

Consultatiereactie Wijzigingsregeling

AAN Ministerie van Financiën
VAN Loyens & Loeff N.V. – Wendy Pronk, Mariëtte van 't Westeinde, Kitty Lieverse,
Martijn Rongen en Marijke van der Weide
DATUM 7 februari 2020
BETREFT Consultatie van de concept-regeling tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft

Geachte heer, mevrouw,

Loyens & Loeff N.V. heeft kennisgenomen van het consultatiedocument Wijzigingsregeling overdragen van vorderingen uit hoofde van een kredietovereenkomst van 24 december 2019. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatieronde op de voorgenomen wijzigingen te reageren. Onze reactie treft u hieronder aan.

Voorgestelde wijziging artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft

Het voorgestelde nieuwe artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft luidt als volgt:

Van artikel 2:60, eerste lid, van de wet zijn vrijgesteld ondernemingen waaraan vorderingen uit hoofde van een overeenkomst inzake krediet zijn overgedragen die zij niet zelf als wederpartij zijn aangegaan, voor zover degene die de overeenkomst inzake krediet als wederpartij is aangegaan, de overeenkomst inzake krediet blijft beheren en uitvoeren.

In de toelichting bij de voorgestelde wijziging van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft wordt gesteld dat met de wijziging wordt voorkomen dat institutionele beleggers een vergunning moeten aanvragen voor het aanbieden van krediet op basis van artikel 2:60 Wft.

Onze reactie op het voorgestelde artikel is tweeledig. In de eerste plaats menen wij dat het huidige artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft er reeds in voorziet dat een partij die vorderingen uit hoofde van een kredietovereenkomst verkrijgt geen vergunning nodig heeft voor het aanbieden van krediet, zodat geen wijziging vereist is. In de tweede plaats zijn wij van mening dat de voorgestelde wijziging er juist toe kan leiden dat deze partijen een vergunning als kredietaanbieder moeten aanvragen. Wij lichten dat hierna toe.

De huidige regeling

Het huidige artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft luidt als volgt:

Ondernemingen die de juridische eigendom verkrijgen van vorderingen uit hoofde van overeenkomsten inzake krediet die zij niet zelf als wederpartij zijn aangegaan, zijn vrijgesteld van artikel 2:60, eerste lid, van de wet voorzover het beheer en de uitvoering van die overeenkomsten krachtens overeenkomst geschiedt door een kredietbeheerder aan wie het ingevolge de wet is

toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet aan te bieden en die kredietbeheerder de informatie, bedoeld in artikel 68 van het besluit, verstrekt op de in dat artikel voorgeschreven wijze.

Dit artikel heeft de volgende achtergrond. Artikel 1:1 Wft bepaalt dat onder het begrip 'aanbieden' niet alleen valt het rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van overeenkomsten met een consument, maar ook het aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst. In de toelichting bij de Vrijstellingsregeling staat dat een niet beoogd gevolg van de ruime definitie van 'aanbieden' is dat partijen die vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten verkrijgen, een vergunning nodig hebben als kredietaanbieder. Blijkens de toelichting geldt dat in elk geval voor de securitisatiepraktijk, in de situatie dat een special purpose vehicle (SPV) vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten verkrijgt van de oorspronkelijke kredietaanbieder. Ook bij covered bonds en warehousetransacties worden kredietvorderingen overgedragen aan een SPV. De SPV voert het beheer van deze kredietovereenkomsten niet zelf, maar besteedt het beheer in de meeste gevallen uit aan de oorspronkelijke kredietaanbieder. Hetzelfde kan zich voordoen bij een 'whole loan sale' van een portefeuille hypothecair krediet aan een institutionele belegger. Het is echter ook mogelijk dat de oorspronkelijke kredietverstrekker niet meer verantwoordelijk is voor het beheer van de overgedragen kredietvorderingen en de kredietovereenkomst, maar dat het beheer wordt gevoerd door een derde. Dat kan aan de orde zijn bij desinvesteringstransacties waarbij de oorspronkelijke kredietverstrekker volledig afstand wil doen van het verleende krediet en dus ook niet langer het beheer over de overgedragen kredietportefeuille wenst te voeren. De huidige vrijstelling voorziet er in dat de verkrijger van de kredietvorderingen in al de genoemde transactievormen – in een securitisatie: de SPV – geen vergunning als kredietaanbieder nodig heeft, indien het beheer en uitvoering van de kredietovereenkomsten wordt uitgevoerd door een vergunninghoudende kredietbeheerder die het ingevolge de Wft is toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet aan te bieden.

Met de verkrijger van kredietvorderingen wordt bedoeld de partij die de juridische eigendom verkrijgt van kredietvorderingen door middel van (stille of openbare) cessie of via contractsoverneming. Ongeacht de wijze van overgang van deze kredietvorderingen, geldt dat het beheer en de uitvoering van de kredietovereenkomsten dient te worden uitgevoerd door een vergunninghoudende kredietbeheerder die het ingevolge de Wft is toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet aan te bieden. Deze partij is onderworpen aan het gedragtoezicht van de AFM en de zorgplicht van artikel 4:24a Wft. Het belang van de consument is daarmee gewaarborgd; er is altijd een vergunninghoudende kredietbeheerder verantwoordelijk voor de naleving van toezichtrechtelijke regels die de positie van de consument beschermen.

Wat betreft het onderscheid tussen cessie en contractsoverneming merken we het volgende op. In geval van contractsoverneming wordt de gehele kredietovereenkomst, inclusief al de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, door de kredietverstrekker overgedragen. Contractsoverneming vereist medewerking van de kredietnemer. Het gevolg van contractsoverneming is dat de oorspronkelijke kredietverstrekker met betrekking tot het

overgedragen krediet niet meer als kredietaanbieder in de zin van de Wft is aan te merken. De verkrijgende partij geldt als kredietaanbieder wat betreft het beheer en de uitvoering van de door hem verkregen kredietovereenkomst, maar kan een beroep doen op de vrijstellingsregeling door het beheer en de uitvoering van de kredietovereenkomst uit te besteden aan de oorspronkelijke kredietverstrekker of een derde die over de vereiste vergunning beschikt. In geval van cessie wordt de cessionaris, anders dan de oorspronkelijke toelichting bij artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft doet vermoeden, geen partij bij de kredietovereenkomst en wordt alleen de kredietvordering met haar nevenrechten (zoals zekerheidsrechten) overgedragen. Medewerking van de kredietnemer is daarvoor niet vereist. De oorspronkelijke kredietverstrekker blijft (formeel) contractspartij bij de kredietovereenkomst. Hij blijft de 'lender of record' en is daarmee nog steeds een 'aanbieder van krediet' als bedoeld in de Wft. In geval van cessie zijn er met betrekking tot hetzelfde krediet dus twee kredietaanbieders: de oorspronkelijke kredietverstrekker (de cedent) en de verkrijger van de kredietvordering (de cessionaris). Dit is het gevolg van de definitie die de Wft geeft van het begrip 'aanbieden van krediet'. De oorspronkelijke kredietverstrekker is na de cessie alleen verantwoordelijk voor het beheer en de uitvoering van de rechten en/of verplichtingen met betrekking tot het krediet die niet zijn overgegaan. De cessionaris geldt als kredietaanbieder wat betreft het beheer en de uitvoering van de door hem verkregen kredietvordering (en nevenrechten), maar kan een beroep doen op de vrijstellingsregeling door het beheer van de kredietvordering uit te besteden aan de oorspronkelijke kredietverstrekker (de cedent) of een derde die over de vereiste vergunning beschikt.

De strekking van de huidige regeling is daarmee duidelijk en voorkomt een vergunningplicht voor de partij die de juridische eigendom van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten verkrijgt. Een institutionele belegger die kredietvorderingen krijgt overgedragen, kan gebruik maken van de vrijstelling, indien het beheer van de kredietvorderingen wordt uitbesteed aan (i) de oorspronkelijke kredietverstrekker (die immers een vergunning zal hebben voor het aanbieden van krediet) of (ii) een derde die een vergunning heeft om te bemiddelen in krediet of om krediet aan te bieden. Wel zou de definitie van 'kredietbeheerder' gelet op de strekking van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft nader kunnen worden verduidelijkt. Zie daarvoor hierna.

De voorgestelde regeling

Op basis van de voorgestelde regeling dient de oorspronkelijke kredietaanbieder, na overdracht van de vordering uit hoofde van de kredietovereenkomst, de kredietovereenkomst te *blijven* beheren en uitvoeren. Wij zien hier een aantal bezwaren tegen:

Ten eerste zijn er transacties waarbij de oorspronkelijke kredietaanbieder de kredietvorderingen niet langer wenst te blijven beheren. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij desinvesteringstransacties. Zoals hiervoor vermeld kan de verkrijger van de kredietvorderingen, hetgeen een institutionele belegger kan zijn, in de huidige regeling een beroep doen op de vrijstellingsregeling, indien het beheer gevoerd wordt door een vergunninghoudende derde. Uit de toelichting bij de nieuw voorgestelde regeling blijkt niet dat daarmee is beoogd dit niet meer toe te staan. Daarvoor bestaat ook geen reden, aangezien de derde die het kredietbeheer voert

vergunningplichtig is en is onderworpen aan het gedragstoezicht van de AFM en de zorgplicht van art. 4:24a Wft.

Ten tweede, indien de oorspronkelijke kredietaanbieder haar activiteiten moet of wil staken, bijvoorbeeld door een faillissement, kan de kredietaanbieder de kredietovereenkomsten niet meer beheren en uitvoeren en zou er alsnog een vergunningplicht ontstaan voor de derde partij die de vorderingen uit hoofde van deze kredietovereenkomsten heeft verkregen. Dat betekent bijvoorbeeld dat een SPV in een securitisatie of covered bond transactie of een institutionele belegger die vorderingen uit hoofde van de kredietovereenkomsten van de oorspronkelijke kredietaanbieder heeft verkregen alsnog een vergunning nodig heeft voor het aanbieden van krediet. Dat is een ongewenst en onbedoeld gevolg van de voorgestelde regeling, gelet op de strekking van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft en de toelichting bij het consultatievoorstel. Sterker nog, de voorgestelde wijziging van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft zal een belemmering zijn voor het aangaan van de hiervoor genoemde type transacties en daarmee een negatieve impact hebben op de financiering van consumentenkrediet en de prijsstelling daarvan.

Definitie kredietbeheerder

Gelet op het voorgaande zijn wij van mening dat het huidige artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft gehandhaafd dient te blijven. Wel zou ter verduidelijking het volgende aangepast kunnen worden in de definitie van 'kredietbeheerder' van art. 1 (b) Vrijstellingsregeling Wft:

*“**aanbieder van krediet of** bemiddelaar die in het kader van de overgang van vorderingen uit hoofde van overeenkomsten van krediet de verkrijgende onderneming assisteert bij het beheer en de uitvoering van die overeenkomsten;”*

Met deze wijziging wordt verduidelijkt dat het moet gaan om een partij aan wie het is toegestaan om krediet aan te bieden of te bemiddelen in krediet.

Wij hopen in onze reactie handvatten te hebben aangereikt voor heroverweging en verduidelijking. Tot het verstrekken van een nadere toelichting zijn wij uiteraard bereid.

Loyens & Loeff N.V.