

AFM-verkenning naar non-bancaire mkb-financiering

Op naar wettelijke gedragsregels voor alle vormen van kleinzakelijke kredietverlening

Mr. drs. M. van Eersel, datum 27-07-2021

Datum

27-07-2021

Auteur

Mr. drs. M. van Eersel^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS279684:1

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

In haar onderzoeksrapport “Verkenning naar non-bancaire mkb-financiering” signaleert de AFM dat mkb-ondernemers steeds meer gedwongen zijn om gebruik te maken van financiering door andere partijen dan banken. Het gaat hierbij met name om financieringsproducten op basis van factoring, crowdfunding en equipment lease. De AFM werkt uit welke risico’s vooral kleine ondernemers op deze alternatieve markt lopen. Dit is temeer relevant nu de coronacrisis en de daardoor veroorzaakte verslechtering van de economische omstandigheden de kwetsbaarheid van deze ondernemers vergroten. De AFM wekt de indruk dat er toezichtregels zouden moeten komen ter bescherming van – in elk geval kleine – ondernemers. Op dit moment gelden alleen toezichtrechtelijke gedragsregels voor kredietverlening aan consumenten. De AFM is hierin het meest expliciet in de omschrijving van de aanleiding voor het onderzoek en van haar observaties. Zo richt de AFM zich duidelijk op de bescherming van die ondernemers die zich in kennis en financiële middelen nauwelijks onderscheiden van consumenten. Verder ziet de AFM niet alleen problemen met de hoogte van de financieringskosten, voorkoming van overkreditering, informatieverstrekking (over onder meer kostenstructuur en werking van het product) en advieskwaliteit, ook stelt de AFM vast dat zelfregulering onvoldoende werkt. Over de aard van wettelijke gedragsregels die wel zouden werken, laat de AFM weinig misverstand bestaan. Tot concrete conclusies of voorgenomen maatregelen komt de AFM echter niet. De vraag rijst dan ook of de AFM haar kennelijke wetgevingswens niet duidelijker zou moeten formuleren. Het antwoord op deze vraag is bevestigend; transparantie (door de AFM) zal goed zijn om te bereiken dat er regels komen ter bescherming van financieringbehoevende kleine ondernemers.

1. Inleiding

Het Nederlandse financieringslandschap voor het midden- en kleinbedrijf veranderde in de afgelopen jaren sterk. Dat signaleert in elk geval de Autoriteit Financiële Markten (AFM) in haar op 9 april 2021 gepubliceerde onderzoeksrapport genoemd “Verkenning naar non-bancaire mkb-financiering” (hierna: het “Rapport”).^[2] Onder meer is er een breder aanbod van financieringsproducten gekomen van andere partijen dan banken, met name op basis van factoring, crowdfunding en equipment lease. De AFM constateert dat mkb-ondernemers niet zozeer meer keuze hebben gekregen, maar in veel gevallen gedwongen zijn om juist van dergelijke non-bancaire financiering gebruik te maken omdat de banken zich uit de mkb-kredietmarkt terugtrekken. De AFM laat zich in het rapport niet uit over de oorzaken daarvan, of beter gezegd de redenen waarom de banken deze mkb-ondernemers in veel gevallen kennelijk niet meer willen financieren. In de kern zal het er hierbij vermoedelijk om gaan dat de banken bij afweging van de risico’s, kosten en opbrengsten concluderen dat dienstverlening commercieel niet meer interessant is. De AFM suggereert slechts dat de “strengere eisen bij bancaire kredietverlening” hierbij een rol zouden spelen.^[3] Welke eisen dit zouden zijn noemt de AFM niet. Het kan niet gaan om toezichtrechtelijke gedragsregels, want die zijn op verlening van zakelijke kredieten – door banken of door non-bancaire financiers – nu niet van toepassing. Het zou kunnen gaan om regels van prudentiële aard, die eisen stellen aan de financiële positie (kapitaal, solvabiliteit en liquiditeit) van banken en hun beheersing van financiële risico’s, maar niet valt in te zien waarom die juist voor kredietverlening aan ondernemers negatief zouden uitpakken. In de praktijk blijken ondernemers momenteel vooral aan te lopen tegen de eisen die banken stellen in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (“Wwft”). Op grond van art. 1a lid 3 sub a Wwft gelden de eisen van de Wwft echter ook voor non-bancaire financiers onverkort. Wel kan het zijn dat de AFM hier doelt op de sterke afname van de

risicobereidheid bij de banken in dit verband in reactie op de zeer forse bedragen die juist zij recent (zoals ING in 2018 en ABN AMRO in 2021) hebben moeten betalen om vervolging door het Openbaar Ministerie wegens overtreding van de Wwft af te kopen. De banken stellen daarom inmiddels uit eigen beweging op grote schaal veel strengere eisen dan de Wwft voorschrijft. Wat de AFM in haar Rapport wel uitwerkt is welke risico's met name kleine ondernemers vervolgens op de alternatieve financieringsmarkt lopen.^[4] Dit is temeer relevant nu de coronacrisis en de daardoor veroorzaakte verslechtering van de economische omstandigheden de kwetsbaarheid van deze ondernemers vergroten. De AFM wekt in het Rapport de indruk dat er daarom in aanvulling op de regels voor consumentenkrediet ook toezichtregels zouden moeten komen ter bescherming van – in elk geval kleine – ondernemers. Ervan uitgaande dat de AFM inderdaad een dergelijke wens koestert, rijst de vraag of de AFM deze dan niet duidelijker zou moeten ventileren.

Ter beantwoording van deze vraag zullen hierna achtereenvolgens de volgende kwesties aan de orde komen:

- (i) aanleiding voor het onderzoek van de AFM;
- (ii) “observaties” en “conclusie” in het Rapport;
- (iii) vervolg in het licht van de omschrijving van de taken van de AFM;
- (iv) transparantie over wetgevingswensen.

2. Aanleiding voor het onderzoek: kwetsbaarheid van kleine ondernemers

Aanleiding voor dit onderzoek van de AFM is kort gezegd dat mkb-ondernemers vaak niet goed meer bij banken terecht kunnen en daardoor – nog meer in tijden van corona – bij alternatieve financiers uitkomen. De aan het onderzoek ten grondslag liggende werkhypothese is namelijk dat in elk geval een deel van deze ondernemers hierdoor extra risico's loopt. De AFM gaat er verder van uit dat dit verband houdt met de beperkte kennis en precare financiële positie van met name de kleine ondernemers enerzijds en met het feit dat overheidstoezicht op de zakelijke kredietverlening – zowel door banken als door non-bancaire financiers – ontbreekt anderzijds.

Hierbij is relevant dat de AFM primair de kleinste ondernemers op het oog heeft. In de verkenning hanteert de AFM in dit kader de termen kleine ondernemers, kleinbedrijf, kleinzakelijk en mkb-ondernemers. De AFM acht slechts een deel van deze ondernemers kwetsbaar. In de bewoordingen van de AFM zijn dit ondernemers die zich qua kennis vaak nauwelijks van consumenten onderscheiden en niet altijd beschikken over de financiële middelen om adequaat advies in te winnen (los daarvan of zij voldoende kennis hebben om te kunnen beoordelen of zij wel met een adequate adviseur te maken hebben, maar dat is weer een ander probleem, zie hierover ook observatie 5 hierna). Het gaat hierbij volgens de AFM om de zzp'ers, eenmanszaken en micro-ondernemingen (tot 10 werknemers), hierna te noemen de “kleine ondernemers”. Zij zijn extra kwetsbaar doordat juist zij zich in veel gevallen met hun persoonlijk vermogen garant stellen voor leningen die zij zakelijk aangaan.

3. Observaties en conclusie in het Rapport

3.1 Observaties

De AFM geeft de opbrengst van haar verkenning weer onder de noemer “observaties”. Dit klinkt in de betekenis van waarnemingen voorzichtiger dan constatering of bevindingen, termen die de AFM wel bezigt in onderzoeken naar de naleving van de wet door individuele financiële ondernemingen. Dit verschil in terminologie suggereert enigszins dat in dit geval niet al te hoge eisen mogen worden gesteld aan de onderzoekstechnische degelijkheid of statistische significantie van de onderzoeksresultaten. Dit laat onverlet dat de AFM haar observaties wel stellig formuleert, om niet te zeggen dat de non-bancaire financiers er stevig van langs krijgen.

Observatie 0: kleine ondernemers zijn te vergelijken met consumenten

De AFM heeft waargenomen dat kleine ondernemers zich qua kennis, ervaring en financiële positie vaak nauwelijks onderscheiden van consumenten. In feite is deze – niet als zodanig betitelde – observatie het uitgangspunt voor de gehele verkenning. Dit is temeer relevant omdat nu juist het verschil tussen consumenten en niet-consumenten de grens bepaalt tussen het domein van het consumentenkrediet waarop de AFM toezicht houdt en het domein van de zakelijke kredietverlening waarop de AFM geen toezicht houdt.^[5] Uit de formulering van de andere observaties volgt evenwel dat de AFM haar blik heeft laten leiden door de belangrijkste gedragsregels en andere beschermingsbepalingen op het gebied van consumentenkrediet. Dit blijkt ook uit het gebruik van criteria als “begrijpelijk”^[6] in het kader van de informatieverstrekking en “verantwoord”^[7] in het kader van de beoordeling of de kredietverstrekking eigenlijk wel goed is voor de kredietnemer. Saillant hierbij is dat waar de wetgever meent dat consumenten – als niet in de uitoefening van bedrijf of beroep handelende natuurlijke personen – per definitie bescherming nodig hebben, de AFM voor ondernemers hun kennis, ervaring en financiële positie als criteria lijkt aan te leggen ter beoordeling of zij recht zouden moeten hebben op bescherming.

Observatie 1: hoogte van de kosten is soms excessief

De als nummer 1 geformuleerde observatie van de verkenning gaat over de oorzaken en nadelen van hoge, soms zelfs excessieve financieringskosten.^[8] Saillant is dat de kosten kennelijk vooral hoger zijn in gevallen waarin non-bancaire financiering een aanvulling vormt op bancaire financiering. De betrokken bank heeft dan vaak al zoveel zekerheden bedongen, zoals pandrechten op bedrijfsmiddelen of een hypotheekrecht, dat er weinig of geen zekerheden voor de non-bancaire financier over blijven en deze compensatie wenst voor het hogere risico dat deze hierdoor loopt. Hier komt bij dat de kosten van alternatieve financiers voor de inkoop van geld (zogenoemde “fundingkosten”) hoger liggen dan bij banken. Dus waar de banken zich juist relatief goedkoop kunnen financieren strekt hun financieringsbereidheid zich vooral uit tot het gedeelte met het minste risico. Dit beperkt de mogelijkheden voor evenwichtige financiering verdeeld over bancaire en non-bancaire financiers met bijbehorende verdeling van kosten en risico's aanzienlijk. Hoewel de AFM zich afvraagt of de excessieve kosten als zodanig maatschappelijk uitlegbaar zijn, rept de AFM over de maatschappelijke implicaties van deze onbalans verder niet. Wel hint de AFM bij haar conclusie op een oplossing in de vorm van een wettelijke gedragsregel die een maximale kredietvergoeding voorschrijft zoals nu al geldt voor consumentenkrediet.^[9]

Observatie 2: financiers leggen risico's in hoge mate bij de ondernemer

Verder is bij de AFM het beeld ontstaan dat financiers in hoge mate de verantwoordelijkheid bij de ondernemer leggen om te bepalen of diens behoefte aan financiering gegrond en verantwoord is. Het risico dat een ondernemer niet (tijdig) kan terugbetalen komt met name naar voren bij de bepaling van de prijs van de financiering, die hierbij – zoals bij observatie 1 al aan de orde kwam – nogal fors kan oplopen. Dit klemt temeer door de toch al kwetsbare situatie van de kleine ondernemer, aldus de AFM. De AFM acht het hierbij tevens problematisch dat de financiers financiële prikkels voelen om meer krediet te verstrekken dan de ondernemer nodig heeft. De AFM suggereert hier dat de financiers ook jegens kleine ondernemers een wettelijke verantwoordelijkheid zouden moeten hebben overkreditering te voorkomen. Voor kredietverlening aan consumenten is er al een gedragsregel die dit voorschrijft.^[10]

Observatie 3: kostenstructuur is vaak onvoldoende begrijpelijk

De AFM ziet ook dat de gehanteerde kredietovereenkomsten veelal niet goed leesbaar zijn en een onvoldoende begrijpelijke kostenstructuur bevatten. Hierdoor kan het zijn dat de kosten hoger oplopen dan de ondernemer verwachtte, met “voorzienbare teleurstellingen voor ondernemers” of zelfs “onverantwoorde financiering” tot gevolg. Dit impliceert dat de AFM vindt dat financiers bij kredietverlening aan kleine ondernemers een wettelijke plicht zouden moeten hebben tot correcte, duidelijke en niet misleidende informatieverstrekking. Voor kredietverlening aan consumenten gelden hiervoor al nadere gedragsregels.^[11] De AFM zou verder graag zien dat ondernemers de non-bancaire financieringsproducten beter kunnen vergelijken op prijs, zodat zij eerder uitkomen op de producten die het meest in hun belang zijn. Hier klinkt overigens ook de roep om PARP^[12] in door.

Observatie 4: productinformatie is soms onduidelijk; productvergelijking is nagenoeg onmogelijk

De AFM vervolgt met de constatering dat ook op andere onderdelen dan de kostenstructuur de productinformatie(verstrekking) soms niet deugt. Interessant hierbij is met name de inschatting van de AFM dat ondernemers ook op dit punt net (consumenten)mensen zijn. Als na de aanvraag eenmaal een offerte op tafel ligt waarin voor het eerst de voorwaarden en tarieven kenbaar zijn, zal de ondernemer volgens de AFM namelijk vaak weinig geneigd zijn om nog eens goed te kijken, laat staan verder te winkelen.^[13]

Observatie 5: lastige zoektocht naar bekwame en betrouwbare adviseur

Volgens de AFM ondervangt ondersteuning door adviseurs de problemen niet. Soms is het inwinnen van advies simpelweg te duur. In andere gevallen weet de ondernemer niet wat hij van de begeleiding mag verwachten, temeer als verkeerde prikkels bij de intermediair (waaronder perverse provisiestructuren) de ondernemer begeleiden naar onnodig dure of anderszins niet-passende producten. In weer andere gevallen kan het zelfs moeilijk zijn om überhaupt een bekwame en betrouwbare adviseur te vinden. Hierin lijkt een pleidooi besloten te liggen voor wettelijke markttoegangs- en gedragsregels ter regulering van de activiteiten van partijen die bemiddelen in en adviseren over zakelijke kredieten zoals nu al het geval is voor de bemiddelaars in en adviseurs over krediet.^[14] mogelijk met inbegrip van provisieregels.^[15]

Observatie 6: onvoldoende volwassen zelfregulering

Zelfregulering biedt volgens de AFM geen soelaas. Dit komt doordat onvoldoende sprake is van de voor effectieve zelfregulering vereiste gedragsnormen die (i) duidelijk en ambitieus zijn; (ii) in het belang van de ondernemer zijn; (iii) worden gecontroleerd op naleving; en (iv) zo nodig kunnen worden afdgedwongen. Verder acht de AFM de graad van aansluiting bij relevante brancheorganisaties niet hoog genoeg.^[16] Hierdoor valt te betwijfelen of zelfregulering binnen afzienbare tijd alsnog een zodanig volwassen niveau bereikt dat de geobserveerde risico's voor de ondernemers in voldoende mate zullen worden gemitigeerd.

3.2 Conclusie: omzichtigheid is geboden

Ondanks de aanzienlijke maatschappelijke implicaties van de vrij stevig geformuleerde observaties, is de AFM in haar conclusies nogal terughoudend. Kort samengevat zegt de AFM: verdere professionalisering van de markt lijkt gewenst, de AFM ziet op dit moment geen directe rol voor zichzelf weggelegd en meer onderzoek is nodig, onder meer ook naar de noodzaak en proportionaliteit van eventuele maatregelen. Ten aanzien van dit laatste leest het Rapport zelfs bijna als een diskwalificatie van de door de AFM uitgevoerde verkenning. Zo stelt de AFM dat zij geen onderzoek heeft kunnen doen naar de omvang en schadelijkheid van haar observaties en die ook niet met cijfers kan onderbouwen. Omzichtigheid is hier kennelijk dus het devies voor de AFM. Het laat zich echter lastig voorstellen dat de AFM haar investering in de verkenning en het daaruit voortvloeiende Rapport hiermee voldoende rendabel acht. Men kan immers nauwelijks tegen verdere professionalisering van een financiële markt zijn, dat de AFM op de markt voor zakelijke kredietverlening nu geen bevoegdheid heeft was in de markt al bekend en degelijk nader onderzoek kan zachtst gezegd nooit kwaad.

4. Vervolg in het licht van de omschrijving van de taken van de AFM

Momenteel is de wettelijke taakstelling voor de AFM in de Wft omschreven als het uitoefenen van het gedragstoezicht op financiële markten en het beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.^[17] De reikwijdte hiervan wordt onder meer bepaald door de definitie van “financiële onderneming” (en ten aanzien van kredietverlening momenteel meer in het bijzonder de definitie van “financiële dienstverlener”),^[18] de mate waarin en wijze waarop de activiteiten van financiële ondernemingen zijn gereguleerd en in hoeverre ten aanzien hiervan specifieke uitzonderingen of vrijstellingen gelden. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, brengt de huidige opzet van de Wft met zich dat de activiteit van kredietverlening aan niet-consumenten als zodanig in de Wft niet is gereguleerd. Partijen die zich hiermee bezighouden of hierover adviseren kunnen dit dan ook doen zonder vergunning op grond van de Wft. Zij kwalificeren als zodanig namelijk niet als financiële onderneming.^[19] Dit kan nog wel anders liggen voor zover zij de kredietverstrekking financieren door zelf bij het publiek terugbetaalbare c.q. opvorderbare gelden aan te trekken. In beginsel kwalificeren zij dan namelijk als bank,^[20] in welk geval zij een door toezichthouder DNB te verlenen bankvergunning nodig hebben.^[21] Voor zover een dergelijke kredietverstrekker een coöperatie is waarvan de leden op grond van hun beroep of bedrijf zijn toegelaten tot het lidmaatschap van de coöperatie en de opvorderbare gelden bij deze leden worden aangetrokken beneden een vastgestelde totale omvang, volstaat een door DNB te verlenen vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van kredietunie.^[22] Op de laatstbedoelde vorm van non-bancaire mkb-financiering heeft de verkenning door de AFM overigens blijkbaar geen betrekking. Kennelijk verwacht de AFM dat de in de verkenning gesignaleerde risico’s bij de kredietunies minder aan de orde zijn. Vanwege de opzet van kredietunies en het daarin ontbreken van de verkeerde financiële prikkels valt hier ook wel wat voor te zeggen.

Hoe dit ook zij, de AFM heeft nu dus geen opdracht en geen bijbehorend mandaat om toezicht te houden op zakelijke kredietverlening. Dit is alleen anders bij zakelijke kredietverlening via crowdfunding, maar hierbij staat de bescherming van de via het crowdfundingplatform kredietverstrekken investeerder centraal, niet de bescherming van de kredietbehoevende ondernemer. Desalniettemin meent de AFM dat zij onderzoek moet doen naar zakelijke kredietverlening. De AFM ziet het namelijk – ondanks dat zij ten aanzien hiervan geen toezichtrol heeft – als haar taak om trends en ontwikkelingen in de gehele financiële markt in kaart te brengen en deze “naar risico’s te vertalen”. De AFM “hoopt met haar observaties bij te dragen aan de professionalisering van de groeiende markt van de non-bancaire financiering om zodoende de risico’s voor kleinzakelijke klanten te beperken en de toegang tot financiering te verbeteren”. Nu doet hoop op zichzelf leven, maar met dit – mogelijk door wel onder toezicht staande financiële ondernemingen gefinancierde^[23] – onderzoek, opereert de AFM wel heel ver buiten haar huidige wettelijke taakstelling zoals hiervoor weergegeven. Zo is het naar huidig recht niet aan de toezichthouder om risico’s te beperken in relaties met marktpelers die niet onder haar toezicht staan en valt een macro-economische kwestie als de (verbetering van) toegang tot financiering al helemaal buiten de huidige doelstellingen van het gedragstoezicht.

Hierbij komt dat deze bepaald ambitieuze doelstellingen ter zake van risicobeperking en toegang tot financiering zich niet direct verdragen met de nogal bescheiden hoop om met observaties bij te dragen aan de realisatie daarvan. Mogelijk vallen de observaties onder het soort van pseudoregelgeving – of “soft law”,^[24] dan wel door de AFM zelf benoemde principes^[25] of ongeschreven regels^[26] – waar de AFM de laatste tijd meer mee werkt. Het gaat waarschijnlijk te ver om erop te speculeren dat de AFM een dergelijk soort “recht” heeft willen vormen voor marktpartijen die überhaupt niet onder de reikwijdte van haar toezicht vallen. Meer voor de hand ligt dat de AFM niet zozeer grenzen wil overschrijden als wel erop uit is om haar grenzen te verleggen door haar taakstelling te (laten) verruimen, om – in lijn met “verkenning” en “observaties” geformuleerd – het slagveld te vergroten. Dan is dus sprake van een verkapt wetgevingswens, een verzoek tot wijziging van de toezichtwet zoals de AFM deze normaliter veel explicieter in een jaarlijkse brief aan de Minister van Financiën pleegt over te brengen. Opvallend genoeg stipuleert de AFM in het Rapport dat zij *niet* om een ruimer mandaat vraagt. Tegelijkertijd zit in de beperking van het slagveld, de AFM spreekt zelf van speelveld, de zorg die aanleiding was voor de

verkenning. Omdat immers ook de andere toezichthouder (DNB) op de non-bancaire financieringssector geen toezicht houdt, kan volgens de AFM juist dit “vrije speelveld” de met consumenten te vergelijken kleine ondernemers in een precare positie brengen. Zo signaleert de AFM dat de ondernemer bij problemen met een non-bancaire financier al snel is aangewezen op een gang naar de civiele rechter.^[27] Het gemis aan regulatoire gedragsregels doet zich vervolgens ook in de dan te voeren civiele procedure voelen. Waar dergelijke regels invulling hadden kunnen geven aan de contractuele en buitencontractuele zorgplicht van de zakelijke kredietverstrekkers, moet de ondernemer naar huidig recht namelijk maar hopen dat de civiele rechter op puur civielrechtelijke basis bijzondere zorgplichten zal willen aannemen,^[28] dan wel de contractuele afspraken in het voordeel van de ondernemer zal willen uitleggen en ruimhartig de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zal willen toepassen. Enerzijds ziet de AFM dus het ontbreken van toezichtrechtelijke gedragsregels terecht als oorzaak van de geobserveerde problemen, maar anderzijds vraagt zij niet expliciet om invoering van dergelijke regels. Zo hiermee al geen sprake is van innerlijke tegenstrijdigheid, dan toch minst genomen wel van verminderde transparantie.

5. Slotbeschouwing: transparantie over wetgevingswensen

Al geruime tijd laat de AFM zich inspireren door de ideeën van de Amerikaanse hoogleraar toezichtvraagstukken Malcolm K. Sparrow. In de kern pleit hij voor actief oplossen van maatschappelijke problemen in plaats van ferm handhaven zonder “om te zien”. Met de woorden van Sparrow: *“I tell my people their job isn’t to catch smugglers, it’s to stop smuggling.”* Hij gaat hierbij uit van een risico-benadering waarmee de belangrijkste problemen het eerst worden aangepakt, niet zozeer door een omvattende theorie te bedenken maar door helder omschreven kwesties prioriteit te geven. Hij noemt dat: *“fix it”*.^[29] In deze visie bestaat wat minder aandacht voor de formele bevoegdheidsgrondslag van het overheidsoptreden. De laatste tijd bestaat bij de AFM daarnaast ruime aandacht voor het stimuleren van gewenst gedrag – ook wel aangeduid met de term “nudging” – en daardoor niet meer uitsluitend voor het bestrijden van ongewenst gedrag in de zin van wetsovertreding. De gedachte is dat menselijke actoren – waaronder door mensen gedreven bancaire en non-bancaire kredietverstrekkers – vaak maar een klein duwtje nodig hebben om het – kennelijk soms ook door de toezichthouder te bepalen – gewenste gedrag te vertonen. Harde wetgeving respectievelijk harde handhaving zouden daarom in veel gevallen niet nodig zijn. Zoals ook uit het Rapport volgt betreft de AFM hierbij inzichten uit de gedragswetenschappen. Deze zijn van toepassing op zowel de afnemers van financiële producten (waaronder krediet) en diensten als op de aanbieders daarvan en betrokken bemiddelaars en adviseurs. Aldus is een trend zichtbaar waarin gedragstoezicht meer gericht raakt op gedrag en minder op toezicht op de naleving van in de Wft opgenomen gedragsregels en de in dat kader aan de AFM gegeven formele toezicht- en handhavingsbevoegdheden. Zo beschouwd komt het Rapport over als het hybride product van zowel het gedachtegoed van Sparrow als van het evangelie van nudging, met dien verstande dat de verkenning betrekking heeft op marktspelers die überhaupt niet onder de reikwijdte van toezichtregels vallen. De AFM heeft vermoedelijk niet direct de bedoeling om in deze zin verder te gaan dan Sparrow of om zelfs niet onder toezicht staande instellingen in de rug te duwen. Maar als dat inderdaad zo is, dan kan ook in dit licht de verkenning nauwelijks iets anders betekenen dan dat de AFM het wenselijk acht dat voor de spelers in het veld van zakelijke kredietverlening aan kleine ondernemers toezichtrechtelijke gedragsregels gaan gelden. Ervan uitgaande dat dit zo is brengt zij deze wens – anders dan vaak nogal anders – wel erg impliciet.

Mogelijk bestaat bij de AFM de zorg dat toezichthouders die vragen soms worden overgeslagen of dat haar het verwijt treft van de in de zogenoemde public-choice-theorie wel geïdentificeerde neiging van overheidsorganisaties tot budgetmaximalisatie. Wat ook aan de orde kan zijn is dat de AFM terughoudend communiceert vanuit de vrees dat ondernemers – die kennelijk vanwege strengere eisen bij bancaire kredietverlening steeds meer hun heil hebben moeten zoeken bij non-bancaire financiers – bij dreigende regulering van zakelijke kredietverlening ook bij die alternatieve financiers niet goed meer terecht kunnen. Een dergelijk vooruitzicht zou er echter juist voor pleiten om de toegang tot krediet bij de banken, dan wel door de banken gevormde kredietfondsen, te vergroten. Zeker voor de qua beschermingsbehoefte aan consumenten gelijk te stellen ondernemers zouden de banken daarbij dan bij voorkeur wel aan een aantal basale gedragsregels voldoen om de risico’s zoals de AFM die bij non-bancaire financiers constateert, ook bij banken te mitigeren. Het is namelijk bepaald niet zo dat ondernemers bij de banken altijd een redelijke prijs voor hun krediet betalen in lijn met de marktrente of dat zij van de banken – met name op het punt van de kosten en de wijziging daarvan – redelijke en transparante voorwaarden krijgen.

Kort en goed, het is positief dat de AFM zich het lot aantrekt van kleine kredietbehoevenden die net niet kwalificeren als consument. Mocht de AFM ook naar concrete oplossingen willen toewerken, dan zou het nog mooier zijn als de AFM haar nu nogal verpakte wetgevingswensen uit de verpakking haalt en meer expliciet aanstuurt op de invoering van toezichtrechtelijke gedragsregels voor zakelijke kredietverlening zowel door banken als door non-bancaire financiers. Transparantie is namelijk niet alleen goed voor afnemers van financiële producten, maar ook voor regelgevers met belangstelling voor toezichthouders die willen opkomen voor kleine ondernemers.

Voetnoten

[1]

Michiel van Eersel is advocaat te Amsterdam.

[2]

<https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/april/mkb-gebaat-volwassen-financiering>.

[3]

Rapport, p. 5.

[4]

Hierbij borduurt de AFM duidelijk voort op een eerder al door het Ministerie van Financiën uitgevoerd onderzoek: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/10/27/kamerbrief-onderzoek-niet-bancaire-kredietverlening>.

[5]

“Consument” is in art. 1:1 Wft gedefinieerd als een niet in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep handelende natuurlijke persoon aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent. Onder “financiële dienst” valt onder meer aanbieden, bemiddelen en adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten. Dit behelst meer in het bijzonder het aanbieden van krediet, gedefinieerd als: *a. het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten; b. het aan een consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, dan wel het aan een consument of een derde ter beschikking stellen van een geldsom ter zake van het aan die consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten, met uitzondering van doorlopende dienstverlening en doorlopende levering van dezelfde soort roerende zaken, financieel instrumenten of beleggingsobjecten, waarbij de consument gehouden is in termijnen te betalen zolang de doorlopende dienstverlening of doorlopende levering plaatsvindt*; De in dit verband relevante gereguleerde activiteiten zijn het aanbieden van krediet, het bemiddelen daarbij en het adviseren daarover. De hiervoor benodigde vergunning (ex art. 2:60, 2:80, respectievelijk 2:75 Wft) verplicht de betreffende financiële dienstverlener tot naleving van diverse initiële en doorlopende vergunningvereisten ter bescherming van de consument, waaronder diverse gedragsregels van deel 4 Wft die elders in deze bijdrage nog nader aan de orde zullen komen.

[6]

Aan deze criteria toetst de AFM ook de informatieverstrekking over consumentenkrediet op basis van art. 4:19 Wft.

[7]

Zoals dit criterium ook is opgenomen in de regeling ter voorkoming van overkreditering op basis van art. 4:34 Wft.

[8]

De AFM signaleert jaarlijkse kostenpercentages van gemiddeld 126% voor 5000 euro geleend geld voor 3 maanden en uitschieters boven de 400%, terwijl de Gedragscode MKB Financiers van de Stichting MKB Financiering een jaarlijks kostenpercentage van maximaal 20% hanteert voor aangesloten aanbieders.

[9]

De maximale kredietvergoeding voor consumptief krediet is met ingang van 10 augustus 2020 tijdelijk verlaagd in verband met de gevolgen van COVID-19. De opslag op de wettelijke rente is hierbij verlaagd van 12% naar 8%, zodat de maximale rente die kredietaanbieders mogen berekenen is verlaagd van 14% naar 10%. Zie het Besluit van 15 juli 2020 tot wijziging van het Besluit kredietvergoeding ten behoeve van een tijdelijke verlaging van de ten hoogste toegelaten kredietvergoeding in verband met de gevolgen van COVID-19 (Besluit tijdelijke verlaging kredietvergoeding). De Minister van Financiën beoogt deze tijdelijke verlaging te verlengen tot 1 juli 2022. De consultatie voor het daartoe strekkende wijzigingsbesluit is op 4 juni 2021 gesloten: <https://www.internetconsultatie.nl/voortzettingkredietvergoeding>.

[10]

Op grond van art. 4:34 lid 1 Wft moeten aanbieders van krediet aan een consument informatie inwinnen ter beoordeling of het aangaan van de overeenkomst dan wel een belangrijke verhoging van krediet voor deze consument verantwoord is. Lid 2 van dit artikel verbiedt het om een kredietovereenkomst aan te gaan of het al verstrekte krediet te verhogen als dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is.

[11]

Zoals thans geldt ten aanzien van consumenten op grond van art. 4:19 lid 2 Wft, al dan niet nader uit te werken in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (“Bgf”) zoals voor consumenten op de voet van art. 4:20 Wft is gedaan in art. 112 e.v. Bgf.

[12]

Deze afkorting staat voor Product Approval & Review Process. Het gaat hierbij om het geheel van verplichte procedures en maatregelen die waarborgen dat bij de ontwikkeling van het financieel product (in casu krediet) op een evenwichtige wijze rekening wordt gehouden met de belangen van de kredietnemer en dat het financieel product aantoonbaar het resultaat is van deze belangenafweging. Voor kredietverlening aan consumenten gelden verplichtingen in dit verband zoals neergelegd in art. 32 Bgf.

[13]

Letterlijk stelt de AFM: “Vanuit de gedragswetenschappen is bekend dat een klant op dat moment in het proces waarschijnlijk minder open staat om die

informatie nog tot zich te nemen en mogelijk alternatieven te overwegen. De klant zit dan al in een tunnel die eerder leidt tot het sluiten van de overeenkomst.”

[14]

Vergelijk de vergunningplichten ex art. 2:75 Wft (voor adviseurs) en art. 2:80 Wft (voor bemiddelaars).

[15]

Vergelijk de provisieregels voor bemiddelaars in consumentenkrediet in art. 153 e.v. Bgfo.

[16]

Het gaat hierbij onder meer om de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL), de Factoring Associatie Nederland (FAAN), de Branchevereniging Nederland Crowdfunding (BNC), alsmede diverse brancheorganisaties voor tussenpersonen.

[17]

Dit volgt uit art. 1:25 lid 2 Wft waarbij over gedragtoezicht in art. 1:25 lid 1 Wft is bepaald dat dit, mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel, gericht is op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.

[18]

Aangezien vanwege de gehanteerde definities in art. 1:1 Wft aanbieders van krediet (aan consumenten) een deelverzameling vormen van financiële dienstverleners, welke op hun beurt een deelverzameling vormen van financiële ondernemingen.

[19]

Voor partijen die hierbij bemiddelen ligt dit genuanceerder. Weliswaar vallen zij niet onder de vergunningplicht voor bemiddelaars in kredieten als bedoeld in art. 2:80 Wft, zij zullen in beginsel wel worden geacht in de uitoefening van een beroep of bedrijf als tussenpersoon werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het van het publiek aantrekken of ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden als bedoeld in art. 4:3 lid 1 Wft voor zover de achterliggende kredietverstrekkers onder de reikwijdte van “publiek” vallen. Hiervoor geldt geen vergunningregime, maar kunnen dergelijke tussenpersonen van de AFM een ontheffing krijgen als zij aan de daaraan gestelde eisen voldoen. Op de datum van deze bijdrage geldt dit ook voor bepaalde typen (exploitanten van) crowdfundingplatforms. Na inwerkingtreding per 10 november 2021 van de Crowdfundingverordening zullen zij als crowdfundingdienstverleners echter moeten gaan beschikken over een specifiek daarop betrekking hebbende vergunning.

[20]

Als gedefinieerd in art. 1:1 Wft jo. art. 4 lid 1 onderdeel 1 Verordening kapitaalvereisten.

[21]

Ex art. 2:11 Wft.

[22]

Ex art. 2:54o Wft. Een kredietunie waarbij het totaal aan aangetrokken opvorderbare gelden lager is dan EUR 10 miljoen is vrijgesteld van de vergunningplicht ingevolge art. 1j lid 1 Vrijstellingsregeling Wft.

[23]

Gelet op recente berichten betreft het hierbij overigens wellicht vooral financiering door financiële ondernemingen die de Wft en andere relevante toezichtregels overtraden. Zie bijvoorbeeld: <https://fd.nl/beurs/1380180/miljoenenoverschot-voor-afm-door-toename-geinde-boetes>. Met welke geldstromen de AFM welke uitgaven precies financiert valt uit de openbare bronnen niet goed na te gaan.

[24]

Zie voor een uitgebreide analyse van het concept soft law in de zin van invulling van open normen zonder formele bindende kracht, maar dan binnen de reikwijdte van de bestaande regels van financieel recht, V.P.G. de Serière & B.C.G. Jennen, ‘De betekenis van ‘soft law’ in de financiële toezichtwetgeving’, *Ondernemingsrecht* 2017/143.

[25]

Zoals ook volgt uit de in het Rapport aangehaalde principes voor consumentengedragsinzichten zijn “principes” in de bewoordingen van de AFM een beleidsuiting waarin de AFM een langetermijnvisie schetst over hoe (financiële) ondernemingen zich idealiter gedragen met betrekking tot een bepaald onderwerp. Principes worden op een hoog abstractieniveau opgesteld. Principes schrijven niet voor hoe (financiële) ondernemingen deze toepassen. Er kunnen aan principes uiteenlopende wettelijke normen ten grondslag liggen. Principes zijn niet handhaafbaar. Het doel van principes is de voorspelbaarheid en transparantie van de AFM te vergroten en het bevorderen van de dialoog tussen de AFM en de sector over het betreffende onderwerp. Principes ontstaan op initiatief van de AFM, maar komen bij voorkeur in consultatie met de sector tot stand. AFM Principes voor consumentengedragsinzichten, 2021, <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/mrt/principes-consumentengedragsinzichten>. Dit klinkt overigens als “nudging”, waarover in paragraaf 5 meer.

[26]

Zie bijvoorbeeld in een AFM blog: “*De AFM kijkt daarom ook naar ongeschreven regels om risico’s te herkennen en problemen te voorkomen. Céline Christensen, manager gedrag en cultuur bij de AFM, vertelt. ‘Van de AFM wordt verwacht dat zij handhavend optreedt, met waarschuwingen of boetes voor overtredingen. Als toezichthouder willen we echter niet alleen naar de symptomen van problemen kijken, maar ook naar de oorzaken. Dan kunnen we toezichtsriscico’s namelijk tijdig herkennen en ondernemingen juist behoeden voor valkuilen. Dat is ook onze ambitie: ons toezicht meer vooruitblikkend maken.’*”, <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2019/apr/blog-gedrag-cultuur-celine-christensen>. Met name het kijken naar oorzaken klinkt als Sparrow, waarover hierna in paragraaf 5 meer.

[27]

Deze constatering impliceert overigens niet dat als er wel toezicht op de non-bancaire financiers zou zijn, ondernemers bij problemen met dergelijke financiers dan bij de AFM voor oplossingen terecht zouden kunnen, dan wel dat de AFM zich ook in individuele gevallen zou opwerpen als “beschermer” van ondernemers of iets dergelijks. De AFM (alsook DNB) komt – in elk geval tot nog toe – met een beroep op de taakstelling in art. 1:25 lid 2 Wft (respectievelijk art. 1:24 lid 2 Wft) primair op voor algemene, publieke belangen en niet zozeer voor individuele, private belangen.

[28]

Zo signaleert Busch bijvoorbeeld dat het inmiddels algemeen geaccepteerd lijkt dat banken ook tegenover beschermingsbehoefte niet-particulieren (zoals mkb'ers) onderworpen kunnen zijn aan concrete zorgplichten, meer in het bijzonder onderzoeks- en waarschuwingsplichten. D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/24.

[29]

M.K. Sparrow, *The Regulatory Craft. Controlling risks, solving problems, and managing compliance*, Brookings Press, Washington DC, 2000.