

Ministerie van Financiën
Korte Voorhout 7
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

ellavankranenburg@kvdv.eu
T +31 880 440 880
D +31 880 440 83
F +31 880 440 881

Nijmegen, 23 april 2015

Uw kenmerk :
Ons kenmerk : EVK/2015
Inzake : Wijzigingsbesluit financiële markten 2016

Geachte mevrouw, mijnheer,

1. Inleiding

Graag maak ik gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het concept Wijzigingsbesluit financiële markten 2016 (het "**Concept**"). Deze reactie beperkt zich tot het onderwerp crowdfunding zoals opgenomen in het Concept. Mogelijk dat mijn kantoor nog middels een separaat schrijven reageert op andere onderwerpen uit het Concept.

Ik verwijs in dit schrijven naar geldvrager en geldnemers als ook de ondernemer en de crowd. Hiermee is niet bedoeld een onderscheid te maken; geldvrager is ondernemer en geldgever is crowd.

2. Crowdfunding; artikelsgewijs commentaar

- *Artikel 2a lid 1 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ("**Bgfo**")*

De tekst 'voor het als tussenpersoon verrichten van werkzaamheden ten behoeve van publieksfinanciering' geeft aan dat er onderscheid wordt gemaakt tussen partijen die zijn ontheven van artikel 4:3 Wet op het financieel toezicht ("**Wft**") die als tussenpersoon werkzaamheden verrichten 'ten behoeve van publieksfinanciering' en partijen die dat niet doen. De toelichting maakt duidelijk dat dit onderscheid nodig is omdat de additionele eisen mogelijk te breed werken. Waarom wordt een onderscheid gemaakt tussen de verschillende tussenpersonen? Zijn de financiële markten in algemene zin niet gebaat bij een strenger en eenduidige ontheffingen regime voor artikel 4:3 Wft? Bovendien zijn naar mijn weten (vrijwel) alle partijen die op dit moment een artikel 4:3 Wft ontheffing hebben (crowdfunding)platforms. Het feit dat artikel 4:3 Wft al rept over 'diensten van de informatiemaatschappij' illustreert dat artikel 4:3 Wft geschreven is op bemiddeling via elektronische wijze. Ook ziet dit artikel reeds op het ten behoeve van het publiek aantrekken of ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden. Ik zou er voor willen pleiten de hiervoor geschreven schuingedrukte tekst te verwijderen en lid 2 in het geheel te verwijderen van het artikel.

De toelichting bij dit artikel geeft aan dat het aantrekken van opvorderbare gelden verboden is op grond van artikel 3:5 Wft. Dit behoeft nuancering, ook in de toelichting bij het Concept, nu artikel 3:5 lid 1 Wft ook de elementen 'publiek' en 'in uitoefening van bedrijf' kent. Zonder deze twee extra elementen leidt het aantrekken van opvorderbare gelden niet tot een overtreding van artikel 3:5 lid 1 Wft. Over het element 'in uitoefening van bedrijf' bestaat veel onduidelijkheid, zowel in jurisprudentie maar ook bij crowdfunding.¹ Lang is onduidelijk geweest of de geldvrager bij crowdfunding zou worden geraakt door het verbod van artikel 3:5 Wft, omdat niet zeker was of de activiteit 'aantrekken opvorderbare gelden' tevens 'in de uitoefening van bedrijf' zou hebben plaatsgevonden. Met de huidige toelichting in het Concept wordt het duidelijk dat het Ministerie van oordeel is dat dit inderdaad het geval is. Dit houdt eveneens in dat veel partijen die zich op dit moment hebben gefinancierd via crowdfunding in de vorm van leningen, in overtreding zijn van het verbod van artikel 3:5 lid 1 Wft. De Minister zal bij het opstellen van een vrijstelling zeer zorgvuldig te werk moeten gaan en ik vraag mij af of de Minister ook de bestaande partijen met terugwerkende kracht onder de ontheffing zal brengen. Als dit niet het geval is zullen veel van de bestaande geldvragers in overtreding blijven (tot einde financiering). Afhankelijk van de reikwijdte van de vrijstelling zullen ook andere partijen hier baat bij kunnen hebben.

De Minister zal ervoor moeten waken dat de vrijstelling in de pas loopt met de risico's die artikel 3:5 Wft beoogt te beschermen. De bestaande vrijstellingen zijn vrijwel allen beperkt tot partijen die zelfstandig wettelijk gereguleerd zijn, zoals notarissen, gerechtsdeurwaarders en trustkantoren. Artikel 3:5 lid 1 Wft is geschreven voor crediteuren, in het verleden niet zijnde professionele marktpartijen (thans het 'publiek'), die niet in staat zijn de financiële soliditeit te beoordelen van de onderneming waar zij hun gelden aan toevertrouwen.² De gedachte is dat de partij die de opvorderbare gelden aantrekt, wel in staat moet zijn om zijn verplichtingen jegens de crediteuren na te komen. Dit valt ondermeer op te maken uit de (aangepaste) groepsfinancieringsmaatschappij uitzondering van artikel 3:2 Wft, maar ook uit de vereisten die worden gesteld indien een individuele ontheffing wordt gevraagd overeenkomstig lid 4 van artikel 3:5 Wft. Ervaring leert dat DNB het verbod van artikel 3:5 lid 1 Wft zeer strikt interpreteert.

Als de Minister een nieuwe vrijstelling in het leven roept voor geldvragers bij crowdfunding, zal daarom ook goed moeten gekeken in hoeverre deze vrijstelling geen afbreuk doet aan de beschermingsgedachte die van artikel 3:5 Wft uitgaat. De variatie tussen ondernemers die opvorderbare gelden aantrekken van het publiek via crowdfunding is theoretisch oneindig. Daar kan van alles tussen zitten en de crowd kiest vaak, al dan niet bewust, voor een bepaald (risico)profiel. Het staat niet op voorhand vast dat de verplichtingen van de ondernemers jegens de crowd steeds kunnen of zullen worden nagekomen. Onder welke omstandigheid acht de Minister het risico op wanbetaling acceptabel in het licht van de beschermingsgedachte van artikel 3:5 Wft? Het enkele feit dat de financiering onder de noemer 'crowdfunding' valt lijkt me niet afdoende. Ook geldt dat duidelijk moet zijn wat nu precies wordt verstaan onder 'crowdfunding'. Crowdfunding is geen vastomlijnd begrip.

¹ Het element 'publiek' is nieuw (verordening 575/2013) en bij gebrek aan een Europa breed gedragen begrip zal de betekenis hiervan kunnen verschillen tussen de lidstaten.

² Dit blijkt eveneens uit de toelichting bij artikel 27 Besluit reikwijdtebepalingen Wft. Hierin wordt vastgelegd aan welke voorwaarden moet worden voldaan wil men gebruik kunnen maken van een individuele ontheffing van De Nederlandsche Bank voor het verbod van artikel 3:5 lid 1 Wft.

- *Artikel 2b Bgfo*

Uit lid 1 onder d van dit artikel volgt dat het platform adequaat met klachten moet omgaan van personen voor wie de werkzaamheden worden verricht. Niet altijd is duidelijk voor wie de werkzaamheden worden verricht, is dat de geldvrager of de geldnemer? Het zou goed zijn om in de toelichting te verduidelijken wie deze personen zijn in de ogen van de wetgever; geldvrager of geldnemer of beiden.

Volgens het Concept is staat iemands betrouwbaar vast als er een verklaring omtrent gedrag (“VOG”) is en de persoon niet failliet is verklaard. De gegevens die worden onderzocht met betrekking tot een VOG dekken niet de lading van de omstandigheden die worden genoemd in bijlage bij het Besluit markttoetreding Wft.³

In lid 2 van dit artikel wordt uitgelegd dat de betrouwbaarheid vaststaat indien, in het geval van een faillissement, er rehabilitatie heeft plaatsgevonden overeenkomstig art. 212 Faillissementswet (“Fw”). Nu een faillissement vaak gepaard gaat met restschulden en het verzoek tot rehabilitatie slechts zal worden toegekend als alle schuldeisers zijn voldaan (artikel 207 Fw), zal in mijn verwachting een verzoek tot rehabilitatie zelden worden toegekend. Hoe kijkt de Minister hier tegenaan? Waarom kan niet worden volstaan met het einde van een faillissement? Natuurlijke personen kunnen ook onder omstandigheden vallen onder een schuldsaneringsregeling (Titel III, Fw). Het voorstel rept niet over deze situatie. Staat iemands betrouwbaarheid wel vast als deze failliet is verklaard maar is gerehabiliteerd (met VOG) en niet als deze in de schuldsanering heeft gezeten die daarna is beëindigd? De schuldsaneringsregeling kent geen rehabilitatie. Zou het wat betreft de vaststelling van de betrouwbaarheid niet beter en consistentier zijn met om aan te sluiten op artikel 4:10 Wft en de uitwerking daarvan in het Besluit markttoetreding Wft? Deze keuze wordt wel gemaakt voor artikel 2c Bgfo.

Het tegengaan van belangenverstremming als een van de pijlers van integere bedrijfsvoering zie ik niet terugkomen in het Concept. Het waarborgen dat belangenverstremming wordt tegengegaan lijkt me wel degelijk belangrijk. Beginnende platforms zijn vaak relatief kleine en platte organisaties en de personen die platforms opstarten brengen ook nog vaak (een deel) eigen geld in. Dit zijn over het algemeen ook de personen die worden aangemerkt als dagelijkse beleidsbepalers. Deze personen hebben het dus voor het zeggen in de onderneming. Voorkomen moet worden dat het individu, dat in dit voorbeeld het ingebrachte geld wil terugzien, zijn of haar persoonlijke belang laat prevaleren over het belang van het platform, als ook de belangen van de deelnemers op het platform (geldvragers en geldgevers).

Er is geen provisieregeling voor partijen die een individuele ontheffing hebben verkregen voor het bemiddelen bij het aantrekken van opvorderbare gelden. Voor de platforms met een vergunning als beleggingsonderneming voorziet het Concept wel in provisieregels (een lichter regime). Zijn beleggers en ondernemers niet ook gebaat bij de situatie waar het platform dat bemiddelt in opvorderbare gelden zorgt dat:

³ In deze bijlage staan de gegevens op basis waarvan kan worden beoordeeld of wordt voldaan aan de betrouwbaarheidseis

- haar cliënten (uitvoerig, accuraat en op begrijpelijke wijze) informeert over het bestaan van provisies, alvorens de dienst wordt verleend; en
- de provisies de kwaliteit van de desbetreffende dienst ten goede komt en geen afbreuk doet aan de verplichting van het platform om zich in te zetten voor de belangen van haar cliënten.⁴

Dit laatste punt lijkt me toch ook juist vanuit de gedachte dat belangenverstremming moet worden tegengegaan, relevant. Zoals gezegd is het risico van belangenverstremming in mijn ogen niet (voldoende) geadresseerd in het Concept.

- Artikel 2c Bgfo

Lid 6 van artikel 38 Besluit markttoegang financiële markten ziet op advisering. Aangezien de ontheffing ziet op 'bemiddelen bij aantrekken opvorderbare gelden' en niet op advies zou ook dit lid buiten toepassing kunnen worden verklaard.

- Artikel 168a Bgfo

De toelichting is wat mij betreft helder. Toch zou wellicht sub 3 van onderdeel f verwarrend kunnen zijn in de zin dat de verwijzing naar onderdeel c enkel betreft een verwijzing naar sub 1 en 2 van dit onderdeel en niet de aanhef van onderdeel c. In dat verband zou beter wellicht zijn om sub 3 te veranderen in:

"3. wordt voldaan aan hetgeen is bepaald onder 1 en 2 van onderdeel c van dit lid; en"

3. Crowdfunding; betaaldiensten

Hoewel niet direct relevant voor het besluit wil ik toch graag een opmerking plaatsen bij de bevindingen van de Minister in zijn kamerbrief (kenmerk FM/2015/371M) datum 31 maart 2015. In deze brief constateert de Minister ten aanzien van het risico dat het platform mogelijk betaaldiensten verricht het volgende: *"In de kabinetsreactie is aangegeven dat dit mogelijke knelpunt zou worden onderzocht en dat hiervoor nog overleg plaat zou vinden met DNB. Hieruit is gebleken dat de huidige wet- en regelgeving, met name de betaaldienstenrichtlijn (PSD), geen knelpunt vormt."* Deze conclusie heeft mij verbaasd, ook in het licht van de wijze waarop EBA hier naar kijkt. Ik doel hier op de opinie van EBA van 26 februari 2015 (Opinion of the European Banking Authority on lending-based crowdfunding, EBA/Op/2015/03). Op pagina 10 worden een aantal situaties beschreven waar betaaldiensten relevant zijn. De hieronder beschreven situatie is naar mijn weten niet zelden het geval voor Nederlandse platforms. In de voetnoot bij deze beschrijving wordt duidelijk dat er wel degelijk lidstaten zijn die deze situatie bestempelen als een situatie waarbij het platform betaaldiensten verricht. Kennelijk zijn er ook toezichthouders geweest die handhavend hebben opgetreden.

"The platform opens an account in its own name (in an authorised PSP), through which lenders' contributions and borrowers' (re)payments flow9; "

Met als voetnoot:

⁴ Zie ook voetnoot 8.

“9 Some Member states have noted that some platforms handle money without being aware that they act as a PSP, which led to regulatory actions.”

Ik zou graag beter onderbouwd zien dan wel beter begrijpen om welke redenen uit het overleg tussen Financiën en DNB is gebleken dat de PSD geen knelpunt vormt. Juist omdat platforms zelf start-ups zijn met vaak beperkte financiële middelen, wordt soms uit kostenoverweging niet gewerkt met een betaalinstelling. De PSD vormt naar mijn inzicht wel degelijk een risico in de situatie waar een platform niet werkt met een betaalinstelling.⁵

4. Crowdfunding; hypotheken platforms

Een aantal platforms bieden de crowd de mogelijkheid te investeren in hypotheken. De geldvrager is in die gevallen niet zelden een particulier en dus consument. Het betreft hier veelal ‘peer to peer’ leningen waarbij het platform bevoegd is te bemiddelen (en soms adviseren) in krediet.

Platforms lijken nog geen rekening te houden met de hypothekenrichtlijn die in 2016 van kracht wordt.⁶ Deze richtlijn is juist geschreven met het oog op de bescherming van de hypotheekgever, zijnde een consument. Deze richtlijn lijkt niet geschreven te zijn op de situatie waar de consument leent van partijen die niet in de uitoefening van bedrijf gelden uitlenen. De richtlijn is echter wel van toepassing op de kredietbemiddelaar, in dit geval het platform. Hiermee rust op het platform een extra zorg(plicht), want de geldnemer leent van partijen die zich niet hoeven te houden aan de regels voor professionele kredietverstrekkers. Slechts indien het platform adviseert, zal de verregaande zorgplicht van artikel 4:24a lid 2 Wft van toepassing zijn.

De geldvragers die zich wenden tot platforms die zich richten op hypotheekbemiddeling, kunnen of willen kennelijk niet terecht bij de professionele kredietverstrekkers. Mogelijk omdat zij niet voldoen aan de normen van de kredietverstrekkers. Dat houdt in dat professionele kredietverstrekkers de betreffende geldvrager als riskant / kwetsbaar beschouwen. Dat de niet professionele geldvragers op verschillende wijzen een hypothecair krediet kunnen krijgen is op zichzelf geen slechte zaak. Dat neemt echter niet weg dat het hier nog steeds om (kwetsbare) consumenten gaat die wellicht niet kunnen overzien wat een dergelijke lening nu echt inhoudt. Geniet de geldvrager evenveel bescherming als in de situatie dat deze had geleend van een professionele kredietverstrekker? Waarschijnlijk niet, zo hoeven de niet professionele geldverstrekkers geen rekening te houden met bijvoorbeeld artikel 115 Bgfo. Dit artikel geeft regels ter voorkoming van overkreditering, en normen voor de hoogte van een hypothecair krediet. De regels worden opgelegd aan de aanbieder, niet aan de bemiddelaar.

Juist in de situatie waarbij de geldvrager geen ondernemer is en de geldgevers geen professionele partijen zijn die gebonden zijn aan gedragsregels, bijvoorbeeld ter voorkoming van overkreditering,

⁵ Zie ook voetnoot 7.

⁶ Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010.

lijkt het wenselijk dat het platform zich voldoende bewust is van de risico's die hier uit voortvloeien en dat ze betrokkenen afdoende hier op wijst.

In het voorbeeld van een consument als geldvrager, lijkt het ook wenselijk dat deze het hypotheekproduct voldoende kan vergelijken met andere hypotheekproducten, bijvoorbeeld op kosten. Zo moeten professionele kredietverstrekkers een overzicht geven van het jaarlijks kostenpercentage (JKP) van hun producten. De niet-professionele kredietverstrekker doet dit niet. Ook het platform, dat hier in feite de partij is die het financiële product samenstelt, maakt in de door mij aangetroffen gevallen niet altijd duidelijk wat het JKP is. Zo trof ik een platform dat dusdanig hoge incassokosten in rekening brengt (0,1% van het geleende bedrag per maand) dat het JKP in het door het platform voorgedragen voorbeeld 6,2% bedraagt, terwijl bij de geldvrager de indruk wordt gewekt dat deze 5% kwijt is aan kosten. Wat bij dit platform ook nog opviel was dat de maandelijkse incassokosten bijna 25% waren van het maandelijks te incasseren bedrag. Dat voor de incasso en doorbetaling van gelden kosten in rekening worden gebracht is op zichzelf begrijpelijk.⁷ Maar mogen deze kosten werkelijk bijna 25% bedragen van het te incasseren bedrag? Staat hier het klantbelang centraal? Hoe verhoudt dit zich met het provisieverbod dat voor bemiddelaars in hypothecaire kredieten geldt (artikel 86c lid 1 Bgfo)?

Graag zou ik de wetgever willen uitnodigen na te denken over platforms die zich bezighouden met bemiddeling van financiële producten, waarbij een consument als geldvrager optreedt. Als in die situatie de geldgevers het product niet beroeps- of bedrijfsmatig aanbieden en daarmee de geldvrager weinig tot geen bescherming krijgt, ligt het dan niet in de rede om het platform wat meer verantwoordelijkheid toe te kennen? Het platform faciliteert dat de niet-professionele geldgever haar geld mogelijk steekt in een weinig solvabele geldvrager en dat de geldvragende consument zich mogelijk overlaadt met schulden die deze uiteindelijk niet kan terugbetalen. De geldvrager die een hypotheek geeft, loopt daarenboven het risico het verhypothekerde registergoed kwijt te raken.

5. Crowdfunding; niet Wft gerelateerde regels

Een aantal platforms bedienen zich van algemene voorwaarden die in strijd lijken te zijn met de zwarte en grijze lijst (respect art. 2:236 en art. 2:237 Burgerlijk Wetboek). Zonder uitpuittend te willen zijn geef ik hier twee voorbeelden van voorwaarden die wat mij betreft in strijd zijn met de grijze lijst, welke bedingen daarmee vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn:

- Een hypotheekbemiddeling platform gebiedt de geldvrager een verzekering af te sluiten en in stand te houden via een andere partij. Dit is ofwel strijdig met art. 33 sub b Wet op het Consumentenkrediet dan wel in strijd met art. 6:237 sub j Burgerlijk Wetboek⁸:
- Een platform sluit haar aansprakelijkheid uit in de algemene voorwaarden door te daarin op te nemen dat vorderingen tot schadevergoeding tegen het platform vervallen door het enkele verloop van de gespecificeerde tijd (minder dan een jaar) na het ontstaan van de vordering. Dit is strijdig met art. 6:237 sub b, dan wel f, sub h Burgerlijk Wetboek.

⁷ Ook hier doet zich de vraag voor of het platform niet als betaalinstantie moet worden beschouwd.

⁸ Het is hier nota bene dezelfde juridische entiteit als de entiteit die het platform bestiert er was enkel sprake van een andere handelsnaam. Dit platform is dus haar verdienmodel aan het oppompen, zonder daar echt transparant in te zijn; zie mijn eerdere zorg over belangenconflicten.

De Autoriteit Financiële Markten beoordeelt de algemene voorwaarden van platforms in beginsel niet inhoudelijk. Haar taak ligt ook primair besloten in het financiële recht dat in beginsel een bestuursrechtelijk karakter kent en welk recht slechts beperkt is geïncorporeerd in het burgerlijk recht. Het is de verantwoordelijkheid van het platform om algemene voorwaarden op te stellen die recht doen aan het soort partijen dat gebruik maakt van het platform. De gebruikers van het platform, zeker de geldgevers, zullen toch vaak natuurlijke personen zijn die niet in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen zijn. In die gevallen hebben platforms rekening te houden met de zwarte / grijze lijst. Het zou wat mij betreft een goed signaal zijn als de wetgever in de toelichting partijen op het hart drukt dat naast de Wft, lagere regelgeving, inclusief de beoogde aanpassingen, er ook andere regels zijn die zien op consumentenbescherming, zoals de zwarte / grijze lijst, maar ook regels omtrent oneerlijke handelspraktijken en verkoop op afstand.

Het is niet duidelijk in hoeverre platforms zich verantwoordelijk voelen voor de relatie tussen geldvrager en geldgever. De mate van betrokkenheid in deze lijkt erg te verschillen tussen de platforms. Het ene platform zal een uitgebreide due diligence doen op de geldvrager, terwijl een ander platform een veel beperkter onderzoek doet. Voor de crowd is niet altijd even duidelijk, noch kenbaar of het platforms een gedegen, al dan niet doorlopend, onderzoek pleegt op de geldvrager en in hoeverre haar handelswijze verschilt van ander platforms. Hoe ver gaat in de ogen van de Minister de plicht van het platform om de geldvrager te monitoren en wat moet het platform hierover communiceren met de crowd? Wellicht vindt de Minister dat in dit stadium hier een taak is weggelegd voor de branchevereniging. Echter deze ziet alleen toe op haar eigen leden en het ledenbestand van de mij bekende branchevereniging is met 4 leden vooralsnog zeer beperkt.

Dank voor uw aandacht.

Voor nadere vragen kunt u contact opnemen met ondergetekende (ellavankranenburg@kvdv.eu dan wel mobiel +31 629397407).

Met vriendelijke groet,
Keijser Van der Velden N.V.



E.L.M. van Kranenburg