECLI:EU:C:2014:2464 (*CA Consumer Finance*), punt 45

maar ook de context en de doelstellingen van de regeling.⁵⁷

De Richtlijn consumentenkrediet biedt lidstaten de mogelijkheid om sancties vast te stellen bij schending van de daarin opgenomen verplichtingen.⁵⁸ De centrale vraag in deze zaak is of een schending van de kredietwaardigheidstoets kan worden geacht als het ware te zijn 'hersteld' door de volledige uitvoering van de kredietovereenkomst. Voordat deze vraag wordt beantwoord, is het van belang vast te stellen dat de richtlijn niet voorschrijft hoe de kredietwaardigheidstoets exact moet worden uitgevoerd.⁵⁹ Ook welke concrete verplichtingen hieruit voortvloeien voor de kredietgever zijn niet door de richtlijn voorgeschreven.⁶⁰

Daarnaast moeten de doelstellingen van de richtlijn in ogenschouw worden genomen. De richtlijn beoogt een volledige harmonisatie teneinde een hoog niveau van consumentenbescherming binnen de Europese Unie te waarborgen en een goed functionerende interne markt voor consumentenkrediet te bevorderen.⁶¹ Volgens vaste rechtspraak strekt artikel 8 ertoe consumenten te beschermen tegen bovenmatige schuldenlast en insolventie.⁶² Tegelijkertijd legt de richtlijn kredietgevers verantwoordelijkheid op en poogt zij te voorkomen dat leningen worden verstrekt aan niet-kredietwaardige consumenten.⁶³ Dit betekent dat op de kredietgever de verplichting rust om het risico op overmatige schuldenlast of insolventie te voorkomen, waarbij het van belang is dat dergelijke financiële gevolgen van een kredietovereenkomst zich ook kunnen voordoen *nadat* het krediet volledig is afgelost.

Wat betreft de sanctieregeling geldt dat de sancties bij inbreuken op de kredietwaardigheidstoets doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn.⁶⁴ Lidstaten hebben binnen deze kaders beleidsvrijheid bij de keuze van sancties.⁶⁵ De zwaarte daarvan moet wel in verhouding staan tot de ernst van de inbreuk.⁶⁶ Het HvJ EU heeft eerder geoordeeld dat een sanctie, inhoudende dat de kredietgever bij schending van de kredietwaardigheidstoets geen aanspraak meer heeft op de overeengekomen rente, in verhouding lijkt te staan tot de ernst van de inbreuk.⁶⁷

De verwijzende rechter, de kredietgever en de Europese Commissie zijn van oordeel dat, indien een kre-

dietovereenkomst volledig is uitgevoerd zonder nadelige gevolgen voor de consument, een sanctie die nietigheid van de overeenkomst impliceert, onevenredig zou zijn. Het HvJ EU merkt hierover op als een dergelijke sanctie afhankelijk zou zijn van het kunnen aantonen van nadelige gevolgen voor de consument, kredietgevers ertoe zou kunnen aanzetten hun verplichtingen niet na te komen.⁶⁸ Tegelijkertijd erkent het HvJ EU dat een dergelijke sanctie ernstige gevolgen kan hebben voor de kredietgever, maar dat dit op zichzelf niet betekent dat deze gevolgen onevenredig zijn ten opzichte van de doelstellingen van artikel 8 van de richtlijn.

Het belang voor de praktijk is (ook hier) erin gelegen dat kredietgevers zich niet aan consumentenbeschermende regels kunnen onttrekken door te stellen dat de vordering is overgedragen aan een niet-consument. Verder is het van belang te realiseren dat de richtlijn consumentenkrediet niet voorschrijft hoe de kredietwaardigheidstoets exact moet worden uitgevoerd, maar wel dat deze grondig en zorgvuldig moet gebeuren, en moet plaatsvinden vóór de ondertekening van de kredietovereenkomst. Bovendien is het goed te beseffen dat ook al is een lening volledig afgelost zonder directe schade voor de consument, dan nog kan een strenge sanctie (zoals nietigheid) niet per definitie uitgesloten worden. Dat een maatregel ingrijpend is, maakt deze niet automatisch onevenredig. Het HvJ EU heeft in deze uitspraak benadrukt dat strenge sancties moeten dienen als prikkel voor kredietgevers om de kredietwaardigheidstoets serieus uit te voeren.

7. Buy now, pay later⁶⁹

7.1. Oordeel

Volgens het HvJ EU moet artikel 2 lid 2 onder f van de Richtlijn consumentenkrediet zo worden uitgelegd dat verdragingsrente en buitengerechtelijke incassokosten die een consument moet betalen bij het niet of niet tijdig nakomen van een kredietovereenkomst, in principe niet vallen onder de begrippen '*rente*' en '*andere kosten*' in de zin van deze bepaling. Daarbij is het niet van belang of deze kosten wettelijk of contractueel zijn vastgesteld.

Een uitzondering hierop geldt wanneer de kredietge-

57. HvJ EU 8 juni 2023, C 570/21, ECLI:EU:C:2023:456 *YYY (Begrip „consument“)*, punt 28.

58. Artikel 23 Richtlijn 2008/48.

59. Zie bijvoorbeeld HvJ 18 december 2014, C 449/13, ECLI:EU:C:2014:2464 (*CA Consumer Finance*), punt 36.

60. HvJ 6 juni 2019, Schyns, C 58/18, ECLI:EU:C:2019:467, punten 42 en 43.

61. HvJ EU 11 januari 2024, C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10 (*Nárokuj*), punt 33.

62. HvJ EU 11 januari 2024, C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10 (*Nárokuj*), punt 33.

63. HvJ EU 10 juni 2021, C 303/20, ECLI:EU:C:2021:479, (*Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*), punt 28.

64. HvJ EU 10 juni 2021, C 303/20, ECLI:EU:C:2021:479, (*Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*), punt 30.

65. Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 10 september 2014, C 34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*), punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en HvJ EU 5 maart 2020, C 679/18, ECLI:EU:C:2020:167 (*OPR-Finance*), punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

66. HvJ EU 5 maart 2020, C 679/18, ECLI:EU:C:2020:167 (*OPR-Finance*), punt 26, en HvJ EU 14 oktober 2021, C 231/20, ECLI:EU:C:2021:845, (*Landespolizeidirektion Steiermark (Speelautomaten)*) punt 45.

67. HvJ EU 5 maart 2020, C 679/18, ECLI:EU:C:2020:167 (*OPR-Finance*), punt 30.

68. HvJ EU 11 januari 2024, C-755/22, ECLI:EU:C:2024:10 (*Nárokuj*), punt 49.

69. HvJ EU 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (*Riverty*)

ver al bij het aangaan van de kredietovereenkomst anticipeert op wanbetaling door de consument, met als doel hier economisch voordeel uit te halen. In dat geval kan de richtlijn wél van toepassing zijn. Het HvJ EU is van oordeel dat het aan de verwijzende rechter is om te beoordelen of de kredietgever op deze manier tracht zijn verplichtingen op grond van Richtlijn Consumentenkrediet te omzeilen door bij het aangaan van de overeenkomst al rekening te houden met wanbetaling door de consument.

7.2. Feiten

Riverty is de rechtsoptvolger van Arvato, dat onder de naam AfterPay een achterafbetaaldienst aanbood. Met deze dienst konden consumenten online aankopen doen en de betaling later voldoen tegen een betalingsprovisie van € 1. Volgens de voorwaarden van Arvato betekende de keuze voor AfterPay dat de winkelier de vordering op de klant overdroeg aan AfterPay. De klant kon daarna alleen nog rechtsgeldig betalen aan AfterPay. Deze factuur diende binnen 14 dagen te worden voldaan, tenzij schriftelijk een andere termijn was overeengekomen. Indien de betaling niet binnen deze termijn werd verricht, werd het bedrag direct opeisbaar zonder dat een ingebrekestelling nodig was. In dat geval had Arvato het recht om administratiekosten en wettelijke rente in rekening te brengen, evenals redelijke kosten voor gerechtelijke of buitengerechtelijke incasso. Het minimumbedrag voor buitengerechtelijke incassokosten was vastgesteld op € 40.⁷⁰

Eind februari 2019 kocht een consument drie producten bij een onlineverkoper voor een totaalbedrag van € 37,97 en koos AfterPay als betaalmethode. De consument ontving op de dag van de aankoop van Arvato een betaaloverzicht met een totaalbedrag van € 38,97 (dus inclusief € 1 betalingsprovisie). De uiterste betaaldatum werd vastgesteld op 13 maart 2019. Arvato stuurde zes betalingsherinneringen naar de consument. Hierin werd de consument herinnerd aan haar betalingsverplichting en geïnformeerd over oplopende administratiekosten. In de laatste herinnering werd de consument gesommeerd om binnen 15 dagen te betalen, met de mededeling dat bij verdere nalatigheid een extra € 40 aan incassokosten in rekening zou worden gebracht. Vervolgens heeft Arvato bij de kantonrechter te Arnhem gevorderd dat de consument wordt veroordeeld tot betaling van € 80,20.

De kantonrechter te Arnhem heeft in deze zaak zogenoemde prejudiciële vragen voorgelegd aan de Hoge Raad.⁷¹ De Hoge Raad heeft de behandeling van de zaak geschorst en het HvJ EU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Vallen vertragingsrente en buitengerechtelijke incassokosten onder de totale kosten van het krediet voor de consument in de zin van Richtlijn Consumentenkrediet? Moeten deze kosten worden meegewogen bij de beoordeling of sprake is van een kredietovereenkomst 'zonder rente en andere kosten' of met slechts 'onbetekenende kosten', zoals bedoeld in de richtlijn?
2. Maakt het uit of deze kosten wettelijk zijn vastgelegd of contractueel zijn overeengekomen? Indien de rente en kosten contractueel zijn bedongen, is het dan relevant of zij hoger zijn dan de bedragen die zonder een dergelijk beding wettelijk verschuldigd zouden zijn?

7.3. Korte beschouwing

De richtlijn consumentenkrediet is niet van toepassing op kredietovereenkomsten met een totaal kredietbedrag van minder dan € 200.⁷² De Nederlandse regering heeft echter besloten deze richtlijn toch van toepassing te verklaren op kredieten van minder dan € 200. Dit is gedaan omdat ook kleinere kredieten kunnen bijdragen aan overkreditering, en het wettelijk beschermingsniveau van de richtlijn zich ook daartoe moet uitstrekken.⁷³

Bij de beantwoording van de vragen door het HvJ EU zijn er twee belangrijke aspecten die in aanmerking moeten worden genomen: (i) de uitleg van de begrippen 'rente' en 'andere kosten' en (ii) de uitleg van het begrip 'totale kosten van het krediet voor de consument'. De vraag die de Hoge Raad in essentie heeft voorgelegd, betreft of vertragingsrente en buitengerechtelijke incassokosten onder deze begrippen vallen.

Volgens de richtlijn vallen kredietovereenkomsten die 'zonder rente en andere kosten' zijn, of die 'binnen drie maanden moeten worden terugbetaald met slechts onbetekenende kosten', niet onder de werkingssfeer van de richtlijn.⁷⁴ Voor de uitleg van deze bepaling moet, volgens vaste rechtspraak, niet alleen gekeken worden naar de bewoordingen, maar ook naar de context en doelstellingen van de richtlijn.⁷⁵ De bepaling in de richtlijn verwijst enkel naar 'rente' en 'andere kosten' zonder verdere uitleg of definitie van deze begrippen.⁷⁶ Het HvJ EU onderzoekt daarom de verschillende taalversies van de richtlijn en komt tot de conclusie dat de toepassing van de richtlijn moet worden onderzocht op basis van de kosten die zijn vastgesteld bij het sluiten van de kredietovereenkomst.⁷⁷ De niet-nakoming door een consument van zijn betalingsverplichting en de duur van een dergelijke eventuele niet-nakoming zijn op dat moment van het sluiten van de krediet-

70. Dit betreft het laagste punt binnen de bandbreedte van de Nederlandse wet.

71. Rb. Gelderland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2441.

72. Artikel 2 lid 2 sub c Richtlijn consumentenkrediet.

73. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 339, nr. 3 (MvT), p. 12 en 31.

74. Artikel 2, lid 2, onder f), van richtlijn 2008/48.

75. HvJ EU 11 januari 2024, C 361/22, ECLI:EU:C:2024:17 (*Inditex*), punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

76. HvJ EU 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (*Riverty*), punt 40.

77. HvJ EU 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (*Riverty*), punt 44.

overeenkomst in beginsel niet te voorzien. Dit betekent dat verhogingen in de vorm van rente en kosten voor niet-nakoming geen onderdeel uitmaken van de begrippen 'rente' en 'andere kosten' zoals bedoeld in de richtlijn.⁷⁸

Met betrekking tot de context en doelstelling van de Richtlijn consumentenkrediet merkt het HvJ EU op dat de uitleg van de relevante begrippen hiermee in overeenstemming moet zijn. In dat kader verwijst het HvJ EU onder meer naar het feit dat kosten van niet-nakoming buiten beschouwing worden gelaten bij de berekening van het jaarlijkse kostenpercentage.⁷⁹

Daarnaast overweegt het HvJ EU dat, indien rente en kosten van niet-nakoming wel zouden moeten worden meegewogen bij de beoordeling of een overeenkomst binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, dit de betreffende bepaling grotendeels haar inhoud en nuttig effect zou ontnemen. Dit omdat de bepaling dan slechts van toepassing zou zijn in het zeer onwaarschijnlijke scenario waarin betalingsachterstanden of wanbetaling geen enkele juridische consequentie voor de kredietnemer zouden hebben, bijvoorbeeld wanneer geen verdragingsrente of andere kosten in rekening worden gebracht.

In het onderhavige geschil vordert de Buy Now, Pay Later (BNPL)-dienstverlener € 40 aan buitengerechtelijke incassokosten. Deze rente en kosten vallen in beginsel niet onder de begrippen 'rente' en 'andere kosten' in de zin van de Richtlijn consumentenkrediet. Dit betekent dat deze kosten niet in aanmerking worden genomen bij de bepaling of de kredietovereenkomst onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. De Hoge Raad heeft echter recent geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat, gelet op de omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, de verschuldigdheid van kosten van niet-nakoming een integraal onderdeel vormt van het verdienmodel van een kredietgever.⁸⁰ In dat geval moeten deze kosten wél worden meegewogen bij de beoordeling of artikel 2 lid 2 onder f van de richtlijn van toepassing is. Hierbij is van belang dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de bepalingen die zij ter uitvoering van de richtlijn vaststellen, niet kunnen worden omzeild.⁸¹ Dit impliceert dat de verwijzende rechter moet vaststellen of de kredietgever feitelijk probeert zijn verplichtingen uit hoofde van de richtlijn te omzeilen door reeds bij het sluiten van de kredietovereenkomst te anticiperen op wanbetaling, teneinde hier economisch voordeel uit te halen.

Tot slot, enkele Europese ontwikkelingen. Op 30 juni 2021 heeft de Europese Commissie een voorstel gepubliceerd voor een herziening van de Richtlijn consumentenkrediet.⁸² In oktober 2023 is de herziene richtlijn formeel aangenomen. In de overwegingen bij de richtlijn wordt benadrukt dat consumentenkrediet de afgelopen jaren een aanzienlijke ontwikkeling heeft doorgemaakt. Met name online zijn nieuwe kredietproducten ontstaan die steeds vaker worden gebruikt. Dit heeft geleid tot rechtsonzekerheid over de toepasselijkheid van de bestaande richtlijn op deze nieuwe producten.⁸³ Volgens de herziening kunnen verschillende kredietovereenkomsten die momenteel buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen nadelige gevolgen hebben voor consumenten. Dit geldt met name voor kortlopende kredieten met hoge kosten en voor kredieten met een bedrag lager dan de huidige minimumbedraggrens van € 200.⁸⁴

Om deze reden wordt het toepassingsbereik van de richtlijn uitgebreid door bepaalde uitzonderingen te schrappen. Dit betreft onder meer de uitzonderingen voor:

1. Kredietovereenkomsten zonder rente en andere kosten.
2. Kredietovereenkomsten waarbij het krediet binnen drie maanden moet worden terugbetaald en slechts onbetekenende kosten in rekening worden gebracht.
3. Kredieten van minder dan € 200.

Het doel van deze herziening is mede om de sterk groeiende BNPL-markt onder de regeling voor consumentenkrediet te brengen, zodat consumenten beter worden beschermd tegen de risico's van deze betalingsvorm.⁸⁵

Kredietverstrekkers moeten er rekening mee houden dat ook kredieten onder de (oorspronkelijke) drempelbedragen onder de beschermingsregels van de richtlijn kunnen vallen, zowel in Nederland als in de toekomst in andere lidstaten door de herziene richtlijn. En BNPL-aanbieders en andere kredietverleners zullen hun producten en modellen moeten aanpassen aan aangescherpte consumentenbeschermingsvoorschriften. BNPL-aanbieders dienen hun processen rondom leeftijdsverificatie en communicatie met minderjarigen te verbeteren.

Al met al benadrukt deze ontwikkeling dat ook kleine kredieten en BNPL-constructies onder streng

78. HvJ EU 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (Riverty), punt 44.

79. HvJ EU 17 oktober 2024, C-409/23, ECLI:EU:C:2024:895 (Riverty), punt 46.

80. HR 30 juni 2023, ECLI:HR:2023:1066.

81. Zie artikel 22, lid 3, van richtlijn 2008/48 en HvJ EU arrest van 11 september 2019, C 383/18, ECLI:EU:C:2019:702 (Lexitor), punt 30.

82. Voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenkrediet, COM(2021) 347 final.

83. Overweging 7 van Richtlijn (EU) 2023/2225

84. Overweging 15 van Richtlijn (EU) 2023/2225

85. Zie over deze problemen bijvoorbeeld Commission Staff Working Document – Evaluation of Directive 2008/48/EC on credit agreement for consumers (SWD(2020) 254 final), p. 43-48 en 70, over het toepassingsbereik van de Richtlijn, in het bijzonder ten aanzien van zogenaamde 'zero-interest rate loans'. Zie over het toepassingsbereik van de Richtlijn tevens het Informatief rapport van het Europees Economisch en Sociaal Comité – INT/884 inzake evaluatie Richtlijn consumentenkrediet (4 juli 2019), par. 4.2.3.

toezicht komen te staan. De herziene richtlijn consumentenkrediet en nationale maatregelen zullen de consument op dit punt verder beschermen, waardoor kredietaanbieders hun bedrijfsmodellen en compliance-processen goed moeten afstemmen op de nieuwe (en toekomstige) juridische kaders.

8. Betaaldienstverlening en het verstrekken van gegevens van de begunstigde aan de betaler⁸⁶

8.1. Oordeel

Een betaaldienstverlener heeft een resultaatsverplichting om aan de betaler informatie te verstrekken waarmee de identiteit van de begunstigde van een uitgevoerde betaalopdracht kan worden vastgesteld.

8.2. Feiten

De consument, houder van een bankrekening bij de Belgische bank Beobank, beweert dat er sprake is van fraude met zijn debetkaart tijdens een verblijf in Valencia, Spanje. Hij stelt geen instemming te hebben gegeven voor twee betalingen en verklaart niet te herinneren wat er is gebeurd na het nuttigen van een consumptie in een etablissement, waarvan hij naam en adres niet meer weet. Volgens de consument is hij mogelijk het slachtoffer geworden van oplichting door middel van drugs.

Beobank betwist de stelling van de consument en weigert de bedragen terug te betalen. De bank stelt dat de betalingen ofwel waren toegestaan (artikel 62 PSD1), ofwel dat de consument in het geval van niet-toegestane betalingen 'grove nalatigheid' kan worden verweten (artikel 61 lid 2 PSD1). De verwijzende rechter acht het van belang om te achterhalen wie de begunstigde van de betalingen was, maar Beobank heeft slechts beperkte informatie verstrekt, namelijk de digitale referentie en de geografische locatie van de gebruikte betaalterminal. De identiteit van de begunstigde werd door Beobank aangeduid als: 'COM SU VALENCIA ESP'. Beobank verklaart geen verdere informatie te hebben ontvangen van de beheerder van de betaalterminal en dat de Spaanse bankorganisatie van de begunstigde weigert identificatiegegevens te verstrekken.

De verwijzende rechter heeft Beobank gevraagd om nadere gegevens te verstrekken, maar de bank heeft aangegeven niet te kunnen voldoen aan dit verzoek. Hierop rijst de vraag of op Beobank een inspanningsverplichting dan wel een resultaatsverplichting rust bij het verstrekken van de informatie over de begunstigde. Indien het HvJ EU oordeelt dat Beobank een resultaatsverplichting heeft en deze verplichting niet is nagekomen, kan de rechter daaruit de juri-

dische consequentie trekken dat de bank verplicht is tot terugbetaling van de litigieuze bedragen en/of om schade te vergoeden. Het vaststellen van de identiteit van de begunstigde is voor de consument in kwestie dan ook procesueel essentieel omdat (i) de rekeninghouder zonder deze informatie geen mogelijkheid heeft om zich rechtstreeks op de begunstigde te verhalen en (ii) het ontbreken van identificatie kan worden gezien als een schending van de verplichtingen van de betaaldienstverlener.

8.3. Korte beschouwing

De prejudiciële vragen in dit geschil betreffen de uitleg van bepalingen uit de Eerste Richtlijn Betalingsdiensten (PSD1). Hoewel PSD1 met ingang van 13 januari 2018 is ingetrokken en vervangen door PSD2, is PSD1 *ratione temporis* van toepassing op de feiten in deze zaak, aangezien de betalingstransacties in kwestie hebben plaatsgevonden in april 2017. Het geschil betreft de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener van de betaler met betrekking tot betalingen die zijn verricht met een debetkaart, gekoppeld aan een bankrekening bij die aanbieder.

Beobank weigert terugbetaling van de betwiste bedragen, stellende dat de consument óf zelf met de transactie heeft ingestemd óf dat de consument niet heeft ingestemd maar grof nalatig heeft gehandeld.⁸⁷ Ook PSD1 voorzag al in specifieke regels met betrekking tot niet-toegestane betalingstransacties. Niet-toegestane transacties zijn transacties waarvoor de betaler geen instemming heeft gegeven, bijvoorbeeld door frauduleus gebruik van zijn betaalrekening. Op grond van artikel 58 PSD1 is de betaaldienstverlener verplicht niet-toegestane transacties terug te betalen, mits de betaler deze tijdig meldt en er geen sprake is van grove nalatigheid aan diens zijde (artikel 61 lid 2 PSD1). Deze bepaling is in PSD2 overgenomen in artikel 74 en in de Nederlandse wetgeving neergelegd in artikel 7:529 BW. Ingevolge dit artikel is een betaaldienstverlener gehouden om de bedragen van niet-toegestane transacties terug te betalen, behoudens wettelijke uitzonderingen zoals grove nalatigheid aan de zijde van de rekeninghouder. Het Kifid heeft in eerdere zaken geoordeeld dat het prijsgeven van inloggegevens of toegang verschaffen aan derden via softwareprogramma's zoals Anydesk als grove nalatigheid wordt beschouwd.⁸⁸

Wat deze zaak bijzonder maakt, is dat de verwijzende rechter uitlegging van PSD1 vraagt vanuit het oogpunt van de *informatievoorzieningsplicht* van de betaaldienstverlener. Het geschil lijkt niet primair te draaien om de vraag of de betalingen als toegestane of niet-toegestane transacties moeten worden aangemerkt, maar om de gebrekkige nakoming door

86. HvJ EU 16 maart 2023, nr. C-351/21, ECLI:EU:C:2023:215 (ZG / Beobank).

87. Artikel 61 lid 2 Richtlijn 2007/64.

88. Zie onder meer uitspraak Commissie van Beroep Kifid nr. 2023-0036.

Beobank van haar verplichting om informatie te verstrekken over de begunstigde van de betalingen.⁸⁹

Artikel 47 PSD1 verplicht een betaaldienstverlener de betaler te voorzien van zodanige informatie dat deze de betreffende transactie, inclusief de identiteit van de begunstigde, adequaat kan identificeren. Het doel van deze bepaling is om een hoge standaard te waarborgen voor transparantie en consumentenbescherming. De verstrekte informatie moet specifiek genoeg zijn om de identiteit van de begunstigde vast te stellen. Het HvJ EU oordeelt dat artikel 47 PSD1 een resultaatsverplichting betreft. Dit oordeel vloeit voort uit de systematiek en doelstellingen van de richtlijn, waarin – in tegenstelling tot bepalingen als artikel 74 lid 2 PSD1 – expliciet is gekozen voor een verplichting tot het bereiken van een concreet resultaat, in plaats van louter een inspanningsverplichting.

Een tekortkoming in de informatieverstrekking kan dan ook een inbreuk op artikel 47 PSD1 vormen.⁹⁰ Dit betekent echter niet dat een dergelijke schending automatisch leidt tot een terugbetalingsverplichting van de bank. De verplichting tot terugbetaling bij niet-toegestane transacties vloeit namelijk uit andere bepalingen van PSD1 en is gebonden aan specifieke voorwaarden, waaronder onder meer de afwezigheid van grove nalatigheid van de consument.

In de onderhavige zaak lijkt de verwijzende rechter het geschil primair te willen beslechten op grond van een mogelijke schending van de informatieplicht door Beobank. Indien wordt vastgesteld dat Beobank heeft verzuimd de informatie te verstrekken die noodzakelijk is voor de identificatie van de begunstigde, kan dit een overtreding van artikel 47 PSD1 betekenen. Het is daarbij echter van belang te benadrukken dat een dergelijke overtreding uitsluitend betrekking heeft op de informatieplicht en geen onderdeel vormt van de vereisten voor de vaststelling van aansprakelijkheid voor een niet-toegestane betalingstransactie. Met andere woorden: zelfs indien de bank tekortschiet in haar informatieverplichtingen, leidt dit niet automatisch tot een verplichting tot terugbetaling van de betwiste bedragen, aangezien de terugbetalingsverplichting voor niet-toegestane transacties voortvloeit uit andere bepalingen van PSD1 en onderworpen is aan andere voorwaarden, zoals het ontbreken van grove nalatigheid van de consument.

Deze zaak illustreert dat betaaldienstverleners moeten zorgen voor duidelijke en volledige transactie-data (naam begunstigde, bedrag, datum, etc.), zodat de rekeninghouder kan beoordelen of het om een legitieme betaling gaat.

89. De informatieplicht zoals neergelegd in artikel 47 lid 1, onder a PSD1.

90. HvJ EU 16 maart 2023, nr. C-351/21, ECLI:EU:C:2023:215 (ZG / Beobank), punt 40.