

MEMORANDUM

Van Trivvy advocatuur, J.M. van Poelgeest
Datum 17 mei 2016
Betreft Memorandum kredietverstrekking Parkstad Limburg

Inleiding

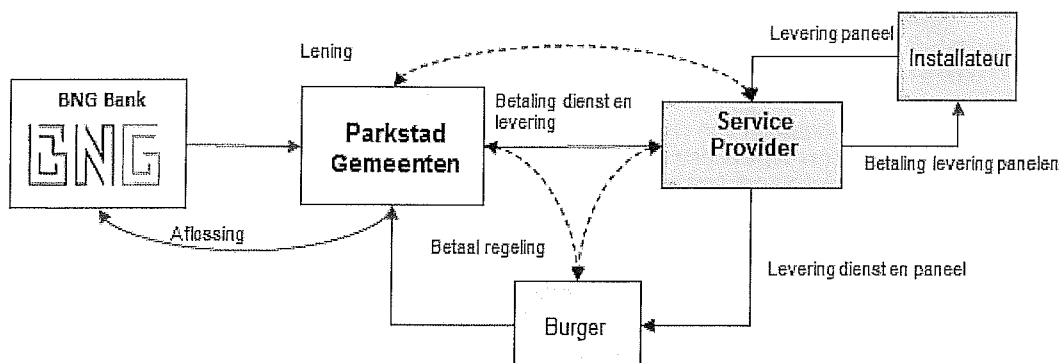
Parkstad Limburg wenst duurzaamheid te bevorderen door huishoudens te voorzien van zonnepanelen. Uit de documenten¹ volgt dat de constructie als volgt is vormgegeven:

Iedere gemeente trekt een lening aan bij een bank. Consumenten kunnen met de betreffende gemeente een overeenkomst sluiten. Deze overeenkomst bevat: (i) de (ver)koop van panelen; (ii) het afnemen van een servicecontract voor het installeren en onderhoud van de panelen waarvoor periodiek een bedrag wordt betaald; en (iii) een kredietovereenkomst op basis waarvan het bedrag voor de panelen, vermeerderd met (een vaste en relatief lage) rente, gedurende een periode van 15 jaar mag worden voldaan. De eigendom van de panelen gaat na aflevering van de panelen direct over op de consument. Op basis van deze informatie treedt de betreffende gemeente op als verstrekker van het consumptief krediet.

De overeenkomsten worden aangeboden aan een grote groep van consumenten, te weten alle inwoners van Parkstad. Een toets bij het Bureau Krediet Registratie (BKR-toets) wordt niet uitgevoerd. Blijkens het Raadsvoorstel (**bijlage 1**) vergroot dat de toegankelijkheid van het project aanzienlijk, omdat ook mensen met een kleine beurs kunnen participeren. In het Raadsvoorstel staat: "Het is niet onbelangrijk te noemen dat ook inwoners met beperkte financiële mogelijkheden in staat gesteld worden te participeren in dit project en daardoor uiteindelijk zullen besparen op hun energiekosten (en dus woonlasten)." In de Nota van Inlichtingen is aangegeven dat er geen informatie wordt ingewonnen over de financiële positie van de consument. Tevens volgt uit dit document dat het zonnepanelenproject dat in de gemeente Landgraaf reeds wordt uitgevoerd, verder zal worden uitgerold.

Consumenten kunnen informatie vinden over het project op: <http://www.zonnepanelenprojectparkstad.nl/>. Ook zullen er informatieavonden zijn waar consumenten zich kunnen inschrijven voor deelname.

De financieringsstructuur die blijkt uit het Raadsvoorstel is de volgende:



In dit memorandum wordt deze financieringsstructuur getoetst aan de financiële wet- en regelgeving. Eerst is een samenvattende conclusie opgenomen, gevolgd door een beschrijving van het wettelijk kader en de analyse van de financieringsstructuur.

¹ Dagvaarding, Nota van Inlichtingen 1 april 2016 (**Nota van Inlichtingen**), Raadsvoorstel 77, 20 oktober 2015 met Projectplan Zonnepanelenproject Parkstad Limburg definitief 8 oktober 2015 (**Raadsvoorstel, bijlage 1**); Memo Bestuurlijke kerngroep zonnepanelen parkstad 4 augustus 2015 (**bijlage 2**), standaard (goederenkrediet)overeenkomst gemeente Landgraaf (**bijlage 3**) Presentatie raadsinfoavond Brunssum 3 november 2015 (**bijlage 4**).

Samenvattende conclusie

• Vergunningplicht

Op basis van de verstrekte informatie zal iedere deelnemende gemeente krediet verstrekken aan consumenten. Het uitgangspunt is dat iedere gemeente hiervoor een Wft vergunning nodig heeft. Niet is gebleken dat de gemeenten over een vergunning beschikken noch is er een indicatie gegeven wat de basis is voor het niet van toepassing zijn van de Wft.

• Gedragsregels Wet op het financieel toezicht (Wft), Burgerlijk Wetboek (BW) en Wet op het consumentenkrediet (Wck)

Uit de verstrekte informatie volgt dat de gemeenten zich bij het verstrekken van de kredieten niet (zullen) houden aan de Wft gedragsregels waaronder de verplichting om te toetsen of het verstrekken van krediet (on)verantwoord is en om een BKR-toets aan te voeren. Niet is gebleken dat er wordt en/of zal worden voldaan aan de reclameregels en/of de verplichting tot het verstrekken van precontractuele informatie (inclusief het verplichte ES/C). Dit zijn consumentenbeschermende kernbepalingen van dwingend recht die voortvloeien uit de Richtlijn Consumentenkrediet.

Dat er een wettelijke bepaling is op grond waarvan de gemeenten deze kredieten kunnen verstrekken zonder de Wft gedragsregels, de BW en Wck bepalingen in acht te nemen is nergens uit gebleken. Uit de Nota van Inlichtingen blijkt dat de stelling is dat de gemeenten conform de Wft en de Wck zullen handelen en juist niet dat er sprake is van een uitzondering/vrijstelling.

• Gevolgen/belang voor de serviceprovider

Het is voor de serviceprovider van belang om inzicht te hebben in de bevoegdheid van iedere gemeente om het krediet te verstrekken en om vast te kunnen stellen of daarbij de publiekrechtelijke en civielrechtelijke wetgeving in acht wordt genomen, waarbij onder meer het volgende relevant is:

1. Samenwerking met een gemeente die in strijd met de wet handelt en waarbij mogelijk sprake is van handelen in strijd met een vergunningplicht en de gedragsregels - waarbij de mogelijkheid bestaat tot overkreditering - nu:
 - (i) de gemeente geen enkel zicht heeft op de financiële situatie van de consumenten;
 - (ii) er geen BKR-toets wordt gedaan; en
 - (iii) het zelfs is beoogd om consumenten krediet te verstrekken die over beperkte financiële middelen beschikken en die met BKR-toets geen krediet zouden kunnen verkrijgen;resulteert in bijzondere (strafrechtelijke, publiek(Wft)rechtelijke en civielrechtelijk) risico's voor de serviceprovider.
2. Van belang is dat - afhankelijk van de vormgeving van de verhouding tussen gemeente, serviceprovider en de consument -, de serviceprovider mogelijk bemiddelt in krediet, hetgeen vergunningplichtig is. Handelen in strijd met deze vergunningplicht is een economisch delict en de AFM kan maatregelen nemen.

Informatie over de wijze van kredietverstrekking is dus cruciaal voor de serviceprovider, zodat onder meer kan worden beoordeeld of de serviceprovider een vergunning nodig heeft. Dat de facturering bij de serviceprovider wordt ondergebracht duidt op bemiddelingsactiviteiten in de zin van de Wft.

Wettelijk kader

Het uitgangspunt is dat een aanbieder van consumentenkrediet op grond van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) een vergunning nodig heeft van de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**).² Een bemiddelaar in krediet heeft een vergunning nodig op grond van artikel 2:80 Wft.³

Daarnaast gelden er met betrekking tot krediet gedragsregels op grond van de Wft. Deze regels richten zich grotendeels op bescherming van de consument en het voorkomen van overkreditering, waarbij onder meer gedacht kan worden aan de volgende regels:

Verantwoorde kredietverstrekking en BKR-toets	Voorafgaand aan het verstrekken van een lening moet informatie worden ingewonnen over de financiële positie van de consument. Een aanbieder moet deelnemen aan het BKR en voorafgaand aan het verstrekken van een lening moet een BKR-toets worden uitgevoerd. ⁴
Precontractuele informatieverstrekking	Er moet adequate informatie worden verstrekt over de lening. Hieronder valt onder meer de "Europese Standaard Informatie inzake Consumentenkrediet" (ESIC). ⁵
Reclameregels	Reclameregels moeten in acht worden genomen, waarvan een belangrijke is dat de waarschuwing, <i>Let op! Geld lenen kost geld</i> in reclame-uitingen moet worden opgenomen (zoals brochures, presentaties en uitingen op websites). ⁶

Ook het aanbieden van leningen met een laag rentepercentage en leningen gericht op duurzaamheid valt in beginsel onder de Wft. Ook als het niet is beoogd om winst te maken met activiteiten vallen de activiteiten onder de Wft.⁷ Een uitzondering op het toepassingsbereik van de Wft is het krachtens een wettelijke bepaling aanbieden van krediet met een doelstelling van algemeen belang aan een beperkt publiek (rentevrij of tegen gunstige voorwaarden).⁸

Naast de Wft is het Burgerlijk Wetboek (**BW**) van toepassing dat dwingendrechtelijke regels bevat, waaronder boek 7 titel 2a "consumentenkredietovereenkomsten" en de regels met betrekking tot koop op afbetaling.⁹ Een voorbeeld van deze regels is dat de kredietovereenkomst bepaalde informatie moet bevatten waaronder de prijs van het product (7:61 BW *informatie die in de kredietovereenkomst moet worden vermeld* en 7A:1576 BW *koop op afbetaling*). Ook uit het BW volgt dat precontractuele informatie moet worden verstrekt. Tot slot is de Wet op het consumentenkrediet (**Wck**) van toepassing.

Handelen in strijd met bovengenoemde regels kan diverse gevolgen hebben. Handelen in strijd met de vergunningplicht levert een economisch delict op en kan leiden tot maatregelen van de AFM.¹⁰ Handelen in strijd met de Wft gedragsregels kan resulteren in maatregelen van de AFM.

Handelen in strijd met de civiele regels kan vergaande gevolgen hebben. Ik verwijs hiervoor naar twee uitspraken van de Hoge Raad.¹¹ Civielrechtelijk is van belang dat het dwingendrechtelijke, consumentenbeschermende bepalingen betreft, de rechterlijke macht hieraan in beginsel ambtshalve moet toetsen en het handelen in strijd met de kredietregelgeving onder omstandigheden kan leiden tot ontbinding, vernietigbaarheid of het niet van kracht worden van de overeenkomst. Ook kan een en ander resulteren in het verrichten van een oneerlijke handelspraktijk.

² Artikel 2:60 Wft.

³ Bemiddelen omvat activiteiten gericht op het tot stand brengen van een kredietovereenkomst maar ook het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst.

⁴ 4:32 en 4:34 Wft, 113 en 114 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

⁵ 4:33 Wft.

⁶ Onder meer artikel 53 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

⁷ Artikel 1:3 Wft.

⁸ Artikel 1:20 Wft. Hierbij kan gedacht worden aan studiefinanciering, waarvoor een wettelijke basis geldt.

⁹ In het BW zijn (krediet)regels opgenomen ter implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet (2008/48).

¹⁰ Artikel 1 sub 2 Wet op de Economische delicten. De basisboete die door de AFM kan worden opgelegd als zonder vergunning leningen worden verstrekt of daarin wordt bemiddeld is €2.000.000.

¹¹ Hoge Raad 13-6-2014, *JOR* 2014/206 (ECLI:NL:HR:2014:138) met noot J.W.A. Biemans en J.M. van Poelgeest en Hoge Raad 12 februari 2016, *JOR* 2016/127 ECLI:NL:HR:2016:236 met noot J.W.A. Biemans en J.M. van Poelgeest.

Analyse financieringsstructuur Parkstad Limburg

1. *Wet op het financieel toezicht*

Uit de verstrekte gegevens volgt dat 8 gemeenten krediet gaan verstrekken aan – een grote groep – consumenten. Deze gemeenten hebben hiervoor in beginsel een vergunning nodig van de AFM.¹² Dit zou anders zijn als er krediet wordt verstrekt op basis van een wettelijke bepaling met een doelstelling van algemeen belang aan een beperkt publiek.¹³ Dat er sprake is van een vergunning of wettelijke bepaling die deze kredietverstrekking mogelijk maakt, is echter niet gebleken uit de verstrekte informatie, noch blijkt dit uit de registers van de toezichthouders.¹⁴

Het is van belang voor een (potentiële) serviceprovider dat inzichtelijk wordt gemaakt dat de gemeenten bevoegd het krediet verstrekken. Dit geldt temeer nu handelen in strijd met de vergunningplicht een economisch delict oplevert en kan leiden tot maatregelen van de AFM.

Daarnaast is het voor de serviceprovider noodzakelijk om inzicht te hebben in de financieringsstructuur en de bevoegdheid van de gemeenten om krediet te verstrekken aangezien de structuur tevens tot gevolg kan hebben dat de serviceprovider vergunningplichtig is.¹⁵ Deze plicht kan ontstaan door de activiteiten gericht op het tot stand brengen van de kredietovereenkomsten maar ook door het beheer en/of de uitvoering van de kredietovereenkomsten. Nu het is beoogd dat de serviceprovider een rol zal spelen bij de incasso van de kredietovereenkomst en mogelijk ook bij de totstandkoming van de overeenkomst, is dit een wezenlijk risico.¹⁶ De serviceprovider dient op basis van de verstrekte informatie in de aanbestedingsprocedure vast te kunnen stellen of de serviceprovider vergunningplichtig wordt of niet, hetgeen op basis van de verstrekte informatie nu niet sluitend kan worden vastgesteld.

2. *Gedragsregels Wet op het financieel toezicht*

Voor aanbieders van consumentenkrediet gelden in beginsel de Wft gedragsregels. Blijkens de beschikbare informatie worden deze gedragsregels door de gemeenten niet in acht genomen.

Verantwoorde kredietverstrekking/voorkomen overkreditering

Er is in ieder geval kenbaar gemaakt dat er geen informatie wordt ingewonnen over de financiële positie van de consument en dat er geen BKR-toets wordt gedaan. Hierbij is van belang dat uit de diverse documenten blijkt dat de kredietverstrekking zich – juist – ook richt op consumenten met een beperkt budget die, indien er wel een BKR-toets zou plaatsvinden, niet in aanmerking komen voor een krediet. In het memo Bestuurlijke Kerngroep Zonnepanelen Parkstad (**bijlage 2**) staat zelfs: “De BKR-toets, die door de Provincie zal worden uitgevoerd bij de aanvraag van een Duurzaamheidslening aldaar, zal een belangrijk deel van de potentiële doelgroep de weg afsnijden.” Dit betekent dus dat is beoogd om krediet te verstrekken aan personen die dit krediet eigenlijk niet kunnen dragen en via de reguliere weg daarom niet in aanmerking komen voor een krediet.

Als de overeenkomst met de consument inhoudelijk wordt gebaseerd op de standaard overeenkomst van de gemeente Landgraaf (**bijlage 3**) is van belang dat de (krediet)overeenkomst kan worden overgedragen aan een andere consument (de nieuwe eigenaar-bewoner) zonder dat er enige toets plaatsvindt met betrekking tot die nieuwe eigenaar-bewoner(s). Dat er geen toetsing plaats zal vinden bij deze groep consumenten kan daarmee leiden tot overkreditering. Naast de overtreding van de Wft bepalingen en (overige) civiele risico's in geval van overkreditering, kan overkreditering gevolgen hebben voor de mogelijkheid om de vorderingen op basis van de gesloten overeenkomst te innen. Dit is gelet op de voorgestelde overeenkomst met de serviceprovider van belang voor de serviceprovider.

¹² 2:60 Wft. Indien Parkstad Limburg activiteiten verricht gericht op het tot stand brengen van kredietovereenkomsten, is Parkstad Limburg in beginsel ook vergunningplichtig (2:80 Wft).

¹³ Artikel 1:20 Wft (dan valt men buiten het toepassingsbereik van de Wft. Hierbij kan gedacht worden aan studiefinanciering, waarvoor een wettelijke basis geldt). Tevens zou vergunning bijvoorbeeld niet nodig zijn als de gemeente onder de vergunning van en onder verantwoordelijkheid van een andere kredietverstrekker zou handelen. Dit blijkt echter niet uit de beschikbare informatie.

¹⁴ Voor een uitgebreidere beschrijving van de vergunningplicht, het toepassingsbereik van de Wft, vrijstellingen en uitzonderingen wordt verwezen naar J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten, Deventer: Kluwer 2015.

¹⁵ Artikel 2:80 Wft.

¹⁶ Uit het Plan van aanpak van het Zonnepanelenproject volgt dat de facturering en het crediteurenrisico bij de serviceprovider wordt ondergebracht.

Precontractuele informatieverstrekking

Uit de beschikbare informatie blijkt niet dat adequate precontractuele informatie zal worden verstrekt zoals het verplichte "Europese Standaard Informatie inzake Consumentenkrediet, *ES/C*" (hetgeen zowel een Wft als een BW-verplichting is). Dit is een consumentenbeschermende verplichting die door het Hof van Justitie van groot belang is geacht, waarbij het uitgangspunt is dat kredietverstrekker moet voldoen aan stel- en bewijsplicht dat hieraan is voldaan.¹⁷ Niet voldoen aan deze verplichtingen kan onder meer gevolgen hebben voor de mogelijkheid om de vorderingen te innen.

Reclameregels

Wervende uitingen en presentaties (er wordt verwezen naar de website <http://zonnepanelenprojectparkstad.nl/> en de presentatie van de informatieavond Brunssum, **bijlage 4**) in verband met de beoogde kredietverstrekking bevatten (vooralnog) niet de kredietwaarschuwing "*Let op! Geld lenen kost geld*", noch wordt de voor (goederen)krediet vereiste informatie verstrekt¹⁸ waaronder: de vaste of variabele debetrentevoet en de andere kosten, het totale kredietbedrag, het jaarlijks kostenpercentage, de duur van de overeenkomst, de contante waarde en betalingen en het termijnbedrag.

Van toepassing zijn van de Wft gedragsregels

Er zijn geen indicaties dat er sprake is van een uitzondering op het toepassingsbereik van de Wft waardoor de Wft gedragsregels niet van toepassing zouden zijn noch dat er sprake is van een vrijstelling waar alle gemeenten gebruik van (kunnen) maken. Dit is ook niet gesteld in de Nota van Inlichtingen.¹⁹ In het "Memo van Bestuurlijke Kerngroep Zonnepanelenproject Parkstad" is met betrekking tot het niet toepassen van de BKR-toets vermeld: "*de maandelijkse energielasten verminderen immers*" (toevoeging: door de mogelijke energiebesparing). Dat het doel van de lening mogelijk een lastenverlichting oplevert is echter geen wettelijke uitzondering voor de verplichting om aan te sluiten en te toetsen bij het BKR.

In de aanbestedingsprocedure is de informatie of aan de gedragsregels wordt voldaan relevant. Dit geldt temeer nu handelen in strijd met de gedragsregels gevolgen kan hebben voor de mogelijkheden om de vorderingen te innen en het incassorisico bij de serviceprovider wordt neergelegd.

3. Burgerlijk Wetboek/Wck

Uitgangspunt is dat bij het verstrekken van (goederen)krediet de (dwingendrechtelijke) bepalingen van het BW en de Wck van toepassing zijn. Uit de verstrekte informatie blijkt niet (noch zijn er indicaties) dat, of op welke basis deze regels niet van toepassing zijn.²⁰

Handelen in strijd met deze regels kan vergaande gevolgen hebben. Ik verwijs hiervoor naar uitspraken van de Hoge Raad.²¹ Indien bijvoorbeeld de prijs van de panelen niet in de overeenkomst wordt bepaald (maar alleen een bedrag voor de panelen en de servicekosten in totaal zoals in de standaard goederenkredietovereenkomst van de gemeente Landgraaf) zal de overeenkomst vernietigbaar zijn en/of niet van kracht zijn geworden.²² De Hoge Raad heeft bepaald dat in dat geval de goederen (in dit geval de panelen) terug moeten worden gegeven aan de leverancier en dat de daartegenover staande prijs niet is verschuldigd, noch is er in beginsel enige andere vergoeding verschuldigd voor het genot/gebruik van de goederen.

Een en ander betekent dat het cruciaal is in een aanbestedingsprocedure om over informatie te beschikken met betrekking tot de toepasselijkheid van deze regels.

x x x

¹⁷ Hof van Justitie, 18 december 2014 C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, NJ 2015/262, met noot M.R. Mok; (CA Consumer Finance/Bonato en Bakkaus). Ik verwijs naar F.J.P. Lock, De verdeling van stelplicht en bewijslast tussen de consument en de tekortschietende kredietverstrekker; een Nederlands en Europees perspectief, *NTBR* 2016/16.

¹⁸ Artikel 53 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

¹⁹ Daar is het antwoord: Neen, de gemeenten zijn op de hoogte van deze wetgeving en zullen hiernaar handelen.

²⁰ Zie ook: J.M. van Poelgeest, "Wanneer zijn de regels voor consumentenkrediet van toepassing", *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2010, p. 216-219.

²¹ Hoge Raad 13-6-2014, *JOR* 2014/206 (ECLI:NL:HR:2014:138) met noot J.W.A. Biemans en J.M. van Poelgeest en Hoge Raad 12 februari 2016, *JOR* 2016/127 ECLI:NL:HR:2016:236 met noot J.W.A. Biemans en J.M. van Poelgeest.

²² Artikel 7:61 BW j° 3:40 BW en 7A:1576 lid 2 BW.