

De overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten

mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Sniijders¹

Op 24 december 2019 heeft de Minister van Financiën een wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft ter consultatie voorgelegd.² De consultatie stond open tot 16 februari 2020.³ Met de wijziging wordt onder andere de vrijstelling voor de vergunningplicht voor het aanbieden van krediet gewijzigd voor partijen die vorderingen uit kredietovereenkomsten verkrijgen. Hoewel de wijziging wordt gebracht als een verlichting en een verduidelijking, pakt deze bepaald anders uit. In dit artikel staan we stil bij de toezichtrechtelijke aspecten en context bij de overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten, plaatsen we een aantal kritische noten bij de voorgestelde wijziging en staan we nog stil bij een aantal onderwerpen die aandacht verdienen bij de overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten.

1. Vrijstelling voor ondernemingen die vorderingen overnemen

Ingevolge art. 2:60 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) is het verboden om (hypothecair en consumptief) krediet (zoals gedefinieerd in art. 1:1 Wft) aan te bieden zonder een daartoe verleende vergunning van de AFM. Het aanbieden van krediet is een breed begrip. Het omvat niet alleen het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het 'als wederpartij aangaan' van een kredietovereenkomst met een consument, maar ook het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst.

Bij de inwerkingtreding van de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd), de voorloper van de Wet op het financieel toezicht, is onderkend dat de ruime definitie van 'aanbieden'

onbedoelde gevolgen zou kunnen hebben voor de securitisatiepraktijk. Bij een securitisatie cedeert de oorspronkelijke kredietaanbieder (de 'lender of record') haar vorderingsrechten uit de kredietovereenkomst aan een 'special purpose vehicle' (spv). De spv financiert de aankoop van de vorderingen door de uitgifte van (veelal) obligatieleningen. Volgens de (civielrechtelijk onjuiste) redenering van de wetgever zou de spv als gevolg van de cessie 'wederpartij' worden bij de overeenkomst: 'Indien de juridische eigendom van de vorderingen wel overgaat op de spv, wordt de spv in dat geval wederpartij bij de betreffende overeenkomsten inzake krediet. De spv valt dan als uitvoerende wederpartij bij de kredietovereenkomsten volledig onder het wetsvoorstel'.⁴ Daarmee zou de spv dus vergunningplichtig worden onder de Wfd/Wft. De wetgever constateerde evenwel dat een spv in de praktijk de kredietovereenkomst niet zelf uitvoert. Meestal zal een andere onderneming, de 'kredietbeheerder',⁵ de spv assisteren bij het beheer en de uitvoering van de overeenkomsten. Deze kredietbeheerder zal in dat geval onder de wet vallen als bemiddelaar in krediet. De wetgever heeft daarop besloten dat de spv is vrijgesteld van de vergunningplicht voor het aanbieden van krediet, mits de vorderingen worden beheerd en

1. Mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Sniijders zijn advocaat bij FIZ advocaten in Rotterdam.
2. Het voorstel van 24 december 2019 van de Minister van Financiën tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft ter consultatie gelegd in verband met het aanpassen van de artikelen die betrekking hebben op het overdragen van vorderingen uit hoofde van een kredietovereenkomst en de Uitvoeringsregeling Wft in verband met het aanpassen van de dekkingsbedragen voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering, te raadplegen op <https://www.internetconsultatie.nl/vorderingenuitkredietovereenkomst>
3. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Dutch Securitisation Association (DSA), Loyens&Loeff en FIZ advocaten hebben gereageerd. De reacties zijn te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/vorderingenuitkredietovereenkomst>

4. Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 76. Zie ook de toelichting op art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft, *Stcrt.* 2006, 229.
5. Zie de definitie in artikel 1 van de Vrijstellingsregeling Wft.

uitgevoerd door een partij die een vergunning heeft om krediet aan te bieden of daarin te bemiddelen.^{6,7} Het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft bepaalt dat ondernemingen die ‘de juridische eigendom verkrijgen’⁸ van vorderingen uit hoofde van overeenkomsten inzake krediet die zij niet zelf als wederpartij zijn aangegaan, zijn vrijgesteld van de vergunningplicht op grond van art. 2:60 lid 1 Wft voor zover:

1. 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
2. die kredietbeheerder de informatie, bedoeld in art. 68 van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo), verstrekt op de in dat artikel voorgeschreven wijze.

Merk op dat de toepasselijkheid van de vrijstellingsregeling niet is beperkt tot securitisatie-spv's, maar ziet op alle ondernemingen die rechthebbende worden van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten. Dat is terecht, want de overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten is immers niet beperkt tot securitisatietransacties.⁹ Ook bij

de verkoop van portefeuilles hypothecair krediet aan institutionele beleggers (‘whole loan sale transacties’), ‘warehousetransacties’ of covered bonds transacties worden vorderingen uit hoofde van (hypothecair) krediet overgedragen aan een spv, waarbij de oorspronkelijke kredietverstrekker civielrechtelijk de wederpartij blijft en waarbij ook het beheer en de uitvoering bij de oorspronkelijke kredietverstrekker blijft. Verder is de vrijstelling ook van belang bij bepaalde structuren van crowdfunding waarbij het crowdfundingplatform zelf optreedt als aanbieder van krediet, om de vorderingen uit hoofde van de kredietovereenkomst vervolgens over te dragen aan de ‘crowd.’ Mits ook verder voldaan aan alle criteria voor het ‘aanbieden van krediet’, waaronder dat moet worden gehandeld in de uitoefening van beroep of bedrijf en krediet moet worden verstrekt aan consumenten, biedt ook daar art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft een vrijstelling van de vergunningplicht voor de verkrijgende onderneming/‘crowd’.¹⁰ Op grond van art. 43 lid 4 van de Vrijstellingsregeling Wft zijn ondernemingen die voldoen aan art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft eveneens vrijgesteld van het ingevolge het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft bepaalde. Een onderneming die voldoet aan de voorwaarden van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft valt door deze vrijstelling derhalve volledig buiten de werking van de Wft.

Een kredietbeheerder is in art. 1 onderdeel b van de Vrijstellingsregeling Wft gedefinieerd als de 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. Het voorgaande laat zich als volgt illustreren (zie figuur bovenaan volgende pagina):

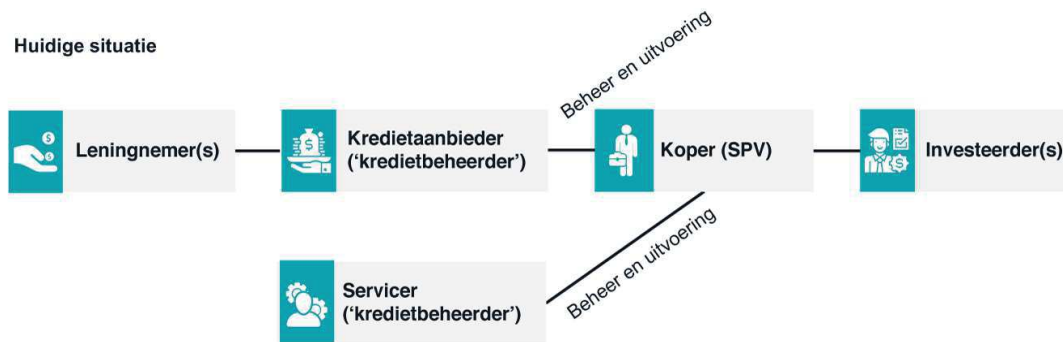
2. De voorgestelde wijziging

Met de voorgestelde wijziging wordt art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft gewijzigd. Na wijziging zijn ondernemingen waaraan vorderingen uit hoofde van een overeenkomst inzake krediet zijn overgedragen, vrijgesteld van de vergunningplicht voor het aanbieden van krediet ex art. 2:60 lid

-
6. Art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft dat vrijwel een-op-een is overgenomen van art. 2 van de Vrijstellingsregeling Wft. Zie ook de toelichting op art. 2 van de Vrijstellingsregeling Wft (Stcr. 2005, 247) en art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft (Stcr. 2006, 229).
 7. De principiële vraag kan worden gesteld in hoeverre een onderneming die vorderingen uit hoofde van een kredietovereenkomst verkrijgt, daadwerkelijk kwalificeert als aanbieder van krediet, zoals de wetgever meent. Een spv dient vooral als *bankruptcy remote*-entiteit en heeft ook geen personeel. De oorspronkelijke kredietaanbieder blijft verder de contractuele wederpartij en staat onder toezicht. Met het overnemen van vorderingen wordt de verkrijgende ondernemingen – anders dan de wetgever meent – geen wederpartij bij de kredietovereenkomst. Zeker bij stille cessie, waarbij de verkrijgende onderneming bij de consument volledig buiten beeld is en waarbij ook de inningsbevoegdheid bij de oorspronkelijke kredietaanbieder blijft, laat zich niet goed inzien hoe en waarom de verkrijgende onderneming zou kunnen worden aangemerkt als aanbieder van krediet. Het leidt ook tot de wat vreemde situatie dat er twee kredietaanbidders zijn, waarbij het laat zich ook niet goed indenken op grond waarvan de AFM jegens de verkrijgende onderneming als aanbieder van krediet zou kunnen en moeten handhaven.
 8. Civielrechtelijk juist: ‘die rechthebbende worden van de vorderingen.’
 9. Zie voor de definitie van ‘securitisatie’ art. 2 van de Verordening (EU) nr. 2017/2402 van 12 december 2017 tot vaststelling van een algemeen kader voor securitisatie en tot instelling van een specifiek kader voor eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde securitisatie, *PbEU* 2017, L347 (STS-Verordening), J.C. Hintzen, De securitisatie verordening: een nieuw regulatorisch kader voor securitisaties, *FR* 2019, nr. 8/9, en E.P.M. Joosen, Rndom het nieuws: securitisation of the third kind, *FR* 2019, nr. 4.

-
10. De vrijstelling is van toepassing op de overdracht van vorderingen uit hoofde van overeenkomsten van krediet, zoals gedefinieerd in art. 1:1 Wft, kort gezegd, het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, maar ook uitstel van betaling. Vergelijkbare transacties/structuren kunnen ook zien op vorderingen uit hoofde van andere overeenkomsten, zoals leaseovereenkomsten of geldleningsovereenkomsten die niet kwalificeren als krediet zoals bedoeld in de Wft (bijvoorbeeld zakelijke buy-to-let-leningen). Als de onderliggende overeenkomst niet is gereguleerd, dan geldt dat ook voor de ondernemingen die de vorderingen uit hoofde van deze overeenkomsten verkrijgen.

Huidige situatie



1 Wft, voor zover degene die de overeenkomst inzake krediet als wederpartij is aangegaan, de overeenkomst inzake krediet blijft beheren en uitvoeren. Daarmee samenhangend komt ook de definitie van ‘kredietbeheerder’ in art. 1 onderdeel b van de Vrijstellingsregeling Wft te vervallen.

Uit de beknopte toelichting bij de voorgestelde wijziging blijkt dat het in de eerste plaats de bedoeling is om de zogenaamde ‘regiepartijen’ en investeerders (veelal institutionele beleggers) te faciliteren en hun (administratieve) lasten te beperken. Voorkomen zou moeten worden volgens de Minister dat deze partijen worden geconfronteerd met kosten voor het aanvragen van een vergunning voor het bemiddelen in respectievelijk het aanbieden van krediet. Wat precies onder ‘regiepartijen’ moet worden verstaan, wordt niet nader toegelicht. Wij nemen aan de Minister hierbij vooral partijen/hypotheeklabels zoals Merius Hypotheken (Fenerantis B.V.), Munt Hypotheken B.V. en Tulp Hypotheken (Tulpenhuis 1 B.V.) op het oog heeft. Partijen die in Nederland hypothecair krediet aanbieden dat wordt gefinancierd¹¹ door (buitenlandse) (institutionele) investeerders. Deze partijen werken op basis van een ‘originator-to-distributor’ model. Zij brengen het geld van (buitenlandse) (institutionele) investeerders en particulieren huizenkopers bij elkaar, verstrekken het krediet en beheren deze ten behoeve van de investeerders (en voeren in zoverre dus de ‘regie’).¹²

In de toelichting bij voorgestelde wijziging wordt erop gewezen dat door aanpassing van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft in de eerste plaats wordt voorkomen dat institutionele beleggers, die vorderingen uit kredietovereenkomsten overnemen van de oorspronkelijke kredietaanbieder een vergunning moeten aanvragen voor het aanbieden van krediet. In de tweede plaats verduidelijkt de voorgestelde wijziging, dat de oorspronkelijke kredietaanbieder de kredietovereenkomst kan blijven beheren en uitvoeren op basis van zijn vergunning voor

het aanbieden van krediet en hiervoor geen vergunning voor bemiddelen ex art. 2:80 lid 1 Wft behoeft. De verduidelijking dat de oorspronkelijke kredietaanbieder de kredietovereenkomst kan blijven beheren en uitvoeren op basis van zijn aanbiedersvergunning en niet ook nog eens een bemiddelingsvergunning behoeft, is uiteraard een welkome verduidelijking, hoewel wij dat wel anders zouden vormgeven, waarover hieronder meer.

Hoewel het de bedoeling is om ‘regiepartijen’ en investeerders te ontlasten en hun (administratieve) lasten te beperken, is het tegendeel het resultaat. Zoals wij hieronder zullen toelichten, beperkt de voorgestelde wijziging naar onze mening de mogelijkheden om transacties efficiënt te structureren. De noodzaak voor de wijziging is ook niet duidelijk: de wijziging voegt niets toe aan het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft. Het is onder de huidige tekst al duidelijk dat ondernemingen – waaronder ook institutionele beleggers vallen – die vorderingen verkrijgen uit hoofde van kredietovereenkomsten door middel van cessie zijn vrijgesteld als aan de relevante voorwaarden is voldaan, ongeacht of de cessie plaats vindt in het kader van securitisaties, whole loan sales, warehousetransacties of anderszins.¹³ Het nieuw voorgestelde art. 3 verandert dat uitdrukkelijk niet.

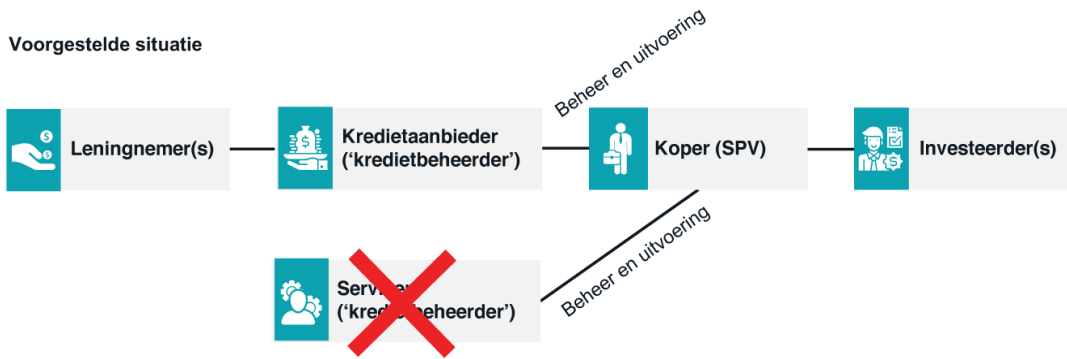
3. Gevolgen voor gebruik vrijstelling

Waar zit het (mogelijk) averechtse effect? Welnu, op grond van het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft geldt als voorwaarde voor de vrijstelling dat de vorderingen worden beheerd en uitgevoerd door ‘een kredietbeheerder’ die het is toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet

11. ‘Gefinancierd’ is niet helemaal de juiste term. De vorderingen worden gekocht door de spv waarvoor een koopsom wordt betaald, die dat doorgaans financiert door de uitgifte van obligatieleningen.

12. Zie bijvoorbeeld ook Revolutie op de hypotheekmarkt is kwestie van lange adem, *Financieel Dagblad* 23 december 2019.

13. Voor zover daarover al onduidelijkheid bestond, verduidelijkt de toelichting bij de voorgestelde wijziging dat de vrijstelling alleen geldt voor de cessie/overdracht van de vorderingen uit hoofde van overeenkomsten van krediet. In geval van contractovername – waarbij de instemming van de leningnemers is vereist – zal de verkrijgende onderneming onverkort onder de vergunningplicht voor het aanbieden van (hypothecair) krediet vallen. De oorspronkelijke kredietaanbieder zal na contractovername niet langer als aanbieder van krediet kunnen worden aangemerkt.

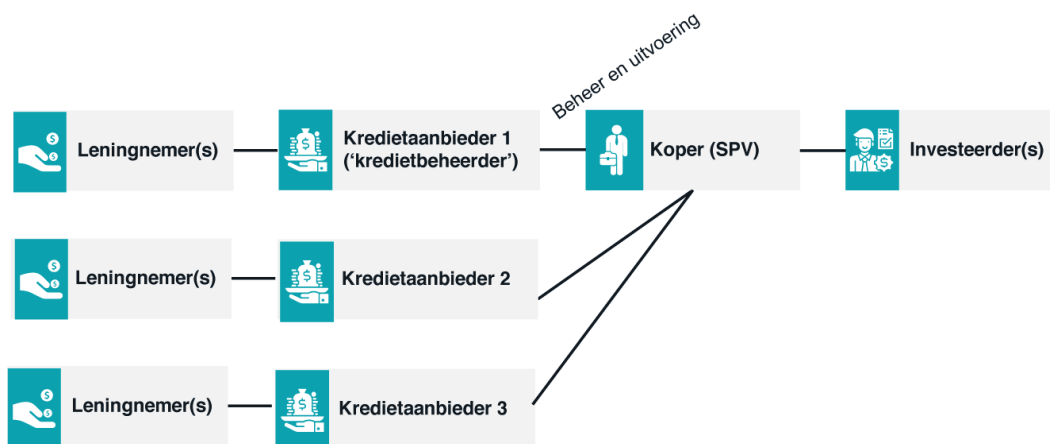


aan te bieden. Met de voorgestelde wijziging wordt deze voorwaarde in het nieuw voorgestelde art. 3 aangescherpt. Een onderneming komt onder het nieuwe art. 3 uitsluitend nog voor een vrijstelling in aanmerking, indien de vorderingen worden beheerd en uitgevoerd door 'de oorspronkelijke kredietaanbieder.' Onder het nieuwe art. 3 is het derhalve niet langer mogelijk de vorderingen rechtstreeks door een andere partij te laten beheren en uitvoeren dan de oorspronkelijke kredietaanbieder. Dit laat zich als volgt illustreren (zie figuur bovenaan deze pagina):

Waarom de vrijstelling op dit punt zou moeten worden beperkt, wordt niet toegelicht. Wij zien de logica daar ook niet van in. Het toezicht wordt niet bemoeilijkt en het belang van de consumenten lijkt niet in het geding. Immers, de 'servicing' (het beheer en het uitvoeren) van de vorderingen wordt ook onder het huidige regime door vergunninghoudende partijen verricht, die onder gedragtoezicht van de AFM staan. De beperking zorgt daarentegen wel voor mogelijk grote obstakels in de markt. De Minister lijkt zich niet te realiseren dat hoewel de oorspronkelijke kredietaanbieder in de praktijk doorgaans verantwoordelijk blijft voor het beheer en het uitvoeren van de vorderingen (al dan niet uitbesteed aan derden), het zeer wel mogelijk is dat op enig moment na overdracht de oorspronkelijke kredietaanbieder de servicing niet (meer) verricht. Deze misvatting kan een grote impact hebben. Een

als servicer vervangen moet worden (bijvoorbeeld door het afstoten van haar beheersactiviteiten). Een dergelijke gebeurtenis zou onder het huidige regime geen probleem hoeven zijn; een vergunninghoudende derde kan immers de servicing voortzetten en de spv kan gebruik blijven maken van de vrijstelling. Onder het nieuwe regime kan dat niet meer. De verkrijgende onderneming (de spv/cessionaris) zou in die situatie de portefeuille alleen mogen behouden als ze zelf een vergunning verkrijgt. Dat is voor een spv in een securitisatie of covered bond transactie een onmogelijke opgave. Een securitisatie spv zal zonder personeel niet aan de vergunningeisen kunnen voldoen. Kortom, de nieuwe regeling introduceert een risico voor de Nederlandse securitisatie- en covered bondmarkt met alle mogelijk negatieve effecten van dien.

Een tweede voorbeeld is kredietverstrekking door meerdere kredietaanbieders binnen een groep waarbij de vorderingen uit de kredietovereenkomsten worden overgedragen aan één onderneming, al dan niet binnen de groep. In dat geval worden alle vorderingen na overdracht veelal beheerd en uitgevoerd door slechts één partij. Dat kan één van de kredietaanbieders zijn, maar zou ook een andere entiteit binnen de groep kunnen zijn. Ook hiervoor geldt dat onder het huidige regime de onderneming die de vorderingen heeft verkregen vrijgesteld is van de vergunningplicht, maar dat deze onder het nieuwe voorgestelde regime niet langer van de vrijstelling



drietal voorbeelden. Ten eerste kan zich de situatie voordoen dat de oorspronkelijke kredietaanbieder op enig moment na de overdracht failliet gaat of om andere redenen

gebruik kunnen maken.

Een derde voorbeeld van een potentieel zeer nadelig effect is dat Nederlandse securitisaties mogelijk niet meer voor het STS-keurmerk¹⁴ in aanmerking kunnen komen. De STS Verordening stelt als voorwaarde aan securitisaties die in aanmerking willen komen voor het STS-keurmerk, dat de transactiedocumentatie voorziet in de mogelijkheid om de 'servicer' te vervangen om de continuïteit van de servicing te borgen.¹⁵ De 'servicer' is de 'instelling die het dagelijkse beheer van een pool van gekochte kortlopende vorderingen of de onderliggende blootstellingen aan kredietrisico verzorgt.'¹⁶ dus de 'kredietbeheerder' bedoelt in de Vrijstellingsregeling Wft. Onder de nieuwe Vrijstellingsregeling Wft wordt het waarborgen van deze continuïteit van de servicing door een derde problematisch zoals hierboven uitgelegd. In voorkomend geval zal bij het wisselen van de 'servicer' de vrijstelling immers wegvallen en zal de spv alsnog zelf ook een vergunning voor het aanbieden van krediet moeten hebben.

Wij hebben hierboven aangetoond dat de voorgestelde wijziging/beperking aanzienlijke nadelige effecten kan hebben. De partijen die hebben gereageerd op de consultatie hebben ook unaniem op de beperkingen voor de securitisatiepraktijk gewezen en de noodzaak van de wijziging ter discussie gesteld. De ratio van de beperking ontgaat ons. Zij wordt in het geheel niet toegelicht. Wij houden het er vooralsnog op dat de nadelige effecten niet waren bedoeld en hopen dat de aanpassing niet wordt geïmplementeerd.

4. Verduidelijking dat de oorspronkelijke kredietaanbieder geen vergunning voor bemiddelen behoeft

Een tweede doel dat de wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft beoogt, is het verduidelijken dat de oorspronkelijke kredietaanbieder de kredietovereenkomst kan blijven beheren en uitvoeren op basis van zijn vergunning voor het aanbieden van krediet en hiervoor dus geen vergunning voor bemiddelen ex art. 2:80 lid 1 Wft behoeft. Dat is wèl een welkome verduidelijking.

Het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft en de definitie van 'kredietbeheerder' zijn tegenstrijdig met elkaar op dit punt. Waar art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft als voorwaarde voor de

vrijstelling stelt dat de kredietovereenkomst wordt beheerd en uitgevoerd door een 'kredietbeheerder aan wie het in gevolge de wet is toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet aan te bieden', is een kredietbeheerder in art. 1 onderdeel b van de Vrijstellingsregeling Wft uitsluitend gedefinieerd als een 'bemiddelaar' die assisteert bij het beheer en de uitvoering van kredietovereenkomsten.

Het beleid van de AFM op dit punt is ook niet eenduidig. Waar de AFM in voorkomend geval desgevraagd aangeeft dat op grond van een vergunning voor het aanbieden van krediet het ook is toegestaan te bemiddelen in krediet, vereist de AFM voor een kredietbeheerder in andere securitisatie(achtige) transacties juist wel weer uitdrukkelijk een vergunning voor het bemiddelen in krediet naast de vergunning voor het aanbieden van krediet.¹⁷ Een verduidelijking van dit punt is derhalve zeer gewenst.

In onze opvatting kan ter verduidelijk de term 'kredietbeheerder' in art. 1 onderdeel b van de Vrijstellingsregeling Wft vervallen (zoals thans ook al is voorzien). In (het huidige) art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft kan de term 'kredietbeheerder' worden vervangen door 'onderneming' of, wellicht juist, 'financiële dienstverlener'. Het begrip 'financiële dienstverlener' omvat immers zowel de aanbieder van krediet als de bemiddelaar in krediet. Art. 3 van de vrijstellingsregeling Wft komt dan als volgt te luiden:

'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 voorover het beheer en de uitvoering van die overeenkomsten krachtens overeenkomst geschiedt door een kredietbeheerder financiële dienstverlener 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.'

Een alternatief zou kunnen zijn, zoals ook Loyens&Loeff heeft voorgesteld in haar consultatiereactie, om de definitie van 'kredietbeheerder' wel te behouden, maar daar naast de 'bemiddelaar in' ook de 'aanbieder van' krediet aan toe te voegen. De definitie van kredietbeheerder komt dan als volgt te luiden:

'aanbieder of bemiddelaar die in het kader van de overgang van vorderingen uit hoofde van

14. De STS Verordening bevat algemene regels die van toepassing zijn op alle securitisaties en introduceert daarnaast een STS-keurmerk. Securitisaties die voldoen aan strenge criteria mogen het STS-keurmerk voeren. Securitisaties met het STS-keurmerk genieten een voordeligere behandeling onder de kapitaalrechten voor banken en beleggingsondernemingen.

15. Zie bijvoorbeeld art. 21 lid 7 sub b van de STS-Verordening.

16. Art. 2 sub 13 van de STS-Verordening.

17. De hierboven genoemde 'regie-partijen' Fenerantis B.V., Munt Hypotheken B.V. en Tulpenhuis 1 B.V. hebben ook allemaal zowel een vergunning voor het aanbieden van als voor het bemiddelen in hypothecair krediet, zo blijkt uit het AFM-vergunningenregister.

overeenkomsten van krediet de verkrijgende onderneming assisteert bij het beheer en de uitvoering van die overeenkomsten.'

Met beide aanpassingen is duidelijk dat de oorspronkelijke aanbieder van krediet ook op grond van zijn aanbiedersvergunning de kredietovereenkomsten waarvan de vorderingen zijn overgedragen, mag blijven beheren en uitvoeren. Het 'beheren en uitvoeren' is immers ook uitdrukkelijk onderdeel van de definitie van 'aanbieden van krediet'. Tegelijkertijd is duidelijk dat de onderneming (de spv) die de vorderingen heeft overgenomen ook is vrijgesteld van de vergunningplicht, indien de vorderingen worden beheerd en uitgevoerd door een bemiddelaar, niet zijnde de oorspronkelijke aanbieder van krediet.

5. Ontheffing provisieverbod

Wij zouden verder pleiten voor een generieke ontheffing op het provisieverbod – bijvoorbeeld in een (nieuw) art. 3 lid 2 van de Vrijstellingsregeling Wft – voor 'kredietbeheerders' die bemiddelen voor partijen die vorderingen uit hoofde van hypothecaire kredietovereenkomsten verkrijgen en die voldoen aan de voorwaarden van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft.

De activiteiten van een 'kredietbeheerder' kwalificeren linksom of rechtsom als bemiddelen. Dat geldt ook als daarvoor geen afzonderlijke bemiddelingsvergunning is vereist, maar deze activiteiten ook mogen worden verricht onder een aanbiedersvergunning, zoals de Minister nu verduidelijkt. Op grond van art. 4:25a lid 2 Wft en art. 86c van het Bgfo geldt voor hypothecair krediet een provisieverbod. Dat betekent dat de bemiddelaar geen vergoeding mag ontvangen voor zijn diensten van de aanbieder van hypothecair krediet, maar rechtstreeks moet worden betaald door de klant/consument. Omdat de 'kredietbeheerder' echter louter activiteiten verricht voor de onderneming c.q. de spv, die de vorderingen verkrijgt (waar de consument veelal niet eens van op de hoogte is) en niet voor consumenten, kunnen de kosten hiervoor ook alleen bij de verkrijgende onderneming in rekening worden gebracht. In de praktijk wordt hiervoor dan ook veelal een ontheffing op het provisieverbod van de AFM gevraagd.^{18,19}

18. Zie ook de 'Interpretatie ontheffingsmogelijkheid serviceorganisaties' van de AFM van november 2012 waarin de AFM aangeeft hoe zij ontheffingsaanvragen beoordeelt (<https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/adviseurs-bemiddelaars/beloning/provisieverbod>).

19. Voor de goede orde, de AFM houdt op haar website een overzicht bij van de verleende ontheffingen. Dit zijn echter alleen de 'generieke' ontheffingen, dat wil zeggen de ontheffingen van 'serviceorganisatie' die gelden voor alle aanbieders van krediet voor wie zij bemiddelen. In het kader van transacties waar art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft op van toepassing is,

Als de inzet van de Minister met de wijziging van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft is om 'regiepartijen' en investeerders (veelal institutionele beleggers) te faciliteren en hun (administratieve) lasten te beperken en om te voorkomen dat deze partijen worden geconfronteerd met kosten voor het aanvragen van een vergunning voor het bemiddelen in respectievelijk het aanbieden van krediet, dan zou een generieke ontheffing op het provisieverbod voor 'regie-partijen' ook logisch zijn. Anders zouden deze 'regie-partijen' wel tegemoet worden gekomen in die zin dat geen bemiddelingsvergunning meer hoeft te worden aangevraagd, maar vervolgens moeten zij wel alsnog een ontheffing op het provisieverbod aanvragen.

6. Informatieverplichtingen

In de toelichting op art. I(D) van de wijziging van Vrijstellingsregeling Wft wordt nog opgemerkt dat, om gebruik te kunnen maken van de vrijstelling, de kredietaanbieder die de kredietovereenkomst beheert en uitvoert, dient te voldoen aan informatieverplichtingen en andere gedragsregels op grond van de Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo) gedurende de looptijd van de kredietovereenkomst gelden.

De informatie die het betreft is neergelegd in art. 68 van het Bgfo. Het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft verwijst hier ook naar. Op grond van die bepaling moet de aanbieder van krediet i) gedurende de looptijd van een kredietovereenkomst de consument op diens verzoek een gespecificeerd overzicht van het uitstaande saldo doen toekomen en ii) tot een jaar na afwikkeling van een kredietovereenkomst aan de consument op diens verzoek kosteloos een gespecificeerde afrekening verstrekken. Die voorwaarde is al onderdeel van het huidige art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft. Frappant is dat de toelichting op de voorgestelde wijziging dit vereiste wel uitdrukkelijk noemt, maar de voorwaarde niet is opgenomen in het voorgestelde art. 3. Dat lijkt ons dan ook een klein foutje in de voorgestelde wijziging.

7. Overgangsregeling

Dat de Minister zich niet helemaal bewust lijkt van de consequenties van de voorgestelde wijziging van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft blijkt ook wel uit de beoogde datum van inwerkingtreding.

geeft de AFM veelal een 'specifieke' ontheffing voor één of meerdere aanbieders van krediet/verrijgende ondernemingen/spv voor wie de kredietbeheerder 'bemiddelt'. Deze 'specifieke' ontheffingen worden niet opgenomen in het overzicht van de AFM van verleende ontheffingen.

De consultatie stond open tot 16 februari 2020. De datum van inwerkingtreding van de wijziging is voorzien per 1 april 2020. Mocht de voorgestelde wijziging ten aanzien van de reikwijdte van de vrijstelling onverhoopt doorgang vinden, dan betekent dat ondernemingen die vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten hebben verkregen en die thans gebruik maken van een kredietbeheerder niet-zijnde de oorspronkelijke kredietaanbieder, per 1 april 2020 vergunningplichtig worden.

Deze ondernemingen zullen dan òf het beheer en de uitvoering moeten hebben ondergebracht bij de oorspronkelijke aanbieder van krediet òf zelf beschikken over een vergunning voor het aanbieden van krediet. Alleen al gelet op de beslistermijn van de AFM voor een vergunningaanvraag voor het aanbieden van krediet, is dat een schier onmogelijke exercitie. In het onverhoopte geval dat de wijziging doorgang vindt, verdient het de voorkeur deze te beperken tot nieuwe overdrachten van vorderingen. Voor zover de wijziging ook van toepassing zou worden op bestaande transacties, zal in ieder geval moeten worden voorzien in een redelijke overgangsregeling. Tot zover de voorgestelde wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft. Wij nemen graag de gelegenheid te baat nog kort stil te staan bij twee onderwerpen die van belang zijn bij de overdracht van overdracht van vorderingen, maar die niet direct worden geraakt door de voorgestelde wijziging.

8. Rentevaststelling

Een eerste punt van aandacht in de praktijk bij de overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten, dat los staat van de voorgestelde wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft, is de vraag wie bevoegd is tot het vaststellen van de rente voor de onderliggende kredietovereenkomsten na overdracht van de vorderingen bij datum renteherziening. Investeerders hebben graag invloed op de rente bij renteherziening. De AFM acht de invloed van investeerders op de rentevaststelling onwenselijk en heeft de Minister in haar wetgevingsbrief 2016 verzocht om de mogelijkheden te onderzoeken om waarborgen op te nemen voor hypotheek gefinancierd door investeerders.²⁰ De AFM vreest dat door mogelijke toekomstige ontwikkelingen, zoals krimp margins op de investeringen in hypotheek, de belangstelling van investeerders kan verdwijnen en zij door verhoging bij renteherziening zullen proberen om klanten te ontmoedigen bij deze aanbieder te blijven. De AFM neemt nu in voorkomend geval bij vergunningverlening voorschriften op om partijen

te attenderen op hun plicht tot zorgvuldig handelen en om het risico op deze hoge rentes te adresseren. De oorspronkelijke kredietverstrekker heeft verder ook rekening te houden met het eensporig rentebeleid ex art. 81a Bgfo. Dat wil zeggen: hij moet dezelfde debetrentevoet bij dezelfde rentevastperiode voor alle consumenten hanteren aan wie op dat moment een aanbod wordt gedaan voor de komende rentevastperiode bij een vergelijkbaar risicoprofiel. Voor de goede orde, het moet daarbij gaan om het risicoprofiel van de consument, niet van de investeerder. Het risicoprofiel van de consument is afhankelijk van de waarde van de woning of het inkomen van de desbetreffende consument in verhouding tot de hoogte van het uitstaande hypothecair krediet (loan to value respectievelijk loan to income), of de hypotheek is gedekt door NHG, regionale verschillen mogen in acht worden genomen en kortingsacties zijn mogelijk.²¹ Bij renteherziening zal de oorspronkelijke kredietverstrekker ('*lender of record*') – die ons inziens ook na overdracht van de vorderingen de adressant blijft van het eensporig rentebeleid ex art. 81a Bgfo²² – dus geen onderscheid mogen maken naar achterliggende investeerder.²³

9. Afspraken over beheer en uitvoering

De vrijstelling in art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft stelt als voorwaarde voor de vrijstelling dat de vorderingen worden beheerd en uitgevoerd (en volgens de huidige tekst van art. 3: 'krachtens overeenkomst') door een kredietbeheerder respectievelijk de oorspronkelijke kredietaanbieder. Dat betekent dat de verkrijgende ondernemingen afspraken zal moeten maken met de kredietbeheerder over het beheer en de uitvoering van de overgenomen vorderingen. Zo makkelijk als dit zich laat opschrijven, zo ingewikkeld kan de uitwerking hiervan in de praktijk zijn. Zeker ook indachtig onze principiële bedenkingen bij het standpunt van de wetgever dat de verkrijgende onderneming van de vorderingen

20. <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/jul/wetgevingsbrief>.

21. *Stb.* 2012, 695, p. 85.

22. Art. 81a Bgfo is immers niet van toepassing op de verkrijgende onderneming op grond van art. 43 lid 4 van de Vrijstellingsregeling Wft. Het verhoudt zich verder ook niet met het eensporig rentebeleid dat onderscheid wordt gemaakt in de rentestelling voor leningnemers, afhankelijk van aan welke investeerder de vorderingen (stil) zijn overgedragen.

23. Vanuit civielrechtelijk perspectief wordt algemeen aangenomen dat het renteherzieningsrecht als nevenrecht overgaat op de verkrijgende partij (de cessionaris), maar dat - zonder duidelijke indicatie voor het tegendeel - de leningnemer erop mag vertrouwen dat hij enkel gebonden is aan de rentetarieven van de oorspronkelijke kredietaanbieder/cedent. Zie M.H.E. Rongen, *Cessie*, Kluwer, Deventer, 2012, p. 1357 en 1360.

daarmee zou moeten worden aangemerkt als aanbieder van krediet.²⁴

In de praktijk wordt veelal een servicing agreement gesloten met een onderliggende service level agreement (sla). De vraag is echter over welk 'beheer en uitvoering' precies afspraken moeten worden gemaakt? Welke werkzaamheden zullen worden verricht voor de onderneming die de vorderingen uit hoofde van de kredietovereenkomsten heeft verkregen (de 'servicing activities')? De verkrijgende onderneming wordt door de wetgever weliswaar als aanbieder van krediet aangemerkt, maar de meeste werkzaamheden die worden verricht ten aanzien van kredietovereenkomsten zullen vooral samenhangen met de verantwoordelijkheden van de oorspronkelijke kredietaanbieder als *lender of record* (*LoR-activities*). Denk aan mutaties van de leningnemer, klachtenafhandeling, rentevaststelling, etc. Eigenlijk worden alleen eventuele incassowerkzaamheden, waaronder bijzonder beheer, uitgevoerd ten behoeve van de partij die de vorderingen heeft overgenomen (de 'nieuwe en tweede' aanbieder van krediet) en waarvan (zeker bij stille cessie) de consument geen weet heeft en hetgeen hem ook niet raakt. De discussie doet zich vooral ook voelen bij de implementatie van nieuwe wetgeving, zoals de Mortgage Credit Directive (MCD),²⁵ maar ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)²⁶ en de vraag voor wiens rekening de kosten hiervan komen. Het is raadzaam bij het opstellen van de servicing agreement daar rekening mee te houden.

overgedragen vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten ook mag beheren en uitvoeren op grond van zijn aanbiedersvergunning zou wel een welkome verduidelijking zijn. De verduidelijking zou helemaal compleet zijn, als in de Vrijstellingsregeling Wft ook een ontheffing wordt opgenomen op het provisieverbod voor ondernemingen die vorderingen uit hoofde van hypothecaire kredietovereenkomsten verkrijgen.

10. Afrondend

In het licht van het voorgaande is er ons inziens geen noodzaak voor wijziging van art. 3 van de Vrijstellingsregeling Wft. Anders dan de Minister waarschijnlijk veronderstelt, leidt de voorgestelde wijziging tot invoering van de verplichting van servicing door de oorspronkelijke kredietverstrekker niet tot een verlichting, maar juist tot een beperking van de huidige vrijstelling, met het risico op nadelige effecten voor de markt. Voor de beperking is geen rechtvaardiging, althans die wordt niet gegeven. Een verduidelijking dat de oorspronkelijke kredietaanbieder de

24. Zie voetnoot 7.

25. 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 (P EU 2014, L 60/34).

26. Verordening 2016/679/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG.