

271. De ontwikkeling van de Nederlandse kredietunie als alternatieve financieringsvorm

MR. M.H.P. CLAASSEN EN MR. J.L. SNIJDERS

Als alternatief voor klassieke bankfinancieringen is een tendens waarneembaar waarbij burgers en bedrijven kiezen voor kleinschaligheid en een hogere mate van betrokkenheid. Voorbeelden zijn de vele crowdfundinginitiatieven, peer-to-peer-financieringen en kredietunies. De huidige regelgeving is nog niet goed ingespeeld op deze initiatieven. Vooral in het kader van de door velen wenselijke gevonden kredietunies, blijkt de huidige regelgeving te star om dit initiatief goed te kunnen faciliteren. Eind april 2015 heeft de Eerste Kamer het initiatiefwetsvoorstel Wet toezicht kredietunies aangenomen. Dit wetsvoorstel vult de Wet op het financieel toezicht aan met bepalingen over kredietunies.

1. Inleiding

Uit onderzoek van de Europese Centrale Bank is gebleken dat nergens in Europa zo veel leningen worden afgewezen als in Nederland.¹ Met name voor het midden- en kleinbedrijf (mkb) betekent dit dat het lastig is om aan financiering te komen. Dit huidige financieringsklimaat leidt tot de opkomst van tal van alternatieve financieringsvormen, zoals kredietunies, crowdfunding en mkb-obligaties. Deze alternatieve financieringsvormen kunnen bijdragen aan een toenemende diversificatie en concurrentie op de financiële markt, in het bijzonder voor het mkb. Mkb-financieringen (met name kredieten tot € 250.000) zijn namelijk vanwege de hoge behandelingskosten en strengere internationale en Nederlandse toezichtregels voor banken vrijwel niet rendabel meer. De sterke groei van de crowdfundingsector² en de toenemende vraag naar kredietunies laat zien dat in het huidige financieringsklimaat het mkb in mindere mate terecht kan bij de banken en de vraag naar alternatieve financieringsvormen toeneemt.

Tot een aantal jaar geleden kende Nederland, anders dan veel andere landen binnen en buiten Europa,³ geen

kredietunies. Dit heeft tot gevolg dat Nederland tot op heden ook geen op maat gesneden kader van wet- en regelgeving voor kredietunies kent. Onder het huidige wettelijke regime kwalificeren kredietunies in beginsel als een bank. De voor een bank geldende regelgeving sluit echter niet aan bij de aanzienlijk beperktere activiteiten van een kredietunie en het aanvragen van een bankvergunning is voor kredietunies gelet op de bijkomende kosten en verplichtingen onhaalbaar. Dat neemt echter niet weg dat ook in Nederland inmiddels de eerste kredietunies zijn opgericht, zoals de MKB Kredietunie (Limburg), Kredietunie Eemsregio en Kredietunie Stad Amsterdam.⁴ Met het oog op de huidige toezichtswetgeving zijn deze kredietunies evenwel zodanig vormgegeven dat zij buiten het toezicht vallen. Dat is juridisch veelal gekunsteld, het doet geen recht aan de uitgangspunten van kredietunies en het biedt de leden ook niet de bescherming die zij behoeven. Met het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies wordt voor het eerst een eenduidig wettelijk regime gecreëerd voor kredietunies, zodat kredietunies zich ook in Nederland verder kunnen ontwikkelen als een succesvolle alternatieve financieringsvorm.

1 Survey on the access to finance of enterprises in the euro area, ECB, November 2014.

2 Het grootste deel van de crowdfundingplatformen met een AFM-vergunning richt zich ook op mkb-financieringen.

3 Kredietunies in de Verenigde Staten telden medio 2011 93 mln. leden, goed voor \$ 830 mrd. De Federal Credit Union Act verplicht kredietunies

om 20% van de aan hen toevertrouwde spaargelden in kas te houden als buffervermogen en verbiedt hen om vreemd vermogen aan te trekken of te beleggen in complexe financiële producten. Zie: Ruimte voor Kredietunies, initiatiefnota juli 2013, te raadplegen via www.cda.nl.

4 Zie www.mkbkredietunie.nl, www.kredietunie-eemsregio.nl en www.kredietuniestadamsterdam.nl.

In dit artikel zullen wij allereerst ingaan op wat een kredietunie is. Vervolgens zal de structuur van een kredietunie aan de orde komen. Daarna zullen wij achtereenvolgens de kredietunie onder de huidige wet- en regelgeving en de kredietunie onder het wetsvoorstel Wet

De kerngedachte achter een kredietunie is eenvoudig: ondernemers verenigen zich in een kredietunie om elkaar geld te kunnen lenen, waar de banken niet thuis geven

toezicht kredietunies bespreken. Wij ronden af met een aantal beschouwingen ten aanzien van kredietunies onder het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies.

2. Wat is een kredietunie?

De kerngedachte achter een kredietunie is eenvoudig: ondernemers verenigen zich in een kredietunie om elkaar geld te kunnen lenen, waar de banken niet thuis geven. Kredietunies zijn veelal coöperatieve verenigingen met uitgesloten aansprakelijkheid die hun bedrijf maken van het aantrekken van gelden van hun leden om vervolgens aan diezelfde leden voor eigen risico kredietuitzettingen te verrichten. De leden van een kredietunie zijn (veelal mkb-)ondernemingen die regionale of bedrijfstakgewijze overeenkomsten met elkaar hebben.⁵ Deze regionale of bedrijfstakgewijze overeenkomsten worden ook wel de ‘*common bond*’ genoemd. Behalve dat deze ondernemingen elkaar ondersteunen bij het verschaffen van ondernemingsfinanciering delen de leden ook kennis en ervaring met elkaar en worden de kredietnemende leden vanuit de kredietunie gecoacht bij hun bedrijfsvoering. Door de *common bond* en de coaching zitten de investerende leden veel dichter op het kredietnemend lid dan bij een andere vorm van investeren het geval zou zijn, waardoor de kans op mislukking van de investering van de leden afneemt. De leiding of het bestuur van de kredietunie zal veelal worden gevormd door vrijwilligers. Ook wordt er door de kredietunie een kredietcommissie ingesteld die is belast met de beoordeling van de kredietaanvragen van de leden. Ter ondersteuning en begeleiding van kredietunies zijn inmiddels ook de Vereniging van Kredietunies in Nederland en De Kredietunie B.V. opgericht.⁶

Gelet op het homogene karakter van de leden van een kredietunie, de *common bond* en de coaching binnen een kredietunie neemt de kans op mislukking van een

investering af. Daar staat echter tegenover dat juist de organisatie van de kredietunie en in het bijzonder de *common bond*, een concentratierisico met zich brengt, waardoor een mislukking van een investering een grote impact op de kredietunie en haar leden kan hebben.⁷

2.1 Een uitstapje naar de onderlinge waarborgmaatschappijen

De coöperatieve gedachte achter een kredietunie voor wat betreft kredietverlening laat zich ook duidelijk herkennen bij verzekeringen. Verzekeren op coöperatieve grondslag kenmerkt de oorsprong van verzekeren waarbij groepen mensen samen de risico's delen die zij alleen niet kunnen dragen. Anders dan voor kredietverstrekking, biedt de huidige toezichtsregelgeving laagdrempelige mogelijkheden voor alternatieve, kleinschaligere en coöperatieve verzekeringsvormen. Deze vinden veelal plaats op onderlinge grondslag. Een onderlinge waarborgmaatschappij heeft ook het karakter van een vereniging, waarbij het doel van de onderlinge waarborgmaatschappij is het sluiten van verzekeringsovereenkomsten met haar leden.⁸ Van oudsher gaat het daarbij veelal om leden die in dezelfde sector werkzaam zijn, zoals de agrarische sector, en uit dezelfde regio komen. Deze leden gaan uit oogpunt van solidariteit met elkaar een verbond aan om gezamenlijk de risico's van een onzeker voorval te dragen. De overeenkomsten met kredietunies liggen voor de hand. Waar ten aanzien van kredietunies de bestaande regelgeving echter wordt versoepeld om kredietunies te faciliteren, wordt ten aanzien van verzekeraars de bestaande regelgeving met de inwerkingtreding van Solvency II per 1 januari 2016 juist verscherpt, waardoor de ‘verzekeringsunies’ per 1 januari 2016 juist minder mogelijkheden krijgen.⁹

De richtlijn Solvency II vervangt een aantal eerdere verzekeringsrichtlijnen. Onder die richtlijnen waren kleinere verzekeraars uitgezonderd van het toezicht/de vergunningplicht. In Nederland heeft dat zijn neerslag gevonden in het Besluit reikwijdtebepalingen Wft.¹⁰ Op grond van dit besluit zijn bepaalde onderlinge waarborgmaatschappijen van geringe omvang niet vergunningplichtig, maar krijgen zij een verklaring van De Nederlandsche Bank (DNB) dat zij aan de onderscheiden uitzonderingscriteria voldoen. Juist omdat een aantal bepalingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) zoals inzake de solvabiliteit niet van toepassing zijn, zijn zij laagdrempelig en stellen zij burgers en (mkb-)ondernemingen in staat om gezamenlijk hun risico's te delen. Behalve voor de allerkleinste komen deze vrijstellingen met Solvency II te vervallen.

5 Denkbaar is ook dat kredietunies mede worden gefinancierd door banken, mkb-fondsen en/of decentrale overheden (al dan niet in de vorm van subsidies). Dergelijke financiers zullen zich wel moeten schikken naar het corporatiemodel, wat tot gevolg heeft dat zij onder de Wet toezicht kredietunies nooit meer dan 10% van het stemrecht kunnen krijgen (art. 3:20.0a Wft (nieuw) en *Handelingen II* 2014-2015, nr. 62, item 9, p. 1).

6 Zie voor meer informatie over deze vereniging, vennootschap en aangesloten kredietunies: www.dekredietunie.nl.

7 *Handelingen II* 2014-2015, nr. 62, item 9, p. 4.

8 Art. 2:53, tweede lid, BW.

9 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en de uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) Pb. L 335/1 en de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II, Kamerstukken 33 273.

10 Zie art. 2 e.v. Besluit reikwijdtebepalingen Wft (*Stb.* 2006, 518).

Een andere ontwikkeling in de verzekeringsbranche die overeenkomsten vertoont met kredietunies zijn de zogenaamde schenkingskringen, zoals de broodfondsen en smartfunds.¹¹ Deze schenkingskringen bieden veelal arbeidsongeschiktheidsverzekeringen aan voor zzp'ers. De gedachte is dat bij arbeidsongeschiktheid van een lid van de kring, dit lid een schenking krijgt van de andere leden. Gelet op deze schenkingsconstructie is geen sprake van een financiële dienst en dus geen vergunningplicht. Het is een laagdrempelige manier voor zzp'ers om zich betaalbaar te kunnen 'verzekeren' tegen arbeidsongeschiktheid, waar de reguliere commerciële verzekeraars niet thuis geven. Broodfondsen en smartfunds zijn sterk op coöperatieve grondslag gebaseerd en ook hier is de *common bond* duidelijk herkenbaar. Deze leden helpen elkaar niet alleen financieel, maar ook met raad en daad en kunnen bij arbeidsongeschiktheid ook echt bijspringen, bijvoorbeeld door het tijdelijk overnemen van elkaars klanten.

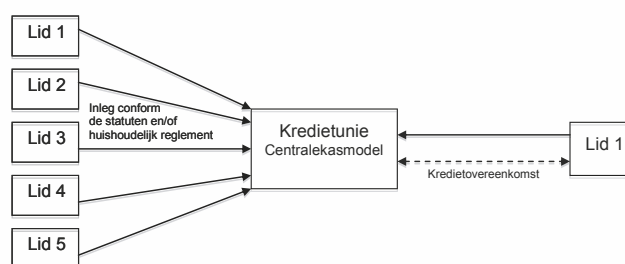
3. De structuur van een kredietunie

Een kredietunie wordt zoals opgemerkt veelal uitgeoefend in een coöperatieve vereniging. Een coöperatieve vereniging is een samenwerkingsverband gericht op materieel voordeel van haar leden. De wettelijke benadering van een coöperatieve vereniging is dat het voorzien in de behoeften van de leden geschiedt door het aangaan van overeenkomsten, anders dan verzekering, met de leden. De coöperatieve vereniging moet zich dan ook het aangaan van overeenkomsten met haar leden ten doel stellen.¹² De rechtsvorm van de coöperatieve vereniging wordt voor de kredietunie gekozen wegens de evenwichtige bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen van de rechtspersoon en vanwege de betrokkenheid van de leden van de coöperatieve vereniging, zodat de *common bond* van de leden in beginsel beter geborgd is dan bij toepassing van een andere rechtsvorm.¹³ Voorts is het aspect dat een coöperatieve vereniging, anders dan een 'gewone' vereniging, wel winst mag verdelen onder haar leden van belang voor een kredietunie.¹⁴ Het doel van een kredietunie is immers dat (i) leden krediet kunnen krijgen van of via de kredietunie en (ii) leden rendement ontvangen naar aanleiding van hun investering in de kredietunie. Dit tweede aspect zou bij het vormgeven van een kredietunie in een 'gewone' vereniging in het geding komen.

Voor het vormgeven van een kredietunie bestaan twee verschillende modellen: het centralekasmodel en het kredietbemiddelingsmodel. Bij het centralekasmodel wordt het krediet gefinancierd vanuit een centrale kas van de

kredietunie: de kredietunie beheert daarbij de door de investerende leden ter beschikking gestelde gelden. De kredietunie fungeert bij dit model als kredietverstrekker voor de kredietnemende leden. Het is in dit model dan ook de kredietunie die de rente-inkomsten uit hoofde van de verstrekte kredieten binnenkrijgt. De leden ontvangen vervolgens indirect een deel van het rendement dat de kredietunie maakt, omdat (veelal aan het einde van het boekjaar) de winst van de kredietunie ter beschikking komt te staan van de leden en bijvoorbeeld jaarlijks aan de houders van de ledencertificaten een vergoeding kan worden uitgekeerd. In dit model investeren kredietgevers derhalve samen en wordt het investeringsrisico indirect gespreid over de leden. Dat laat zich als volgt illustreren:

Centralekasmodel



Bij het kredietbemiddelingsmodel beoordeelt de kredietunie eerst de kredietaanvraag en zet na goedkeuring een aanvraag op een investeringsplatform voor leden open waarna leden zich kunnen inschrijven op de investeringen waaraan ze mee willen doen. In dit model worden kredieten niet verleend door de 'kredietunie', maar rechtstreeks door leden die zich op de desbetreffende investering hebben ingeschreven. De kredietunie fungeert slechts als tussenpersoon. Leden die zich niet op de investering hebben ingeschreven doen niet mee, met als gevolg dat rendement en risico slechts met de leden die zich op de investering hebben ingeschreven

De rechtsvorm van de coöperatieve vereniging wordt voor de kredietunie gekozen wegens de evenwichtige bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen van de rechtspersoon

wordt gedeeld en direct bij deze leden terechtkomt. De structuur van het kredietbemiddelingsmodel lijkt daarmee veel op de structuur van enkele crowdfundingplatformen¹⁵ en wordt dan ook regelmatig getypeerd als een 'onechte' kredietunie.¹⁶ Het onderscheid is uiteraard van belang voor het toepasselijk toezichtsregime. Het kredietbemiddelingsmodel laat zich als volgt illustreren:

11 Zie bijvoorbeeld www.broodfondsen.nl en www.smartfund.nl.

12 Asser/Rensen 2-III* 2012/221, nr. 221.

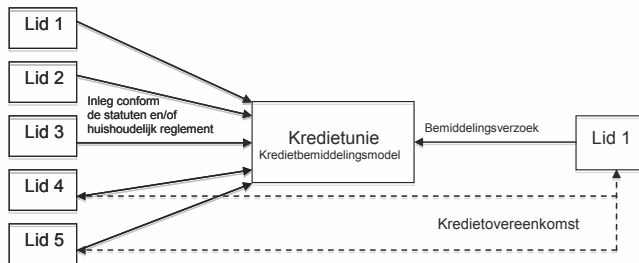
13 In de Wet toezicht kredietunies komt deze evenwichtige bevoegdheidsverdeling ook terug door te bepalen dat leden nooit meer dan 10% van het stemrecht kunnen krijgen. Omdat art. 2:38 BW de mogelijkheid biedt in de statuten van dit principe af te wijken, wordt de werking van art. 2:38 BW voor de kredietunie beperkt (vergelijk art. 3:20.0a Wft (nieuw)).

14 Art. 2:53a BW.

15 Zoals het 'Loan crowdfunding model' van het crowdfundingplatform Symbid.

16 P. Duffhues, 'Scheid de echte van de onechte kredietunies', *Het Financieel Dagblad*, 1 mei 2015.

Kredietbemiddelingsmodel



4. Wettelijke verboden onder de Wft en de kredietunie

Binnen het huidige wettelijke regime bestaat zoals opgemerkt geen op maat gesneden regime voor kredietunies. Er zijn wel al een aantal kredietunies opgericht, maar daar kunnen juridisch de nodige kanttekeningen bij worden geplaatst. Omdat kredietunies – in ieder geval bij het centrale kasmodel – als bank kunnen kwalificeren, zijn deze vooraansnog zodanig ingericht dat zij buiten het toezicht blijven. Een aandachtspunt daarbij is vooral hoe om te gaan met het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden. Daarnaast verdient aandacht de vraag of een kredietunie niet als beleggingsinstelling zou moeten worden aangemerkt. Voor kredietunies gebaseerd op het kredietbemiddelingsmodel spelen deze punten niet en is vooral het verbod op het bemiddelen in opvorderbare gelden relevant.

Hoewel met het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies een eenduidig en eenvoudiger regime wordt gecreëerd voor kredietunies, een soort bankvergunning 'light', blijven ook de huidige gehanteerde constructies tot de mogelijkheden behoren. Bovendien komt de kwalificatie van kredietunies als beleggingsinstelling en bemiddeling door een kredietunie in het wetsvoorstel in het geheel niet aan de orde en blijft dit een punt van aandacht. Redenen om hierna wat uitvoeriger stil te staan bij de huidige wet- en regelgeving voor kredietunies.

4.1 Kredietunies volgens het centrale kasmodel

4.1.1 Bankverbod

Er bestaat weinig twijfel over dat een kredietunie zoals deze in de kern is bedoeld, namelijk een coöperatieve vereniging die gelden van haar leden aantrekt om dit vervolgens weer aan diezelfde leden voor eigen risico uit te lenen (het centrale kasmodel), als een bank kwalificeert in de zin van art. 1:1 Wft. Op grond van art. 1:1 Wft wordt onder 'bank', kort gezegd, verstaan een kredietinstelling als bedoeld in art. 4 van de Verordening kapitaalvereisten. Een kredietinstelling als bedoeld in art. 4 van de Verordening kapitaalvereisten is een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening. Op grond van art. 2:11 Wft

is het verboden zonder vergunning van DNB het bedrijf van bank uit te oefenen.

De definitie van 'bank' is gewijzigd met de implementatie van de Verordening kapitaalvereisten per 1 januari 2015.¹⁷ Deze wijziging maakt het niet gemakkelijker om eenduidig over het toezichtsregime voor kredietunies te spreken. Tot 1 januari 2015 werd onder 'bank' verstaan: degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen. 'Van het buiten besloten kring ter beschikking krijgen' is nu vervangen door 'bij het publiek'. 'Opvorderbare gelden' is vervangen door 'deposito's of andere terugbetaalbare gelden.' Vergelijk in dit verband ook de aangepaste definitie van 'opvorderbare gelden': deposito's of andere terugbetaalbare gelden als bedoeld in de definitie van kredietinstelling in art. 4 van de Verordening kapitaalvereisten (art. 1:1 Wft). Uit de wetsgeschiedenis bij de implementatie van de Richtlijn en Verordening Kapitaalvereisten kan echter worden afgeleid dat inhoudelijk geen wezenlijke wijziging is beoogd en dat de oude begrippen relevant blijven voor de toepassing en uitleg, ook van de nieuwe begrippen.¹⁸

Kredietunies die werken volgens het centrale kasmodel voldoen aan de definitie van bank in art. 1:1 Wft: zij trekken (i) deposito's of andere terugbetaalbare gelden/opvorderbare gelden aan bij (ii) het publiek/buiten besloten kring en (iii) verlenen kredieten voor eigen rekening. Discussie zou wellicht nog mogelijk zijn in hoeverre sprake is van het aantrekken van opvorderbare gelden 'bij het publiek'/'buiten besloten kring'. Immers, een kredietunie is wel degelijk een besloten kring. Onder een besloten kring werd voor 1 januari 2015 echter verstaan (definitie art. 1:1 Wft): een kring, bestaande uit personen of vennootschappen waarvan een persoon of vennootschap opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt: a. die nauwkeurig is omschreven; b. waarvan de toetredingscriteria vooraf zijn bepaald, toetsbaar zijn en niet resulteren in het op eenvoudige wijze toetreden van niet tot de kring behorende personen of vennootschappen; en c. waarbinnen degenen die er deel van uitmaken in een op het tijdstip van het verkrijgen van de opvorderbare gelden reeds bestaande rechtsbetrekking staan tot de persoon of vennootschap die de gelden ter beschikking verkrijgt, op grond waarvan zij redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van diens financiële toestand. In de toelichting daarbij wordt benadrukt dat de besloten kring aanwezig dient te zijn zolang de gelden worden aangetrokken en dat de juridische relatie al moet bestaan voordat het voornemen bestaat om gelden aan te trekken. Daarvan is bij kredietunies geen sprake. De

17 Kamerstukken 33 849; Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2013, L 176).

18 Kamerstukken II, vergaderjaar 2013-2014, 33 849, nr. 3, p. 30.

juridische relatie van de leden van een kredietunie tot elkaar en de kredietunie is immers beperkt tot het aantrekken van gelden en het verstrekken van kredieten.¹⁹

Anders dan nu al het geval is voor de reeds genoemde onderlinge waarborgmaatschappijen, bestaat er onder de huidige regelgeving geen bankvergunning 'light' voor (kleinschalige) kredietverstrekking op coöperatieve basis. Kredietunies die kwalificeren als bank, zullen dus de reguliere bankvergunning moeten aanvragen en moeten voldoen aan de voor hen geldende verplichtingen. Dat is ook het centrale punt waar het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies een oplossing voor beoogt te bieden. Voor de grootste kredietunies met een beheerd vermogen van meer dan € 100 mln. dan wel meer dan 25.000 leden zal ook onder dat wetsvoorstel nog een bankvergunning zijn vereist, waarover hierna meer.

4.1.2 Opvorderbare gelden

Zoals gezegd, is er wel al een aantal kredietunies volgens het centralekasmodel opgericht. De oplossing waarvoor ten aanzien van de reeds bestaande kredietunies is gekozen, is om deze dusdanig te vormen dat geen sprake is van 'deposito's of andere terugbetaalbare gelden'/'opvorderbare gelden'. Het aantrekken hiervan van het publiek is niet alleen onderdeel van de definitie van 'bank', maar is ook op zichzelf verboden op grond van art. 3:5 Wft. Dat verbod beoogt te voorkomen dat instellingen of personen die geen bank zijn gelden van het publiek aantrekken of ter beschikking hebben of verkrijgen, zonder dat bij deze instellingen of personen voldoende financiële waarborgen aanwezig zijn om te zorgen dat op een verantwoorde manier met deze gelden wordt omgegaan en het geld op elk moment weer kan worden terugbetaald. Dit verbod geldt dus ook zonder dat met de gelden vervolgens voor eigen rekening en risico kredietuitzettingen worden gedaan. Is er geen sprake van opvorderbare gelden/deposito's of andere terugbetaalbare gelden, dan is er ook geen sprake van het uitoefenen van het bedrijf van bank en geldt er geen vergunningplicht op grond van art. 2:11 Wft. Ook het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden van art. 3:5 Wft is dan niet aan de orde.²⁰

Met het oog hierop zijn de reeds bestaande kredietunies volgens het centrale kasmodel zodanig opgezet dat geen opvorderbare gelden/deposito's of andere terugbetaalbare gelden worden aangetrokken. Het aantrekken van gelden zonder dat sprake is van opvorderbare gelden kan

bijvoorbeeld door de uitgifte van (verhandelbare) leden-certificaten tegen betaling van een bepaalde uitgifteprijs (zonder dat de kredietunie zich daarbij verbindt tot het terugkopen van ledencertificaten tegen welke voorwaarden dan ook); door het heffen van contributies en entreegelden en door kapitaalstorting door de leden op de ledenrekening (zonder dat de kredietunie zich daarbij verbindt om de gestorte gelden terug te betalen op welke wijze dan ook). Eventuele positieve saldi aan het eind van het boekjaar staan ter beschikking van de leden.

4.1.3 Prospectusplicht

Als de ledencertificaten verhandelbaar zijn, dan kunnen deze ook worden aangemerkt als effecten in de zin van art. 1:1 Wft, met als gevolg dat in beginsel een prospectusplicht geldt. Echter, als de totale tegenwaarde van de aanbieding berekend over een periode van twaalf maanden, binnen de € 2,5 blijft, zal de kredietunie onder de vrijstelling op grond van art. 53 lid 2 Vrijstellingsregeling Wft vallen.²¹

4.1.4 Beleggingsinstelling

De vraag kan worden gesteld of een kredietunie volgens het centralekasmodel niet (ook) als beleggingsinstelling moet worden aangemerkt. Het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies gaat hier in het geheel niet op in, maar de kwestie heeft in het verleden wel uitdrukkelijk de aandacht

Hoewel met het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies een eenduidig en eenvoudiger regime wordt gecreëerd voor kredietunies, een soort bankvergunning 'light', blijven ook de huidige gehanteerde constructies tot de mogelijkheden behoren

van Autoriteit Financiële Markten (AFM) gekregen. De regelgeving inzake beleggingsinstelling is per 22 juni 2013 aanzienlijk gewijzigd als gevolg van de Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFM-richtlijn). Anders dan de letter 'A' van Alternative wellicht doet vermoeden, is de reikwijdte van de AIFM-richtlijn groot en is er eerder dan voorheen sprake van een beleggingsinstelling.

Op grond van art. 2:65 Wft is het verboden een Nederlandse beleggingsinstelling te beheren of rechten van deelneming in een beleggingsinstelling in Nederland aan te bieden zonder vergunning van de AFM. Onder beleggingsinstelling wordt op grond van art. 1:1 Wft verstaan: beleggingsinstelling als bedoeld in art. 4 lid 1 onderdeel a van de AIFM-richtlijn in

19 De aanvankelijke inzet van de indieners van het initiatiefwetsvoorstel was ook om kredietunies aan te merken als 'besloten kring'. Daarmee zou dan geen sprake zijn van het aantrekken van opvorderbare gelden en dus van het uitoefenen van het bedrijf van bank. Zie: Ruimte voor Kredietunies, Initiatiefnota juli 2013, te raadplegen via www.cda.nl.

20 Van het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden kan overigens ontheffing worden gevraagd ex art. 3:5, vierde lid, Wft. DNB kan een dergelijke ontheffing verlenen indien de betrouwbaarheid van de beleidsbepalers buiten twijfel staat en de doorbetaler beschikt over een garantstelling voor alle afgegeven verplichtingen.

21 Voorwaarde is dan wel dat in de reclame-uitingen en documenten waarin een aanbod in het vooruitzicht wordt gesteld er uitdrukkelijk op wordt gewezen dat er op grond van de Wft geen verplichting bestaat tot het algemeen verkrijgbaar stellen van een prospectus dat is goedgekeurd door de AFM ter zake van de aanbieding of toelating en dat op de aanbieding of toelating geen toezicht wordt uitgeoefend door de AFM (art. 53 lid 4 Vrijstellingsregeling Wft).

de vorm van een beleggingsfonds (niet-rechtspersoon) of een beleggingsmaatschappij (rechtspersoon). Op grond van art. 4 lid 1 onderdeel a van de AIFM-richtlijn wordt onder een alternatieve beleggingsinstelling kort gezegd verstaan een i) instelling voor collectieve belegging, die ii) bij een reeks beleggers kapitaal ophaalt, iii) om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid, iv) in het belang van deze beleggers te beleggen, en v) niet vergunningplichtig is uit hoofde van ICBE-richtlijn (2009/65/EG). Deze elementen zijn nader uitgewerkt/toegelicht in het de richtsnoeren van European Securities and Markets Authority (ESMA) met betrekking tot centrale begrippen van de AIFM-richtlijn (de ESMA-richtsnoeren).²²

Kredietunies volgens het centralekasmogelijken hieraan te voldoen. Zij halen bij de leden kapitaal op, om dit overeenkomstig een bepaald beleggingsbeleid in het belang van de leden te beleggen, namelijk door dit uit te lenen aan de leden tegen een vergoeding in de vorm van rente. Kortom, de inleg van de leden wordt gepoold, uitgeleend/belegd en de daarmee verkregen gepoolde opbrengst wordt indirect, namelijk als vergoeding op de ledencertificaten, naar rato van de inleg verdeeld over de leden die gelden hebben ingelegd. Dat kan zo bezien moeilijk anders worden gekwalificeerd dan als een beleggingsinstelling.

In januari 2013 (derhalve voor de invoering van de AIFM-richtlijn) heeft de AFM ten aanzien van kredietunies het standpunt ingenomen dat geen sprake is van een beleggingsinstelling, omdat er geen sprake zou zijn van 'beleggen', maar van 'ondernemen'.²³ Dat verdient enige toelichting. Óf de regelgeving voor beleggingsinstellingen van toepassing is, is afhankelijk van de voorvraag of sprake is van een beleggingsinstelling of niet. Onderdeel van die vraag was/is of sprake is van 'beleggen'. De Wft bevat geen definitie van beleggen. Ook de AIFM-richtlijn bevat geen definitie van beleggen. Vóór de inwerkingtreding van de AIFM-richtlijn gaf de AFM met de Beleidsregel 'Ondernemen of beleggen' enkele handvatten om te beoordelen of sprake is van ondernemen of beleggen. Op basis van die beleidsregel heeft de AFM in januari 2013 geoordeeld dat werkzaamheden van kredietunies als 'ondernemen' moeten worden aangemerkt. De AFM merkt op: *'De "arbeid" die de kredietunies tot ondernemingen maakt zijn de activiteiten die de coach verricht. Deze coach wordt door een kredietunie toegewezen en adviseert en staat de kredietnemer zowel vóór de kredietverlening als tijdens de looptijd van de lening bij. Belangrijk is ook dat de kredietnemer daarvoor een vergoeding betaalt aan de kredietunie. De AFM gaat er hierbij vanuit dat de coach in de praktijk inderdaad een actieve rol zal vervullen en dat er een reële vergoeding wordt betaald. Is dat anders,*

dan kunnen de kredietunies alsnog als beleggingsinstellingen kwalificeren.' Hier lijkt sprake te zijn van een doelredenering. Op basis van de Beleidsregel lijkt het moeilijk verdedigbaar dat de 'coaching' door kredietunies zou maken dat sprake is van 'ondernemen' door de kredietunies en niet van beleggen.

Zoals gezegd is met de inwerkingtreding van de AIFM-richtlijn per 22 juni 2013 de reikwijdte van het begrip 'beleggingsinstelling' verruimd waardoor eerder sprake is van een beleggingsinstelling. De Beleidsregel 'Ondernemen of beleggen' is daarbij ook ingetrokken.²⁴ In de toelichting bij het intrekingsbesluit wijst de AFM er ook op dat met de implementatie van de AIFM-richtlijn het toepassingsbereik van de regelgeving voor beleggingsinstellingen is verbreed. Bepaalde activiteiten die voor de implementatie van de AIFM-richtlijn op basis van de Beleidsregel ondernemen of beleggen (onder bepaalde omstandigheden) niet als 'beleggen' kwalificeerden, moeten blijkens de (overwegingen van de) AIFM-richtlijn wel als 'beleggen' worden aangemerkt. Het gaat hier bijvoorbeeld om de activiteiten van private equity fondsen, venture capital fondsen, infrastructuurfondsen en (bepaalde) hedge fondsen. De AFM zal echter de handvatten van de ingetrokken Beleidsregel voor de uitleg van de begrippen 'beleggen' en 'ondernemen' zo veel mogelijk blijven aanhouden.

In de ESMA-richtsnoeren wordt ten aanzien van de vraag of sprake is van een beleggingsinstelling toegelicht dat deze 'geen algemeen zakelijk of bedrijfsdoel heeft'. Van een algemeen zakelijk of bedrijfsdoel is sprake indien het doel van de onderneming wordt gekenmerkt door de uitoefening als voornaamste activiteit van i) een zakelijke activiteit bestaand in het aankopen, verkopen en/of ruilen van goederen of grondstoffen en/of het verlenen van niet-financiële diensten, of ii) een bedrijfsactiviteit bestaand in het produceren van goederen of de bouw van onroerend goed, of iii) een combinatie van deze activiteiten. Hoe succesvol kredietunies ook kunnen zijn als coachingondernemingen, moeilijk kan worden volgehouden dat dit hun voornaamste activiteit is. Dat een kredietunie niet (ook) als beleggingsinstelling zou moeten worden aangemerkt, is gelet hierop onwaarschijnlijk. Dat lijkt de (initiatief) wetgever met het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies niet te hebben onderkend.

Overigens geldt er wel een aantal uitzonderingen op de vergunningplicht voor de beheerder van een beleggingsinstelling; deze zijn vervat in art. 2:66a Wft. De vergunningplicht is onder andere niet van toepassing indien (i) het beheerd vermogen niet groter is dan € 100 mln. of € 500 mln. indien het gaat om een beleggingsinstelling die de eerste vijf jaar *closed-end* is en geen gebruikmaakt van *leverage* en (ii) de rechten van deelneming worden aangeboden aan minder dan 150 personen.²⁵ Voor beleggingsinstellin-

22 European Securities and Markets Authority (ESMA), Richtsnoeren met betrekking tot centrale begrippen van de AIFMD (ESMA/2013/611).

23 De standpuntbrief van de AFM en de DNB d.d. 16 januari 2013 is te vinden via de volgende link: <http://www.dekredietunie.nl/wp-content/uploads/2014/05/Standpuntenbrief-AFM-DNB-160113.pdf>

24 *Stcrt.* 2013, nr. 29979, 28 oktober 2013.

25 Een andere uitzondering is wanneer de deelnemingsrechten slechts

gen die hieraan voldoen, geldt een vrijstelling op de vergunningplicht. Deze instellingen dienen zich echter wel bij de AFM te registreren en jaarlijks informatie aan te leveren aan de DNB. Bovendien moet in reclame-uitingen en documenten waarin een aanbod in het vooruitzicht wordt gesteld, worden vermeld dat de beheerder niet vergunningplichtig is ingevolge deze wet en dat op hem geen toezicht wordt uitgeoefend op grond van het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen en het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen van de Wft. Wordt een kredietunie aangemerkt als een beleggingsinstelling maar blijft een kredietunie vervolgens binnen voormelde grenzen, dan is de beheerder van een dergelijke kredietunie derhalve niet vergunningplichtig en zal kunnen worden volstaan met registratie bij de AFM en het aanleveren van jaarlijkse informatie aan de DNB. De vraag is echter of de beperking van aanbidding van de rechten van deelneming aan minder dan 150 personen voor kredietunies in de praktijk werkbaar is. Zulks laat zich slechts indenken bij zeer kleinschalige kredietunies.

Naar aanleiding van de AIFM-richtlijn heeft de AFM een aantal veel gestelde vragen beantwoord. Een van die vragen luidt: 'Kwalificeert een collectief beleggingsvehikel dat uitsluitend kapitaal ophaalt bij beleggers in de vorm van vreemd vermogen als alternatieve beleggingsinstelling?' Onder voorbehoud van een eventuele nadere toelichting van de Europese Commissie en/of ESMA op dit punt, is de AFM voornamelijk van oordeel dat een collectief beleggingsvehikel dat uitsluitend kapitaal ophaalt bij de beleggers in de vorm van vreemd vermogen niet als alternatieve beleggingsinstelling kwalificeert.²⁶ Dat zou wellicht nog een oplossing zijn voor kredietunies om buiten de reikwijdte van de regelgeving voor beleggingsinstellingen te blijven. Of de gelden die een kredietunie aantrekt als vreemd of als eigen vermogen kwalificeren, zal echter afhankelijk zijn van de titel waaronder de kredietunie de desbetreffende gelden aantrekt. Zoals hiervoor reeds uiteengezet, kan een kredietunie gelden aantrekken door uitgifte van ledencertificaten of door kapitaalstorting door leden. Indien op deze wijze kapitaal wordt opgehaald, zullen de aangetrokken gelden naar onze inschatting als eigen vermogen worden gekwalificeerd. Indien de kredietunie gelden aantrekken in de vorm van deposito's en de uitgifte van obligaties met het recht van terugbetaling van het gehele nominale geleende bedrag zullen naar onze inschatting de aangetrokken gelden als vreemd vermogen worden gekwalificeerd.

4.2 Kredietunies volgens het kredietbemiddelingsmodel

Bij kredietunies die zijn gebaseerd op het kredietbemiddelingsmodel speelt vooral het verbod op het 'bemiddelen in het aantrekken van opvorderbare gelden' een rol. In dit scenario is het niet de kredietunie zelf die opvorderbare

gelden aantrekt, maar het lid dat via de kredietunie een krediet ontvangt van de andere leden. De kredietunie speelt daarbij een bemiddelende rol.

4.2.1 Het aantrekken van opvorderbare gelden door het kredietnemend lid

Een mkb-onderneming die in het kader van zijn bedrijf een lening nodig heeft en deze verkrijgt van het publiek/buiten besloten kring trekt opvorderbare gelden aan. Hij trekt immers gelden aan, waarvan op voorhand vaststaat dat en hoeveel moet worden terugbetaald en doet dat 'in de uitoefening van een bedrijf'. De AFM onderschrijft dit standpunt ook in haar rapport over crowdfunding van december 2014.²⁷ Bij crowdfunding door mkb-ondernemingen constateert de AFM dat deze kredietnemers mogelijk opvorderbare gelden aantrekken. Dit wordt voor crowdfunding als een disproportionele belemmering gezien en de minister van Financiën heeft bij brief van 31 maart 2015 reeds toegezegd per 1 januari 2016 met een vrijstelling te komen voor mkb-ondernemingen die via crowdfunding opvorderbare gelden aantrekken. De voorwaarden waaronder een dergelijke vrijstelling geldt, zoals begrenzing tot een maximumbedrag per geldvrager, zijn nog onderwerp van nadere uitwerking.²⁸ Het ligt in de rede dat deze vrijstelling ook zal gaan gelden voor mkb-ondernemingen die via kredietbemiddelende kredietunies opvorderbare gelden aantrekken.

4.2.2 Bemiddelen in het aantrekken van opvorderbare gelden

Niet alleen het aantrekken van opvorderbare gelden is echter verboden, ook het als tussenpersoon werkzaamheden verrichten ten behoeve van het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek is verboden. De AFM houdt hier toezicht op. Indien moet worden aangenomen dat de kredietnemers opvorderbare gelden aantrekken als bedoeld in art. 3:5 Wft, dan treedt de kredietunie in het kredietbemiddelingsmodel op als tussenpersoon in de zin van de art. 4:3 Wft. Op het verbod om als tussenpersoon werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het aantrekken van opvorderbare gelden, bestaat wel een aantal uitzonderingen en van dit verbod kan ontheffing worden aangevraagd. Op grond van art. 4:3 lid 4 Wft kan de AFM ontheffing verlenen van het verbod om werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het aantrekken van opvorderbare gelden. De Coöperatieve Kredietunie Brabant U.A. en de Coöperatieve Kredietunie Midden-Nederland U.A. zijn gebaseerd op het kredietbemiddelingsmodel en beschikken over een ontheffing tot het bemiddelen in kredietovereenkomsten van mkb-ondernemingen.²⁹

kunnen worden verworven tegen een tegenwaarde van ten minste € 100.000, maar dat zal voor kredietunies geen reële optie zijn (art. 2:66a lid, 1 onder b, sub 2 en 3 Wft).

26 Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/aifm/aifm/faq>.

27 Crowdfunding, naar een duurzame sector, december 2014, te raadplegen op www.afm.nl.

28 Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 31 311, nr. 148.

29 Zie het AFM-register op www.afm.nl, onder vergunningnummer 19000016 resp. 19000011.

Hoofdcriterium bij het verkrijgen van een ontheffing is of 'de belangen die het Deel Gedragtoezicht Wft beoogt te beschermen anderszins voldoende worden beschermd'. In art. 2 en 3 van het Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen (Bgfo) is dit nader uitgewerkt. Om voor een ontheffing in aanmerking te komen, moet (i) de betrouwbaarheid van de dagelijks beleidsbepalers buiten twijfel staan en (ii) de onderneming de wederpartij duidelijk en volledig informeren over diens rechten en plichten met betrekking tot de overeenkomst. Werkzaamheden mogen pas worden verricht nadat de AFM een besluit heeft genomen over de betrouwbaarheid (zes weken na ontvangst melding). Waar de minister van Financiën voor mkb-ondernemingen die via crowdfunding opvorderbare gelden aantrekken een vrijstelling heeft toegezegd op het verbod tot het aantrekken van opvorderbare gelden, is voor de crowdfundingplatformen die bemiddelen in opvorderbare gelden juist een verzwaring van het ontheffingsregime aangekondigd.³⁰ Over de bemiddeling door kredietunies is in de Wet toezicht kredietunies geen bijzondere regeling opgenomen. Hierbij zal derhalve moeten worden aangeknoopt bij de hiervoor genoemde regelingen over bemiddelen in opvorderbare gelden. Gelet op de parallellen tussen een crowdfundingplatform dat bemiddelt in opvorderbare gelden en een kredietunie die bemiddelt in opvorderbare gelden zullen de AFM en de minister naar verwachting de verzwaring van het ontheffingsregime ook noodzakelijk achten voor kredietunies.

5. De Wet toezicht kredietunies: een oplossing voor het bankverbod en het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden

Kredietunies zijn politiek geadopteerd door Agnes Mulder en Eddy van Hijum van het CDA. Zij hebben zich sterk gemaakt voor het faciliteren van kredietunies en hebben daartoe een initiatiefwetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wft en enkele andere wetten met het oog op het tot stand brengen van een passend regelgevend kader voor kredietunies, de Wet toezicht kredietunies. Binnen deze nieuwe kaders is het de verwachting dat de kredietunie als alternatieve financieringsvorm terrein zal gaan winnen. Dit is het eerste initiatiefwetsvoorstel dat voorziet in wijziging van de Wft en om die reden reeds noemenswaardig.

5.1 Definities en reikwijdte

Met de Wet toezicht kredietunies wordt art. 1:1 Wft uitgebreid met een definitie van kredietunie. Onder een kredietunie wordt verstaan: *'een coöperatie waarvan de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie, die haar bedrijf maakt van: a. het bij haar leden aantrekken van opvorderbare gelden; en b. het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen aan haar leden ten behoeve van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van die leden.'*

³⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 31 311, nr. 148.

De afbakening van het begrip 'kredietunie' is essentieel. Hiermee wordt namelijk bepaald welke organisaties en welke activiteiten worden uitgezonderd van het voor banken geldende communautaire raamwerk en onder het lichtere regime voor kredietunies onder de Wft worden gebracht.

In de definitie komt de *common bond* terug in het criterium dat *'de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie'*. In de statuten en/of het huishoudelijk reglement zal de kredietunie derhalve de toelatingscriteria voor de leden moeten formuleren. De vraag is in hoeverre hiermee daadwerkelijk sprake is van een *common bond*. Voor MKB Kredietunie Noord-Limburg geldt op grond van de statuten bijvoorbeeld dat lidmaatschap openstaat voor natuurlijke en rechtspersonen die behoren tot bij huishoudelijk reglement vastgestelde beroepsgroepen en/of woonachtig of hun beroep/bedrijf uitoefenen in Noord-Limburg. Dat zet de deur open voor een redelijk divers gezelschap. Voor de praktijk zal van belang zijn hoe DNB het toezicht op het criterium dat *'de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie'* gaat inrichten.

Kredietunies die alleen werken volgens het kredietbemiddelingsmodel en dus niet zelf opvorderbare gelden aantrekken of voor eigen rekening en risico kredieten uitzetten, vallen niet onder de definitie van 'kredietunie', waardoor er voor deze kredietunies niets verandert in het toepasselijke wettelijke regime met de komst van de Wet toezicht kredietunies. Voorts wordt de kredietunie uitgesloten in de definitie van 'bank', zodat de kredietunie niet wordt aangemerkt als bank in de zin van de Wft.

Op basis van de definitie mag een kredietunie in ieder geval (i) bij haar leden opvorderbare gelden aantrekken en (ii) voor eigen rekening en risico kredietuitzettingen doen. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat een kredietunie daarnaast de werkzaamheden mag verrichten die met de uitoefening van het bedrijf van een kredietunie samenhangen.³¹ Voor andere bedrijfswerkzaamheden waarvoor een vergunningplicht ingevolge de Wft geldt, bijvoorbeeld voor het beheren van een beleggingsinstelling, dient de kredietunie te beschikken over een door de bevoegde toezichthouder verleende vergunning, tenzij een vrijstelling bestaat.

Opgemerkt wordt overigens dat de naam 'kredietunie' niet zal worden beschermd zoals wel het geval is met de naam

³¹ Kamerstukken II 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 11. Concreet worden werkzaamheden genoemd zoals contanten- en/of zekerhedenbeheer en de opslag en verwerking van gegevens, het aantrekken van gelden bij professionele marktpartijen en/of het aantrekken van gelden door middel van het aanbieden van effecten in overeenstemming met het ingevolge hoofdstuk 5.1 Wft bepaalde.

'bank'³², zodat iedere organisatie zichzelf een kredietunie mag noemen. Dit betekent ook dat kredietunies die alleen zijn gebaseerd op het kredietbemiddelingsmodel, zoals de Coöperatieve Kredietunie Brabant U.A. en de Coöperatieve Kredietunie Midden-Nederland U.A. en die niet voldoen aan de definitie van de kredietunie in art. 1:1 Wft, toch de naam kredietunie mogen blijven gebruiken. Als een dergelijke organisatie echter kredietunie-activiteiten ontplooit en daarmee in strijd handelt met de Wft, kan DNB ingrijpen.³³

5.2 Vergunningplicht

In de Wft wordt een nieuwe afdeling 2.2.4D (nieuw) toegevoegd die ziet op het uitoefenen van het bedrijf van kredietunie. Art. 2:54o Wft (nieuw) introduceert een verbod voor een ieder met zetel in Nederland om zonder een vergunning van DNB het bedrijf van kredietunie uit te oefenen. Art. 2:54p Wft (nieuw) bepaalt dat DNB op aanvraag een vergunning kan verlenen, mits de aanvrager aantoont dat hij voldoet aan een aantal prudentiële regels. DNB kan op aanvraag geheel of gedeeltelijke ontheffing verlenen van eisen, uitgezonderd de geschiktheid en betrouwbaarheid van de beleidsbepalers, toezichthouders en leidinggevende en ten aanzien van de ondoorzichtigheid van de zeggenschapsstructuur.³⁴ Art. 311 van het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft (nieuw), zoals gewijzigd door het Ontwerpbesluit toezicht kredietunies³⁵ bepaalt welke gegevens bij de vergunningaanvraag moeten worden overgelegd.

Anders dan de meeste vergunningen op grond van de Wft, geldt dat een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van kredietunie geen Europees paspoort betreft. Dat betekent dat een kredietunie met zetel in Nederland geen activiteiten mag verrichten buiten Nederland. Het betekent ook dat een kredietunie met zetel in een andere lidstaat, die daar wellicht een vergunning heeft of het anderszins is toegestaan activiteiten te verrichten, in Nederland alsnog een vergunning behoeft op grond van art. 2:54o Wft (nieuw).

5.3 Vrijstelling en bovengrens

Bij ministeriële regeling kan geheel of gedeeltelijk vrijstelling worden verleend van de vergunningsplicht op grond van art. 2:54o Wft (nieuw). Aan deze geheel of gedeeltelijke vrijstelling kunnen voorschriften worden verbonden.³⁶ Hieraan wordt uitvoering gegeven met de Ontwerpregeling toezicht kredietunies dat de Vrijstellingsregeling Wft wijzigt.³⁷ Op grond van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft (nieuw) worden de kleinste kredietunies met een totaal

aan aangetrokken opvorderbare gelden van niet meer dan € 10 mln. vrijgesteld van de vergunningplicht. Voorwaarde is wel dat deze kredietunies op hun websites, in reclameuitingen en in documenten over hun bedrijfsactiviteiten vermelden dat zij niet vergunningplichtig zijn en niet onder toezicht van DNB of de AFM staan. De gedachte achter de vrijstelling van deze kredietunies met beperkte omvang is dat deze geen bedreiging vormen voor de stabiliteit van het financiële stelsel en voor toezicht gericht op het beschermen van de positie van de aan dergelijke kleinschalige activiteiten deelnemende ondernemingen een maatschappelijk belang ontbreekt.³⁸ Daarbij wordt de aanneming gedaan, dat naarmate de kredietunie kleiner is, de betrokkenheid van de leden bij de kredietunie zal toenemen.³⁹ De precieze voorwaarden voor de vrijstelling zijn echter nog niet voorhanden. De kredietunies die op grond van art. 1e Vrijstellingsregeling Wft (nieuw) zijn vrijgesteld van de vergunningplicht, zijn op grond van art. 18b en 34 Vrijstellingsregeling Wft (nieuw) ook vrijgesteld van het prudentiële respectievelijk gedragstoezicht.

Behalve een vrijstelling voor de kleinere kredietunies, zal ook een bovengrens worden geïntroduceerd voor de omvang van het door kredietunies beheerde vermogen en aantal leden. Op grond van art. 3:38c Wft (nieuw) kan bij ministeriële regeling de maximale hoeveelheid aangetrokken opvorderbare gelden en het maximale aantal leden worden bepaald. Ook hieraan is uitvoering gegeven met de Ontwerpregeling toezicht kredietunies. De Ontwerpregeling toezicht kredietunies voegt een art. 20j toe aan de Uitvoeringsregeling Wft, op grond waarvan een kredietunie een maximaal bedrag aan aangetrokken opvorderbare gelden van € 100 mln. mag hebben en een maximaal aantal leden van 25.000. Ondernemingen waarvan het totaal aan beheerde activa of het totaal aantal leden meer bedraagt dan voornoemde € 100 mln. dan wel 25.000 leden zullen, ten behoeve van de uitoefening van hun bedrijfswerkzaamheden, de Wft overtreden en moeten beschikken over een bankvergunning als bedoeld in art. 2:11 Wft, aldus de wetgever.⁴⁰ Het is maar de vraag in hoeverre dat laatste mogelijk is. Kredietunies zijn immers uitdrukkelijk uitgesloten van de definitie van 'bank' in art. 1:1 Wft (nieuw). In zoverre kunnen kredietunies ook geen bankvergunning op grond van art. 2:11 Wft aanvragen.

5.4 Criteria vergunning

Wat betreft de vergunningcriteria voor kredietunies wordt aangesloten bij de structuur en systematiek van de Wft. Deel 2 Wft ziet op de markttoegang en bepaalt voor welke diensten een vergunning nodig is. Voorts stelt het de criteria vast waaraan moet zijn voldaan voor vergunningverlening. Deze verplichtingen zijn nader uitgewerkt in het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft.

32 Art. 3:7 Wft.

33 *Handelingen II* 2014-2015, nr. 62, item 9, p. 1.

34 Art. 2:54p lid 3 Wft (nieuw).

35 Ontwerpbesluit toezicht kredietunies, te raadplegen op www.internet-consultaties.nl.

36 Art. 2:54q Wft (nieuw).

37 Ontwerpregeling toezicht kredietunies, te raadplegen op www.internet-consultaties.nl.

38 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 4.

39 *Handelingen II* 2014-2015, nr. 62, item 9, p. 10.

40 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 4.

Om voor een vergunning van DNB in aanmerking te komen, dient de aanvrager aan te tonen dat zal worden voldaan aan de eisen van deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit. Voorts dient het dagelijks beleid te worden bepaald door ten minste twee natuurlijke personen. Daarnaast moet worden voldaan aan de op grond van de wet gestelde eisen met betrekking tot de zeggenschapsstructuur en de inrichting van de bedrijfsvoering. Deze mag niet zo ondoorzichtig zijn, dat deze een belemmering vormt voor het adequaat uitoefenen van toezicht op die kredietunie. Door de aanvrager moet verder nog worden aangetoond dat voldaan zal worden aan de op grond van de wet gestelde eisen van het minimum eigen vermogen en aan de eisen ten aanzien van voldoende solvabiliteit en liquiditeit.⁴¹ Tot slot zal aangetoond moeten worden dat wordt voldaan aan de bij ministeriele regeling te bepalen maximale hoeveelheid aangetrokken opvorderbare gelden en een maximaal aantal leden.⁴²

5.5 Prudentieel toezicht

Kredietunies met een vergunning worden onderworpen aan prudentiële eisen die aansluiten bij de aard van hun bedrijf. Zo zijn de artikelen met betrekking tot de geschiktheid en betrouwbaarheid van de beleidsbepalers, toezichthouders en leidinggevend⁴³ van overeenkomstige toepassing en moet het beleid gericht zijn op een integere bedrijfsuitoefening⁴⁴, moeten ten minste twee personen het dagelijks beleid bepalen⁴⁵ en mag de zeggenschapsstructuur niet zo ondoorzichtig zijn dat deze een belemmering vormt voor het adequaat uitoefenen van het toezicht op die kredietunie.⁴⁶ Verder moet de aanvrager aantonen dat aan enkele artikelen ten aanzien van de structurering en inrichting zal worden voldaan.⁴⁷ Een kredietunie richt kortom de bedrijfsvoering zodanig in dat deze een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgt. De bedrijfsvoering van de kredietunie omvat de volgende aspecten: i) algemene aspecten van bedrijfsvoering; ii) integriteitsaspecten, iii) prudentiële aspecten, gericht op soliditeit van de onderneming, alsmede voor zover van toepassing, iv) gedragsaspecten gericht op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten en deelnemers.⁴⁸

Met het oog op de bescherming van geldverschaffers en het vertrouwen in de financiële stabiliteit van de kredietunies, worden voorts eisen gesteld aan de financiële soliditeit van kredietunies. Hierbij wordt wel rekening gehouden met de aard, omvang, risico's en complexiteit van de werkzaamheden van kredietunies.

41 Art. 3:53, 3:57 en 3:63 Wft (nieuw).

42 Art. 3:38c Wft (nieuw).

43 Art. 3:8 en 3:9 Wft.

44 Art. 3:10 Wft.

45 Art. 3:15 Wft.

46 Art. 3:16 Wft.

47 Art. 3:17 Wft.

48 Kamerstukken II 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 6.

Uiteindelijk zijn het 'light' voorwaarden, vergeleken met de prudentiële voorwaarden die gelden voor banken. De precieze prudentiële voorschriften zijn neergelegd in het Besluit prudentiële regels Wft, zoals gewijzigd door het Ontwerpbesluit toezicht kredietunies. In het kort, kredietunies zullen op grond van art. 48 lid 1 onder r Besluit prudentiële regels Wft (nieuw) moeten beschikken over een minimum eigen vermogen van € 1 mln. Opvallend is dat in de memorie van toelichting bij het initiatiefwetsvoorstel toezicht kredietunies de gedachten nog uitgingen naar een bedrag van € 500.000.⁴⁹ Een kredietunie dient ook te beschikken over voldoende solvabiliteit. Op grond van art. 61 Besluit prudentiële regels Wft (nieuw) moet een kredietunie beschikken over een minimumomvang van het toetsingsvermogen van tien procent van de totale, ongewogen risicoblootstelling van de kredietunie. Een kredietunie dient voorts te beschikken over voldoende liquiditeit. Hierbij wordt aangesloten bij de systematiek die geldt voor banken, met dien verstande dat de uitwerking eenvoudiger zal zijn. Zo zullen kredietunies met name opvorderbare gelden aantrekken in de vorm van deposito's of obligaties met een bepaalde looptijd. Hierdoor is het niet nodig om kredietunies te verplichten de liquiditeitspositie voor een weekperiode te berekenen, maar kan worden volstaan op maandbasis.⁵⁰ Voor de goede orde, deze prudentiële voorschriften zullen alleen gelden voor kredietunies die niet zijn vrijgesteld op grond van art. 18b Vrijstellingsregeling Wft (nieuw).

5.6 Gedragstoezicht

In het ter consultatie gelegde voorstel voor de Wet toezicht kredietunies was nog een art. 4:2e Wft opgenomen, op grond waarvan het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, met uitzondering van art. 4:3 Wft (bemiddelen in opvorderbare gelden), niet van toepassing was op kredietunies die het op grond van afdeling 2.2.4D (nieuw) was toegestaan in Nederland hun bedrijf uit te oefenen. Die uitsluiting is in het uiteindelijke initiatiefvoorstel geschrapt.⁵¹ Omdat de leden van kredietunies echter per definitie handelen ten behoeve hun beroeps- of bedrijfsvoering en dus geen consumenten zijn, is de reikwijdte van het gedragstoezicht beperkt. De gedragsregels richten zich immers vooral op de bescherming van consumenten. Feitelijk zal alleen art. 4:19 Wft van belang zijn.⁵² Art. 4:19 Wft betreft algemene regels voor informatievoorziening. Voor kredietunies is dat vooral de informatie die moet worden verstrekt in het kader van het aantrekken van opvorderbare gelden als gevolg van het aanbieden van effecten (bijvoorbeeld bij de uitgifte van ledencertificaten). Voor de goede orde, ook voor de gedragsvoorschriften geldt dat deze alleen gelden voor kredietunies die niet zijn vrijgesteld op grond van art. 34 Vrijstellingsregeling Wft (nieuw).

49 Kamerstukken II 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 7.

50 Art. 108 Besluit prudentiële regels Wft (nieuw).

51 Kamerstukken II 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 9.

52 Kamerstukken II 2013-2014, 33 949, nr. 3, p. 7.

5.7 Inwerkingtreding

Eind april 2015 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel aangenomen. De lagere regelgeving, wijziging van het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft, Besluit prudentiële regels Wft en de Vrijstellingsregeling Wft is nog niet voorhanden.

Inwerkingtreding van de wet is bovendien nog afhankelijk van de bereidheid van de Europese Commissie. In beginsel kwalificeren kredietunies als kredietinstelling (bank) op grond van het voor banken geldend communautaire raamwerk: de Richtlijn kapitaalvereisten (nr. 2013/36/EU) en de Verordening kapitaalvereisten (EU nr. 575/2013) en geldt een vergunningplicht. In dit raamwerk wordt echter het belang van kleinschalige bankactiviteiten, zoals kredietunies, onderschreven. In art. 2 van de Richtlijn kapitaalvereisten zijn kredietunies in zes lidstaten uitgezonderd van het toepassingsbereik van het communautaire raamwerk. Voor de inwerkingtreding van de Wet toezicht kredietunies is vereist dat Nederlandse kredietunies worden toegevoegd aan deze uitzondering. Dat kan via een zogenaamde uitvoeringshandeling als bedoeld in art. 146 van de Richtlijn Kapitaalvereisten door de Europese Commissie.

6. Afrondend

Met de Wet toezicht kredietunies wordt voor de kredietunies die zijn gebaseerd op het centralekasmodel een op maat gesneden wettelijke basis gecreëerd. Kredietunies krijgen binnen de voorgenoemde wettelijke kaders veel vrijheid en ruimte om door te groeien tot een alternatieve financieringsvorm die in belangrijke mate kan bijdragen aan de financieringsbehoefte van het mkb. Die doorgroei is wel uitdrukkelijk beperkt tot de genoemde bovengrens van € 100 mln. aan beheerde activa en/of 25.000 leden. Kredietunies die deze grens te boven gaan, handelen in strijd met de Wft en het uitgangspunt dat grotere kredietunies een reguliere bankvergunning moeten aanvragen, miskent dat kredietunies zijn uitgesloten van de definitie van 'bank' en dus ook niet in aanmerking komen voor een bankvergunning.

In de Wet toezicht kredietunies is een kredietunie ruim geformuleerd. De *common bond* binnen een kredietunie komt terug in de definitie door te bepalen dat *'de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie'*. Met een ruim geformuleerde toelatingsbepaling in de statuten en/of het huishoudelijk reglement van een coöperatie lijkt relatief eenvoudig te kunnen worden voldaan aan het criterium dat *'de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie'*. Wij zien in de huidige opzet dan ook voldoende ruimte voor initiatieven die veel gelijkenissen vertonen met de structuur en opzet van een 'echte kredietunie', maar waarbij in de praktijk de *common bond* niet of in mindere mate aanwezig is,

zoals het optuigen van een crowdfundingstructuur in een coöperatieve vereniging. Dergelijke initiatieven kunnen onder de Wet toezicht kredietunies gebruikmaken van de ruimte die de vrijstelling van de vergunningplicht biedt, zonder dat daar de controle van een echte *common bond* en coaching tegenover hoeft te staan.

Een andere vraag is of en wanneer een kredietunie kan worden aangemerkt als een beleggingsinstelling en of de beheerder van een dergelijke kredietunie in dat geval over een vergunning voor het beheren van een beleggingsinstelling dient te beschikken. Op basis van de ESMA-richtsnoeren lijkt het ons, hoe succesvol kredietunies ook kunnen zijn als coachingondernemingen, dat moeilijk kan worden volgehouden dat de coachingactiviteiten de voornaamste activiteiten van een kredietunie zijn. Dat zou betekenen dat kredietunies volgens het centralekasmodel dus wel degelijk als beleggingsinstelling moeten worden aangemerkt. In het wetsvoorstel blijft dit punt onderbelicht. De wetgever lijkt ervan uit te gaan dat (nieuwe) kredietunies zodanig worden ingericht dat zij opvorderbare gelden aantrekken en dus vreemd vermogen. In het licht van de FAQ van de AFM over de AIFM-richtlijn, speelt de AIFM-richtlijn dan geen rol. Of dat helemaal juist is, valt nog maar te bezien. In de eerste plaats is het oordeel van de AFM erg kort door de bocht en maakt zij ook zelf de nodige voorbehouden. In de tweede plaats laat de Wet toezicht kredietunies onverlet dat kredietunies er ook voor kunnen blijven kiezen gelden van hun leden via een andere titel aan te trekken dan als opvorderbare gelden/vreemd vermogen.

Hoewel met het wetsvoorstel Wet toezicht kredietunies een eenduidig en eenvoudiger regime wordt gecreëerd voor kredietunies, blijven ook de huidige constructies tot de mogelijkheden behoren. Voor kredietunies die zijn gebaseerd op het kredietbemiddelingsmodel verandert er met de Wet toezicht kredietunies eigenlijk niets. Voor hen is vooral van belang de in het kader van crowdfunding aangekondigde verzwarende van het regime voor het bemiddelen in opvorderbare gelden.

Over de auteurs

Mr. M.H.P. Claassen is advocaat bij Lauxtermann Advocaten te Amsterdam en mr. J.L. Snijders is advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam.

De auteurs zijn veel dank verschuldigd aan mr. F.M. van Peski, advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam, voor haar ondersteuning en kritische blik.