

Achtergrondmateriaal bij NJB artikel “Is de Duisenberg-regeling royaal genoeg voor alle legitieme Dexiaclaims?”

Nick Huls is hoogleraar rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden. Hij is op 1981 in Utrecht gepromoveerd (promotor: C.J. van Zeben) op het onderwerp Consumentenkrediet. Sociaal-juridische beschouwingen, in het bijzonder m.b.t. huurkoop van roerend goed (Kluwer) (verder: Diss.).

Van 1983-1990 werkzaam op de ministeries van Financiën en EZ, laatstelijk als projectleider van de Wet Consumentenkrediet.

Rotterdam, 5 juli 2005

1. Inleiding

Nadat de Wet Consumentenkrediet (verder: WCK) in werking was getreden op 1 januari 1992 publiceerde ik in de zomer van 1993 Wet op het consumentenkrediet in de serie Recht en praktijk nr 8, als opvolger van het werk van P. Stoffels, eveneens bij Kluwer (verder: R&P). Eind 1997 verscheen van mijn hand Onderhandelend wetgeven in de praktijk. Over ambtelijk activisme op middenniveau, Amsterdam University Press, dat een verslag van binnenuit bevat van het eerder vermelde projectleiderschap (verder: OHW).

Deze drie boeken bevatten publiekelijk toegankelijke bronnen waaruit ik put voor deze compilatie. Ik zal ze aanhalen als resp. *Diss.*, *R&P* en *OHW*.

In de volgende paragrafen breng ik de stukken bijeen uit R&P en OHW die mijns inziens van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de WCK van toepassing is op aandelenleasetransacties.

Eerst behandel ik **onder 2** de toepasselijkheid van artikel 1 op effectenleaseovereenkomsten. Hier benader ik de problematiek vanuit het transactie-perspectief. Hier komt ook de relatie tot de artikelen uit het BW ter sprake.

Vervolgens behandel ik in **paragraaf 3** het vraagstuk vanuit het perspectief van de vergunning-vereisten die gelden voor transacties die onder de WCK vallen.

Onder 4 ga ik in op wat in Diss. genoemd wordt Ontduiking en verschuiving. Omdat effectenleasing nog niet bestond ten tijde van de invoering van de WCK, kunnen we leren van ervaringen uit het verleden waar de wetgever geconfronteerd werd met nieuwe financiële producten waarover getwist werd of ze onder de kredietwetgeving vielen.

Bij de uitzondering van artikel 4 lid 1 onder h WCK sta ik **onder 5** stil. Ook komt de relatie met artikel 40 WCK ter sprake. In **paragraaf 6** behandel ik de Europese dimensie van de WCK.

2. De krediettransactie (R&P, p. 15)

Op pagina 8 van de memorie van toelichting wordt de volgende economische omschrijving van consumentenkrediet gegeven: krediet verstrekt aan particulieren om het verwerven van goederen en diensten voor hun privé-gebruik te financieren. Krediet verlenen is het ter beschikking stellen van geld (koopkracht), dan wel goederen of diensten door de kredietverlener aan de kredietnemer, onder de verplichting van laatstgenoemde om in de toekomst een equivalent daarvan terug te betalen aan de kredietgever. Of korter en algemener gezegd: kredietverlening is het verrichten van een prestatie in ruil voor een uitgestelde tegenprestatie.

De prestatie van de kredietgever bestaat in de sfeer van het consumentenkrediet meestal uit het ter beschikking stellen van geld, maar er is eveneens sprake van krediet indien de verkoper een zaak (of dienst) levert en daarvoor uitgestelde betaling ontvangt, al dan niet in termijnen.

Krediettransactie (R&P 23-26)

Artikel 1 aanhef en onder a WCK geeft een tamelijk ingewikkelde omschrijving van het begrip krediettransactie. Anders dan in de oude wetgeving is de vorm waarin de overeenkomst is gegoten niet beslissend voor de toepasselijkheid van de wet. De wetgever beoogt alle relevante vormen van consumentenkrediet te omvatten. Met een feitelijke omschrijving van de verschillende elementen wil de wetgever voorkomen dat de wet via juridische constructies wordt ontdoken. De economische werkelijkheid prevaleert boven de juridische vormgeving.

Overeenkomst of samenstel van overeenkomsten

De krediettransactie kan bestaan uit een overeenkomst, waaraan twee of meer partijen kunnen deelnemen, dan wel uit een samenstel van overeenkomsten. Bij een eenvoudige lening staan twee partijen tegenover elkaar, de bank en de consument, maar bij de financiering van specifieke transacties is vaak ook nog een derde partij, de leverancier of handelaar, betrokken. In dit laatste geval wordt soms gekozen voor een driepartijencontract, waarin alle rechten en verplichtingen van partijen zijn neergelegd. Maar ook komt het voor dat de consument twee aparte transacties sluit, één met de bank en één met de handelaar. In beide gevallen is er sprake van een krediettransactie in de zin van de wet.

In het verleden zijn financiers creatief gebleken in het splitsen van krediettransacties in verschillende overeenkomsten teneinde één of meer wettelijke regelingen te omzeilen. Ik wijs hier op de frontingconstructies, de tweepartijencontracten en de ingewikkelde vormgeving van driepartijhuurkoop (Diss., 118-122 en 136 e.v.). Er wordt dan gewerkt met cessies, volmachten, opties en dergelijke die los van elkaar ieder op zich beschouwd geen krediettransactie opleveren, maar die in hun onderlinge samenhang tot de conclusie nopen dat krediet is verleend.

De wetgever hanteert een brede benadering van krediet. De rechter en toezichthoudende instanties moeten zich derhalve niet beperken tot een enge blik op (onderdelen van) het contract.

Meervoudige transacties

De definitie van krediettransactie omvat mede de situatie waarbij de kredietgever aan de kredietnemer in het kader van een krediettransactie meer dan één geldsom of meer dan één zaak ter beschikking stelt. Dit is onder andere het geval bij doorlopende kredieten.

De strekking van de overeenkomst

Als reactie op het feit dat de kredietwetgeving in het verleden veelvuldig ontweken werd door middel van juridische constructies, heeft de wetgever het begrip strekking in het definitie-artikel opgenomen. De bewoordingen van het contract zijn niet sacrosanct. Als uit de begeleidende omstandigheden blijkt dat partijen in werkelijkheid kredietverlening beoogd hebben, terwijl de inhoud van het contract iets anders suggereert, dan maakt het begrip strekking het mogelijk de wet van toepassing te verklaren.

Met behulp van het strekkingsbegrip is bij voorbeeld het roodstaan op betaalrekeningen onder de werking van de WCK gebracht

Ook bij ingewikkelde huurtransacties, waarbij gewerkt wordt met koopopties, nieuwe benamingen als financieringshuur en operational lease, is het strekkingsbegrip een nuttig middel om tot de juridische en economische kern van de transactie door te dringen en onder de WCK te brengen.

Drie varianten

De wetgever onderscheidt drie varianten: het zuivere geldkrediet, waarbij slechts twee partijen zijn betrokken (variant 1), het goederenkrediet, waarbij twee partijen zijn betrokken (variant 2) en het goederenkrediet, waarbij drie partijen zijn betrokken (variant 3).

Geldkrediet

De meest voorkomende vormen van geldkrediet zijn de persoonlijke lening, al dan niet door zekerheid gedekt, en het doorlopend geldkrediet. Bij dergelijke transacties zijn twee partijen betrokken, de kredietgever en de kredietnemer. De prestatie die de kredietgever levert, is het ter beschikking stellen van een geldsom. De vorm waarin het geld ter beschikking gesteld wordt, is voor de toepasselijkheid van deze wet niet relevant. Zo is niet van belang of het geld contant ter hand wordt gesteld, of giraal aan de kredietnemer wordt overgemaakt. Bij doorlopend geldkrediet stelt de kredietgever de kredietnemer een bepaalde financiële ruimte (limiet) ter beschikking, waarbinnen deze laatste in de tijd gespreid geldsommen kan opnemen.

Goederenkrediet

Goederenkredieten kunnen zowel betrekking hebben op het verschaffen van het genot van een zaak als op het verrichten van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst. Goederenkredieten komen in de praktijk voor onder de naam van huurkoop, leasing, koop op afbetaling, postorderkrediet en kredietkaarttransacties. Zij zijn te onderscheiden in tweepartijen- en driepartijentransacties. De tweepartijen constructie is omschreven in variant 2 van artikel 1 onder a. De kredietgever en de leverancier van de zaak zijn daar in één persoon verenigd. In de praktijk verlenen postorderbedrijven en de zogenaamde zelffinancierende detailhandelaren krediet in deze vorm.

Bij variant 3 zijn drie partijen betrokken: kredietgever, kredietnemer en leverancier. De kredietnemer koopt een zaak bij de leverancier, waarna de kredietgever de koopprijs van de zaak aan de leverancier betaalt, op grond waarvan de kredietnemer/koper verplicht is de koopprijs, vermeerderd met rente en kosten, te betalen aan de kredietgever (bank).

Variant 3 ziet ook op het geval dat de kredietnemer niet aan de kredietgever, maar aan de leverancier moet terugbetalen, waarna de leverancier de termijnen aan de kredietgever betaalt. Deze handelwijze komt thans niet veel voor, maar de wetgever wil voorkomen dat deze constructie gekozen zou worden om de WCK te ontduiken.

Geld- of goederenkrediet?

Het komt bij variant 3 ook wel voor dat de bank een betaling ter grootte van de koopprijs overmaakt aan de kredietnemer, die vervolgens het geld betaalt aan de leverancier. Het is niet altijd eenvoudig om dan een onderscheid te maken met het zuiver geldkrediet. Het antwoord op de vraag of het gaat om variant 3 of om variant 1, zal afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van het geval. Indien er een relatie is tussen de kredietverlening en de koop in die zin, dat de leverancier ook bemoeienis heeft met de kredietverlening, dan is sprake van een krediet in de zin van variant 3.

Wanneer een dergelijke relatie ontbreekt, dan betreft het een kredietverlening als omschreven in variant 1 en blijft het goederenaspect in beginsel buiten het bereik van de wet. Men denke hierbij aan de situatie dat een consument een geldsom opneemt uit zijn doorlopend krediet en daarmee een zaak a contant koopt bij een winkel, die geen enkele relatie met de bank van de klant onderhoudt.

Het criterium dat de WAS kende 'samenwerking' tussen leverancier en financier, wordt in de WCK vervangen door het criterium, dat de transactie de strekking moet hebben van kredietverlening ter zake van het verschaffen van het genot van de zaak.

Van praktisch belang is dit alles voor het antwoord op de vraag of de leverancier als de derde partij onder de wet valt. Als dat niet het geval is, dan gelden voor hem de bepalingen van de wet en de uitvoeringsregelingen niet. Wel is het eventueel mogelijk dat zijn activiteiten kunnen worden aangemerkt als kredietbemiddeling. Ook is de vraag van belang in verband met de toepasselijkheid van artikel 45, de zogenaamde medeaansprakelijkheid van de financier.

De drie partijen die aan een krediettransactie kunnen deelnemen, kredietgever, kredietnemer en leverancier, zijn in de definitie van krediettransactie opgenomen op zodanige wijze, dat de rol die elk van hen bij die transactie vervult, is aangegeven. **De leverancier vervult bij het zuivere geldkrediet (variant 1) geen rol.** In variant 2 vallen de rollen van de kredietgever en van leverancier samen. De handelaar verschafft de kredietnemer het genot van de zaak en verstrekt tevens een lening om de koop te financieren. In beide genoemde varianten rust op de kredietnemer de verplichting aan de kredietgever betalingen te doen. Uiteraard zijn dit betalingen ter zake van de prestatie die de kredietgever de kredietnemer heeft geleverd, te weten het ter beschikking stellen van een geldsom (variant 1) dan wel het verschaffen van het genot van een zaak (variant 2). De samenhang tussen de prestaties van betrokken partijen komt tot uiting in de aanhef van de omschrijving van krediettransactie, waaruit blijkt dat het gaat om een (samenstel van) overeenkomst(en) met de strekking dat de genoemde prestaties worden verricht. De wetgever heeft bewust vermeden deze samenhang geprononceerder te verwoorden, omdat dit gauw zou leiden tot bewijsproblemen en aanleiding tot ontduiking zou kunnen geven. Ditzelfde geldt voor variant 3, waar sprake is van drie partijen die elk een prestatie hebben te leveren. De kredietgever doet een betaling aan de kredietnemer, of ten behoeve van deze, aan de leverancier, ter zake van het verschaffen van het genot van een zaak aan de kredietnemer. In het algemeen zal de leverancier degene zijn die het genot van de zaak aan de kredietnemer verschafft, maar ook dit is met opzet niet als element in de definitie opgenomen.

Een beperking van de werkingssfeer vinden we op p. 34 R&P, onder het kopje 2.2 naar object.

Niet-registergoederen

De WCK geldt slechts voor roerende lichamelijke zaken, in de termen van het NBW 'lichamelijke zaken, zijnde niet registergoederen'.

Diensten

Bij AMvB kunnen diensten worden aangewezen. In de AMvB ex artikel 1 onder a, 3° is voorsiening alleen de reisovereenkomst aangewezen. Wel is in de toelichting een beschouwing opgenomen over diensten die in samenhang met een kooptransactie worden geleverd. In artikel 1 onder a, 2° en 3° wordt gesproken van een samenstel van overeenkomsten die de strekking hebben dat de kredietnemer een geldsom of een zaak ter beschikking wordt gesteld, waartegenover de verplichting tot betaling staat. Wanneer in dat kader niet alleen de eigendom of het genot wordt verschafft, maar in samenhang met de koop ook een dienst wordt geleverd, dan valt dat laatste onderdeel ook onder de wet. Het maakt daarbij geen verschil of de dienst in een afzonderlijke overeenkomst is vastgelegd. Als voorbeeld wordt genoemd het installeren van de gefinancierde zaak.

Waarom is deze bepaling zo ingewikkeld? OHW (66-67) bevat de volgende verklarende passage

'Als voorbeeld mag dienen de schermutselingen rond de definitie van 'krediet' uit artikel 1 van de wet. In de coördinatiecommissie hadden we elkaar gevonden op een definitie van krediet, maar toen EZ eenmaal het primaat had verworven, gingen de WJA-collega's de wet meer beschouwen als een lid van de EZ-wetgevingsfamilie. Dit impliceerde dat zij vooral

vanuit het begrippenapparaat van de WAS dachten. Uiteindelijk slaagde WJA er in een nieuwe, veel ingewikkelder definitie in de WCK op te nemen. Financiën ondernam nog een poging tot vereenvoudiging, maar omdat dit geen onderwerpen zijn waarvoor je de eigen Minister het strijdperk in kan sturen, heeft Financiën zich uiteindelijk gevoegd. Ook justitie nam een terughoudende houding aan.

De juridisch-technische architectuur van de wet is het vrijwel exclusieve domein van de wetgevingsjuristen, want ook de Kamerleden slaan dit soort artikelen het liefst over. Deze defensieve houding van de WJA-collega's heeft geleid tot een nodeloos gecompliceerde definitie en tot een groot aantal extra vergaderingen.'

Maar de wetgevingsjuristen zorgden voor nog meer complicaties; (zie OHW 69).

'Eén van de kwesties die in de coördinatiecommissie vooruit was geschoven, betrof de handhaving van de artikelen over koop op afbetaling en huurkoop uit het BW. Op grond van dereguleringsoverwegingen lag het bepaald voor de hand deze afdeling te schrappen. EZ formuleerde voorstellen in die richting, maar op Justitie wilde men hiervan niet weten. Op grond van de nogal gezochte overweging dat deze artikelen ook van belang waren voor transacties binnen het bedrijfsleven en vanwege de bijzondere procesrechtelijke regeling hield Justitie vast aan dit eigen product.

Dit is een fraai voorbeeld van het hardnekkige bestaan van de veertien wetsfamilies: ieder departement heeft een soort natuurlijke binding met zijn eigen kroost en men geeft niet graag een kind weg aan een andere familie. De destijds door Justitie met de mond beleden dereguleringsdoelstelling bleek niet te gelden voor de eigen wetgeving.'

De artikelen 1576 en volgende BW(R&P hoofdstuk 8)

De regeling van koop en verkoop op afbetaling en huurkoop uit het BW, de artikelen 1576 en volgende, dient ook behandeld te worden in dit boek. Anders dan de Wet Consumptief Geldkrediet(WCGK) en de Wet op het afbetalingsstelsel (WAS) is de zesde afdeling van de vijfde titel van het vierde Boek (oud) BW niet ingetrokken ter gelegenheid van de inwerkingtreding van de WCK.

In 1972 was een Voorontwerp gepubliceerd van Boek 7 NBW (Bijzondere overeenkomsten) waarin ook een geheel nieuwe elfde afdeling over koop op afbetaling was opgenomen, maar de verdere behandeling daarvan is verschoven naar een later stadium. Wel is een aantal artikelen gewijzigd ter gelegenheid van de invoering van het NBW (zie *Kamerstukken* 22 109) afdeling 1 van Boek 7A, vijfde titel A).

De artikelen 1576 en volgende behouden hun juridische betekenis in verschillende opzichten. In de eerste plaats blijft deze afdeling onverkort en volledig van toepassing op kredietverlening die niet valt onder de WCK. Voor bedrijfsmatige huurkoop en koop op afbetaling behouden de BW-regels betekenis, omdat deze geen beperking tot de consumptieve sfeer kennen. De BW-regeling kent geen grensbedrag van f 50 000 opgenomen, zoals de WCK. Verder gelden de regels uit het BW eveneens voor koop op afbetaling en gefinancierde kooptransacties van korter dan drie maanden, voor koop op afbetaling en huurkoop tussen particulieren en op 'zachte voorwaarden' als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onder a WCK. In de tweede plaats is de definitie van huurkoop van belang voor de specifieke procedure in huurkoopzaken van artikel 39 ten vierde RO.

In de derde plaats gelden op grond van artikel 71 WCK sommige bepalingen uit deze afdeling ook voor transacties die onder de WCK vallen.

Ten slotte is de onderhavige afdeling van belang voor huurovereenkomsten, omdat deze via de ruime definitie van huurkoop in artikel 1576h, lid 3, onder de WCK worden gebracht.

Deel van de BW-regeling geldt tevens voor transacties binnen de wck

Artikel 71 WCK regelt de verhouding tussen de WCK en de afdeling over koop op afbetaling en huurkoop uit het BW. Genoemd artikel bepaalt dat de bewuste afdeling niet geldt voor krediettransacties als omschreven in artikel 30, eerste lid, met uitzondering van een aantal in artikel 71 genoemde bepalingen.

Wat moet worden verstaan onder 'overeenkomsten als bedoeld in artikel 30, eerste lid, die ingevolge artikel 1576 BW als koop en verkoop op afbetaling moeten worden aangemerkt'? In artikel 30, eerste lid, wordt gesproken van een overeenkomst die een krediettransactie vormt of tot een zodanige transactie behoort, en die schriftelijk is aangegaan. Is van een dergelijke transactie sprake, en valt die tevens onder de definitie van een koop en verkoop op afbetaling, dan is de regeling van artikel 71 van toepassing. De definitie van koop op afbetaling uit het BW is derhalve van belang voor transacties die ook onder de WCK vallen. Uit de toelichtende stukken blijkt dat de regering slechts die artikelen uit het BW wil laten gelden voor krediettransacties in de zin van de WCK, die de WCK-bepalingen niet doorkruisen en die uit een oogpunt van consumentenbescherming niet overbodig zijn geworden door de WCK.

Als gevolg van de zogenaamde strekkingsartikelen 1576, tweede lid, en 1576h, tweede en derde lid, kent de afdeling een ruime werkingssfeer. Met deze bepalingen is beoogd ontduiking tegen te gaan. Alle overeenkomsten, onder welke vorm of benaming ook aangegaan, die dezelfde strekking hebben, worden als koop op afbetaling en huurkoop aangemerkt. De economische werkelijkheid prevaleert boven de juridische vorm, net als bij de WCK. In het derde lid van artikel 1576h wordt de werking van de afdeling uitgebreid tot transacties waarbij derden een eigendomsrecht hebben verkregen in het kader van een gefinancierde transactie.

Dit betekent dat niet alleen op gefinancierde kooptransacties tussen twee partijen (verkoper en consument) maar ook op die waarbij drie partijen (verkoper, consument en financier) betrokken zijn, de in artikel 71 aangehaalde artikelen uit het BW van toepassing zijn naast de regels van de WCK.

Welke artikelen uit het BW gelden niet voor WCK-transacties?

Voor enige onderwerpen die in het BW geregeld zijn, kent de WCK een eigen regeling, zodat toepasselijkheid van de artikelen 1576 en volgende niet voor gewenst werd gehouden. Vaak wijkt de nieuwe regeling in de WCK op onderdelen af van die uit het BW, zodat dubbele toepasselijkheid zou leiden tot tegenstrijdigheid. Het betreft de volgende onderwerpen: het boetebeding (1576b, respectievelijk 34, onder b WCK) vervroegde opeisbaarheid (1576c, respectievelijk 33, onder c), ingebrekestelling (1576d en 34, onder b) vervroegde aflossing (1576e, respectievelijk 37), looncessie (1576f en g, respectievelijk 33, onder d). Verder gaat de WCK voor in de volgende gevallen: akte en inhoudelijke vereisten (respectievelijk 1576i, j en k, respectievelijk 30 en 33), afgifte van de zekerheid leidt tot ontbinding van de overeenkomst (1576s, respectievelijk 41, lid 3), de verrekeningsplicht na ontbinding (1576t, respectievelijk 44, lid 2), het inlossingrecht (1576v, respectievelijk 42).

Ten slotte vervallen de artikelen 1576o (retentierecht) en 1576p (eigendomsvoorbehoud) omdat het NBW daarvoor een algemene regeling kent (zie 3:290 en volgende respectievelijk 3:92).

Koop op afbetaling door gehuwden (R&P 155-158)

Artikel 88, lid 1, onder d, van Boek 1 NBW geeft een aangepaste regeling van de koop op afbetaling van gehuwden. Het artikel luidt thans: Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken. De toestemming moet schriftelijk worden gegeven (zie art. 1:88, lid 3).

De inbreuk op de handelingsbekwaamheid van meerderjarigen wordt van oudsher gerechtvaardigd met een beroep op de gezinsbeschermende werking. In het belang van het gezin worden de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar beschermd.

Kredietverplichtingen kunnen voor lange tijd beslag leggen op het gezinsinkomen en daarom verdient het aanbeveling dat beide echtgenoten het eens zijn over de desbetreffende aanschaf.

Er is ten tijde van de invoering van het NBW overwogen de regeling uit te breiden tot alle krediettransacties, maar daarvan is om praktische redenen afgezien.

De Hoge Raad sluit zich hierbij aan, zie het arrest van 19 november 1993, *NJ* 1994, 259.

Niettemin heeft de regeling wel een bredere werking gekregen.

De volgende wijzigingen ten opzichte van het oude artikel 1:87 zijn van belang:

- er wordt van toestemming in plaats van medewerking gesproken;

Het verschil tussen toestemming en medewerking is dat de andere echtgenoot bij toestemming geen medeschuldenaar wordt voor de koopprijs. Voor de praktijk is dit verschil niet bijzonder groot omdat beide echtgenoten voor het geheel aansprakelijk zijn voor ten behoeve van de gewone gang van zaken van de huishouding aangegane verbintenissen (zie art. 1:85, lid 1).

- de beperking tot gemeenschappelijke huishouding vervalt;

Niet langer is vereist voor de toepasselijkheid van de gezinsbeschermende bepaling dat de echtgenoten een gemeenschappelijke huishouding voeren. Dit betekent dat echtgenoten die feitelijk gescheiden leven of in een echtscheiding zijn verwikkeld elkaars toestemming nodig hebben voor afbetalingskopen.

Omdat titel 6 van boek 1 voor alle gehuwden geldt, heeft artikel 88, lid 1, onder d, ook betekenis tussen echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd.

Een belangrijke beperking met het oog op de bescherming van derden was in artikel 87 de voorwaarde dat de aankoop 'kennelijk ten behoeve van de huishouding' moet strekken. De Hoge Raad heeft een belangrijke verduidelijking van dit artikel gegeven (*NJ* 1969, 280). De medewerking van de andere echtgenoot is vereist 'als de verkochte zaak door de koper bestemd is voor de gemeenschappelijke huishouding van de echtelieden en de verkoper dit begreep of had moeten begrijpen'. Hieruit werd algemeen afgeleid dat bij goederen die niet per definitie tot de huishoudelijke sfeer behoren, zoals een auto, artikel 87 slechts toepassing kan vinden indien door de koper aan de verkoper te kennen is gegeven dat de auto strekt tot huishoudelijk gebruik en niet gebruikt wordt voor het (vervoer naar het) werk.))

Door het nieuwe criterium uit artikel 88, lid 1, onder d, wordt het afbakencriterium als het ware van de andere kant benaderd. Voor alle aankopen op afbetaling is de toestemming vereist, tenzij het kennelijk beroeps- of bedrijfsmatige goederen betreft. 'Kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' is ruimer dan 'in de uitoefening van zijn normale beroep of bedrijf' uit artikel 1:88, lid 1, onder c. De wederpartij die twijfelt of afbetalingskoop een normale bedrijfshandeling is, doet er verstandig aan de toestemming van de echtgenoot te verlangen. Bij de koop op afbetaling van een bestelwagen door een middenstander zal dat niet nodig zijn, maar bij een personenauto wel, zelfs als de koper verklaart dat hij de auto voornamelijk ten behoeve van zijn beroep of bedrijf zal gebruiken. Dat de afbakenvragen ook onder de nieuwe wet niet eenvoudig te beantwoorden zullen zijn, blijkt al uit de toelichting. Als de koper een beroep heeft dat hem dagelijks op de weg brengt, dan is de toestemming niet nodig, maar als hij een vaste standplaats heeft, dan is het dagelijks zich erheen begeven nog niet voldoende om het een koop in de zin van artikel 88, lid 1, onder d te maken, aldus de MvT bij dit artikel.

De gevolgen van een geslaagd beroep op het ontbreken van de toestemming zijn eveneens gewijzigd. Anders dan de absolute nietigheid die het resultaat was van schending van artikel 87 (oud) leidt overtreding van artikel 88 tot vernietigbaarheid, uitsluitend in te roepen door de andere echtgenoot (zie art. 89, lid 1) Dat gaat minder ver dan artikel 87 waar de sanctie absolute nietigheid was. Deze vordering verjaart na drie jaar (zie art. 3: 52, lid 1, onder d).

Artikel 1:89 lid 2 bepaalt dat de vernietigbaarheid niet kan worden ingeroepen als de wederpartij te goeder trouw was. Dit betekent dat de verkoper bij koop op afbetaling steeds de vraag zal moeten stellen of de koper in spe getrouwd is, en bij een bevestigend antwoord zal de verkoper de toestemming – vaak schriftelijk (zie art. 88, lid 3) – van de andere echtgenoot moeten verkrijgen. Als de koper op het aanvraagformulier invult dat hij ongetrouwd is, vervalt dan het recht van de andere echtgenoot om zich op de vernietigbaarheid te beroepen, omdat de verkoper in dat geval te goeder trouw is?

Wat zijn de gevolgen van een geslaagd beroep op de nietigheid? De koper krijgt zijn geld terug en de verkoper blijft met een gebruikte, dus sterk in waarde verminderde zaak zitten. De financier krijgt zijn geld terug, maar geen rente.

Artikel 88 lid 1 onder d, BW heeft betekenis voor alle afbetalingskopen. Alle aankopen van consumptiegoederen, alle afbetalingskopen van auto's door particulieren (tenzij de uitzondering van toepassing is), de postordersfeer en de aankopen op vertoon van kaarten waaraan kredietfaciliteiten zijn gekoppeld, worden bestreken door het nieuwe artikel. De goederen die via postorderbedrijven worden besteld zijn bijna zonder uitzondering bestemd voor gezinsgebruik. Omdat het postorderbedrijf de cliënten vaak niet persoonlijk kent moet zij afgaan op het ingevulde formulier. Bovendien rijst hier de vraag of de gezamenlijke toestemming die gegeven is voor een aankoop betekenis heeft voor vervolgaankopen. Bij doorlopend goederenkrediet zou ik menen dat deze toestemming zich wel uitstrekt voor de aanvankelijk overeengekomen limiet, maar dat voor latere limietverhogingen steeds de toestemming nodig is van beide gehuwden.

Artikel 1:88, lid 1, onder d is ook van belang voor winkelpassen waaraan een kredietfaciliteit is gekoppeld. Via het strekkingsartikel artikel 1576, lid 2, zijn deze transacties al snel als koop op afbetaling te kwalificeren. Dit artikel kent overigens niet de ondergrens van drie maanden, zoals de WCK.

Bij de aanvraag van een dergelijke kaart zal dus steeds gevraagd moeten worden naar de burgerlijke staat van de aanvrager. Er zal een dubbele identificatie moeten komen van de aanvrager en haar echtgenoot. Wellicht is het zelfs noodzakelijk een uittreksel uit de burgerlijke stand te vragen. Het is waarschijnlijk niet voldoende dat de kredietgever zonder meer afgaat op de verklaring van de aanvrager dat hij of zij niet gehuwd is. De aard van de gezinsbescherming brengt met zich mee dat partijen tegen zichzelf worden beschermd en dat de wederpartij alert moet zijn.

Wat is de positie van de kredietgever als de aanvrager zegt niet getrouwd te zijn, en later blijkt ten onrechte? Ik meen dat de positie van de echtgenoot van de kredietnemer ook in dat geval een beroep op de nietigheid kan doen. Wel is de kredietnemer aansprakelijk jegens de kredietgever voor de schade die deze lijdt als gevolg van de onjuiste inlichtingen.

Verder is van belang de definitie van kredietverlenen (R&P 29)

Kredietverlenen heeft betrekking op de activiteit van de kredietverlener. Deze omvat meer dan het louter beschikbaar stellen van geld bij het aangaan van de krediettransactie. Niet voor niets definieert de wet in artikel 1, onder b kredietverlenen als het als kredietgever deelnemen aan een krediettransactie. De kredietgever is verantwoordelijk voor de gehele periode dat de krediettransactie duurt, vanaf het moment van plaatsing van een advertentie tot en met de incassering van de laatste termijn. Ook het gehele tussenliggende gebied van voorlichting, behandeling van aanvragen, kredietbeheer, overleg bij betalingsmoeilijkheden, incasso wordt bestreken door het begrip kredietverlenen. Ook als de kredietgever een of meer van deze deelaspecten van de transactie door een derde laat verzorgen, dan blijft hij zelf jegens de overheid en zijn wederpartij verantwoordelijk voor een wetconforme afhandeling.

3. De invalshoek van de vergunning (R&P p. 41-43)

De overheid heeft via de vergunning die het ministerie van EZ vereist om als professioneel kredietgever te kunnen opereren, greep op de kredietverlening aan de consument. Niet alleen kan door middel van het stellen van eisen aan het verkrijgen van een vergunning een zeker preventief beleid worden gevoerd, maar bovendien kan door het uitoefenen van toezicht op vergunninghouders die een vergunning hebben verkregen invloed worden uitgeoefend op kredietgeversgedrag. Het is de expliciete doelstelling van de WCK dat slechts professionele en bonafide kredietgevers op de markt opereren.

In de praktijk wordt er veelvuldig overlegd tussen vertegenwoordigers van het ministerie en individuele kredietgevers, alsmede met hun organisaties. In het algemeen bestaat er geen grote tegenstelling tussen de beleidsintenties van de overheid en de belangen van de branche. Het departement behoeft zelden gebruik te maken van zijn formele bevoegdheden, de meeste problemen met betrekking tot de toepassing van de regelgeving worden in overleg opgelost.

De vergunning

Artikel 9 bepaalt dat het verboden is om zonder vergunning krediet te verlenen of zich als kredietgever voor te doen. Artikel 70 vormt de strafrechtelijke pendant. In de Wet op de economische delicten wordt de onderhavige overtreding met straf bedreigd.

In de eerste plaats is het verboden daadwerkelijk krediet te verlenen. Uit de definitiebepalingen (art. 1, onder a, 2 en 3) kan worden afgeleid dat kredietverlenen betekent ofwel het als verkoper ter beschikking stellen van een roerende zaak of aangewezen dienst, ofwel het als kredietgever ter beschikking stellen van een geldsom, in het kader van een transactie waarbij ten minste een betaling van de kredietnemer verricht wordt drie maanden nadat de wederpartij zijn prestatie heeft verricht. Artikel 2 bepaalt dat de wet slechts geldt voor de kredietgever of leverancier die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf: professionele kredietgevers moeten over een vergunning beschikken en niet-professionele kredietgevers worden niet tot de markt toegelaten.

Detailisten die publiekelijk kredietfaciliteiten aanbieden, hetzij in de vorm van koop op afbetaling, hetzij in de vorm van betalingsfaciliteiten, ('U hoeft pas volgend jaar te gaan betalen, de eerste drie maanden zijn rentevrij') moeten een vergunning hebben, willen zij strafbaarheid voorkomen.

Met 'het zich als kredietgever voordoen' wordt bedoeld op het zich – bijvoorbeeld in advertenties – presenteren als kredietverlener. Door het plaatsen van een advertentie wordt nog geen krediet verleend, maar wordt het publiek uitgenodigd zich tot de aanbieder te wenden. Het adverteren waarbij de indruk wordt gewekt dat de aanbieder kredietgever is, vereist een vergunning. Een bemiddelaar, die niet tevens vergunninghouder is, moet derhalve steeds duidelijk aangeven dat hij slechts bemiddelt, en niet als kredietgever optreedt. Als hij dit nalaat, dan overtreedt hij het verbod van artikel 9.

De vergunningaanvraag (art. 10 en 11)

Een aanvraag voor een vergunning moet worden ingediend bij het ministerie van EZ. In het Besluit vergunningaanvraag (BVA) worden de gegevens genoemd die moeten worden overlegd. Deze voorschriften hebben ten doel te kunnen beoordelen of een weigeringsgrond van artikel 13 zich voordoet. Het betreft in de eerste plaats gegevens over de identiteit van de aanvrager, de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven, een uittreksel uit het Handelsregister, de statuten, degene die de feitelijke leiding uitoefent et cetera.

Verder moet het eigen vermogen worden opgegeven dat wordt ingezet bij de kredietverlening. Met behulp van dit gegeven poogt de overheid te beoordelen of de aanvrager voor eigen rekening en risico (art. 13 onder c) op gaat treden.

Ook moet de aanvrager concept-akten, prospectussen en andere wervingsmateriaal toezenden. Deze worden gecontroleerd op wetconformiteit. Voor wat betreft de akten is ook de regeling van de algemene voorwaarden uit Boek 6 NBW relevant (zie de artikelen 6:236 en volgende). Voorts moet de aanvrager inzicht verschaffen in zijn acceptatiebeleid en de manier waarop hij optreedt als een kredietnemer achterstallig is. De wettelijke basis hiervoor is het begrip 'goed kredietgever', wat onder meer als volgt wordt uitgewerkt. Het beleid van de aanvrager moet in overeenstemming zijn met de normen van de erecode van de vfn. Dit impliceert onder meer dat bij de kredietverlening aan de consument een bedrag ter hoogte van de bijstandsuitkering wordt gelaten voor de voorziening in de noodzakelijke kosten van zijn bestaan. Bij de behandeling van achterstanden moet de aanvrager zich conformeren aan de erecode, dat wil zeggen begrip tonen voor de kredietnemer en loyaal meewerken aan bonafide voorstellen voor schuldregeling. Een kredietgever mag uitsluitend samenwerken met bonafide handelaren en bemiddelaars. Ook zal hij geen banden mogen onderhouden met malafide incasso- of informatiebureaus. Indien de aanvrager gaat samenwerken met bemiddelaars, dan moet hij een concept-overeenkomst overleggen waarin de provisie is vastgelegd. In feite vindt door de controle op al deze stukken een soort deskundigheidstoets plaats. Op de aanvraag wordt niet beslist totdat de aanvrager alle gegevens heeft aangeleverd. De aanvrager moet goed geprepareerd zijn als hij de markt betreedt. Ook is een bedrag van f 550 aan leges verschuldigd. De minister moet binnen drie maanden beslissen op de vergunningaanvraag. De vergunningverlening vindt plaats in de vorm van een ministeriele beschikking. Indien de minister afwijkt van de aanvraag, dan moet hiervan in de beschikking de reden worden opgegeven.

4. Verschuiving en ontduiking: HET MAVIC-DUPREE-ARREST (OHW 80-81)

Een van de centrale argumenten voor een nieuwe wet voor het gehele consumentenkrediet was de onduidelijke afstemming tussen WAS en WCGK. Dit argument verviel door een arrest van de Hoge Raad van 7 februari in de zaak Mavic-Dupree (*NJ* 1987, 986 met noot Vranken). Mavic (een financieringsmaatschappij) had buiten de belangenorganisatie de VFN, om een zaak aan de Hoge Raad voorgelegd over de afbakening van de WAS en de WCGK. **Het ging om de vraag of een transactie waarbij een zaak - bijvoorbeeld een auto - door een derde (financier) gefinancierd een geld- of een goederenkrediet vormde. De Hoge Raad besliste, dat het grijze tussengebied tussen geld- en goederenkrediet niet zoals tot dusver was aangenomen, werd bestreken door de WAS, maar door de veel strengere WCGK. De uitstaande kredieten voldeden wel aan de eisen die de WAS stelde, maar niet aan die van de WCGK.**

Als gevolg hiervan werd een grote kredietportefeuille met nietigheid bedreigd, omdat de WCGK een veel strenger regime kende. Kort na de uitspraak kwam de cassatie-advocaat van Mavic mr R. Meijer bepleiten dat de uitspraak geen betekenis had buiten het concrete geval, c.q. dat het een onjuiste uitspraak was. EZ stelde zich echter meteen op het standpunt dat deze uitspraak vérstrekkende consequenties had. Ook de VFN bestookte de overheid met uitgebreide nota's waarin op actie werd aangedrongen. Wij vroegen advies aan Arthur Hartkamp, de advocaat-generaal, wiens conclusie de HR op het nietigheidsspoor had gezet. Hartkamp werkte ook op het departement van justitie aan het NBW. Hij legde uit dat hij deze ingewikkelde puzzel op een middag had opgelost en tot de conclusie was gekomen dat deze driepartijhuurkoopconstructies eigenlijk geldleningen waren. Tot mijn niet geringe schrik, maar toch ook met een zekere trots hoorde ik dat hij zich mede op redeneringen uit mijn proefschrift had gebaseerd. Voor

Hartkamp was het een zuiver juridische vraagstelling geweest, en hij had geen moment stilgestaan bij de potentiële maatschappelijke en financiële consequenties. Toen wij hem daarop wezen, was Hartkamp met de EZ-juristen eens dat een 'convalescentiewetje' een geschikte oplossing was om de vrees van de VFN, die een orderportefeuille van miljarden met nietigheid bedreigd zag, weg te nemen.

Er is toen door de collega's van WJA een even curieuze als creatieve oplossing bedacht. Door middel van een noodwetje is de nietigheid opgeheven van driepartijen-huurkoopcontracten die vóór 1 september 1987 waren gesloten. Tot die datum werden kredietgevers beschermd tegen consumenten die zich met verwijzing naar de HR-uitspraak van hun kredietverplichtingen zouden willen bevrijden. Daarna zouden de kredietgevers maatregelen genomen moeten hebben door middel van het aanvragen van een vergunning, dan wel door middel van aanpassing van de contracten.

Afgezien van de juridische complicaties doemden er ook enige beleidsinhoudelijke vragen op. EZ was op grond van de WCGK verplicht om voor wetswijziging advies te vragen aan de Adviescommissie, waarin ook de consumentenorganisaties vertegenwoordigd waren. De VFN was met name beducht dat Konsumenten Kontakt consumenten massaal op zou roepen om te stoppen met betalen, als ze lucht van deze zaak zou krijgen.

Mavic-Dupree was een testcase voor onze betrouwbaarheid tegenover de branche. De Vos heeft het toen op zich genomen deze kwestie voor te bespreken met de consument-leden uit de adviescommissie. Ook mijn ambtelijke loyaliteit werd op de proef gesteld omdat er uit kringen van de sociale rechtshulp bij mij geïnformeerd werd naar de mogelijkheden voor actie. Wij stelden ons echter als bestuurders op en slaagden er in om de potentiële antagonisten tot medewerking c.q. stilzwijgen te bewegen.

Het noodwetje dat noodzakelijk was om de gevolgen van het HR-arrest te beperken, bood tevens de gelegenheid om bepaalde beleidspunten versneld binnen te halen. Voor dit wetsvoorstel was EZ niet afhankelijk van de medewerking van Financiën en Justitie. Na enige schermutselingen met WJA lukte het om bijvoorbeeld voor het tarief een voorschot te nemen op het toekomstige WCK-beleid.

Uiteindelijk is dit Noodwetje zonder veel problemen door de Tweede Kamer geloodst.

Achteraf is het verwonderlijk dat geen van de tegenstanders van de WCK de vraag heeft opgeworpen of de wetgever niet met deze noodwet zou kunnen volstaan. Bij ons bestond er enige bezorgdheid dat, nu één van de belangrijkste pijlers voor de samenvoeging van WAS en WCGK was weggevallen, de unificatie ten principale aan de orde zou worden gesteld.

5. Aandelen en kredietverlening (R&P 39-40)

Effectenbelening

In de praktijk lenen banken geld uit aan klanten die hun effecten in depot hebben gegeven. Effecten zijn aandelen, obligaties en andere waardepapieren. Bij effectenbelening dienen de waardepapieren als onderpand voor de aflossing van de lening. Vaak dient de lening voor de financiering van transacties met effecten. In de praktijk houdt de bank een marge aan van 30%: de omvang van het krediet mag niet groter zijn dan 70% van de waarde van de effecten. **Deze transacties vinden voornamelijk plaats in de vermogenssfeer en vertonen een aantal verschillen met het reguliere consumentenkrediet.**

Kredietverlening tegen effectenbelening valt niet onder de WCK indien voldaan is aan de voorwaarden genoemd in artikel 4, lid 1, onder h. Aanvankelijk bepaalde het wetsontwerp dat de vrijstelling alleen geldt voor belening van effecten die op de beurs genoteerd zijn. Later is daaraan toegevoegd dat de uitzondering ook van toepassing is op belening van niet ter beurze genoteerde effecten, waarvan de waarde ondubbelzinnig vaststaat omdat 'de waarde door

middel van een openbare prijsaanduiding voor een ieder kenbaar is'. Aan deze eis van algemene bekendheid is voldaan als aan- en verkoopkoersen regelmatig worden gepubliceerd in dag- of weekbladen, prijscouranten, koerslijsten en dergelijke, of worden openbaar gemaakt op borden ten kantore van de kredietgever.

Als tweede eis stelt de wet dat de krediet som ten tijde van het aangaan van de transactie niet groter mag zijn dan de waarde van de effecten. Dit onderdeel is opgenomen om te voorkomen dat tegen belening van een effect ter waarde van f 25 een bedrag van f 5000 wordt geleend.

In theorie is het echter niet ondenkbaar dat bij een sterk dalende koers van de aandelen er een discrepantie ontstaat tussen krediet som en waarde van de effecten. De WCK voorziet daar niet in. De wet kent evenmin een bepaling dat alle aandelen beleend moeten blijven gedurende de duur van de krediettransactie. Men mag echter aannemen dat de banken hier zelf de nodige terughoudendheid in acht zullen nemen.

Hoe is artikel 4 in de WCK gekomen? (OHW 70)

Bij wijze van voorbeeld reconstrueer ik een Directeurenoverleg uit augustus 1985 waarin de tien punten die waren overgebleven na het subalterne overleg, en die in het kader van het indienen van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting, beslist moesten worden.

P. 71

Ten behoeve van onze Directeur Koopman maakten Mulder en ik een voorbereidingsnotitie. Tijdens twee sessie, één op de kamer van Jonkhart, de ander bij Koopman, werden de 10 punten uitonderhandeld. Tevoren hadden we ons op EZ goed voorbereid en de punten geprioriteerd en een inschatting proberen te maken van de punten die voor Financiën van belang zouden zijn. Dat lijstje zag er zo uit:

Vorbereidingsnotitie DCB/WJA-overleg over WCK d.d. 15/8/85

De 10 punten, gerangschikt naar (geschatte) respectievelijke zwaarte

EZ

Fin.

- | | |
|------------------------------|------------------------------|
| 1. hypotheke | 1. hypotheke |
| 2. ABC-goederen | 2. polisbelening |
| 3. betaalrekening | 3. effectenbelening |
| 4. keuzevrijheid verzekeraar | 4. betaalrekening |
| 5. Adviescommissie | 5. ABC-goederen |
| 6. afsluitprovisie hyp. | 6. afsluitprovisie hyp. |
| 7. vrijstelling | 7. keuzevrijheid verzekeraar |
| 8. budgetanalyse | 8. vrijstelling |
| 9. effectenbelening | 9. Adviescommissie |
| 10. polisbelening | 10. budgetanalyse |

Gesteld dat het onderhandelingsklimaat daar naar zou zijn, dan zien wij de volgende onderhandelingspakketjes als denkbaar:

Binnen te halen punten:	EZ	Fin.
Zwaarste categorie	ABC, betaalrekening	Effectenbelening Polisbelening
Lichtste	Adviescommissie	Budgetanalyse
midden	Keuzevrijheid verzekering	Afsluitprovisie hyp.

Ter toelichting geef ik hieronder een verduidelijking ten aanzien van de afzonderlijke punten. ABC-goederen. De financiers wilden dat er geen beperkingen gesteld zouden worden in het bedingen van zekerheden ter zake van Auto's, Boten en Caravans (ABC). De WCK verbood de zekerheidsoverdracht van zaken die al in het bezit waren van de debiteur en de vraag was of er een uitzondering gemaakt moest worden voor de ABC-goederen. Financiën zag wel wat in de argumenten van het bedrijfsleven, EZ wilde liever één lijn trekken voor alle zekerheden. Betaalrekening. De WCK beoogde een verbod op koppelverkoop van financiële diensten. De Postbank stelde als voorwaarde voor kredietverlening dat het salaris op een gironummer moest worden overgemaakt. De vraag rees of ook andere banken dat beding mochten maken, mede in het de toekomst van het betalingsverkeer. In die tijd begonnen al de discussies over het toerekenen van kosten aan rekeninghouders.

Keuzevrijheid verzekeraar. Ook dit was een kwestie van koppelverkoop. De financier mag bedingen dat de cliënt de gefinancierde zaak verzekert, maar mag hij de consument beperken in zijn keuzevrijheid? Financiën wilde een ruimhartige, en EZ een strikte benadering.

De vraag rees of er een aparte Adviescommissie voor de WCK moest komen. EZ meende van wel, Financiën vond dat niet nodig.

In de hypotheekbranche was een aparte afsluitprovisie gebruikelijk. EZ vond dat deze in het tarief moest worden opgenomen, Financiën vond een aparte provisie gerechtvaardigd.

De bestaande wetgeving kende een vrijstelling voor charitatieve kredieten en leningen door werkgevers aan werknemers. Er bestond verschil van mening over hoe de uitzondering voor 'sociale' kredietverlening vorm gegeven moest worden.

Het was een oude beleidswens van EZ om bij de verstrekking van de derde en volgende leningen een budgetanalyse te laten uitvoeren. Dit is een deskundig advies van een buitenstaander of een krediet wel verantwoord is. Financiën vond dit vergaande betutteling.

Effectenbelening. Financiën wilde dat kredietverlening tegen belening van effecten buiten de WCK zou blijven. Dit was vermogensbeheer en geen kredietverdeling. EZ vreesde ontduiking van de wet door constructies waar veel grotere kredietsommen werden uitgeleend dan de tegenwaarde van de effecten.

Ook polisbelening vormde een afbakeningsvraag aan de bovenkant van de wet. Op grond van het verzekeringsrecht kon de verzekerde geld lenen tegen overdracht (belening) van zijn levensverzekeringspolis. Financiën wilde hiervoor de ruimte bieden, EZ zag vooral ontduikingsmogelijkheden.

In ons lijstje maakten we een inschatting van de relatieve zwaarte van de verschillende onderdelen, zowel voor EZ als voor de andere kant, Financiën. Onze Directeur Koopman vond het lijstje een originele benadering en vroeg Jonkhart om eveneens hetzelfde te doen, maar die voelde daar niets voor.

Het lukte om tot overeenstemming te komen. De twee belangrijkste hoofdpunten: het toezicht en de kwestie van de hypotheek moeten door de Ministers worden besproken.

Op 29 augustus 1985 konden we het volgende lijstje rondsturen:

Besluitenlijst van het directie-overleg BGW-DCB op 15 en 22 augustus 1985 en het daarop gevolgde overleg tussen EZ en Justitie op 27 augustus 1985 en het daarop volgende overleg inzake de aanpassing van het Voorontwerp WCK.

Na de twee overleggronden tussen Justitie, Financiën en EZ van 3 en 8 juli resp. 30 juli en 8 augustus jl. (zie besluitenlijsten 30 juli resp. 9 augustus) waren tien punten overgebleven.

Deze zijn als volgt opgelost.

1. Hypotheken: deze kwestie wordt doorgespeeld naar bewindslieden.
- 2/3. **Polis- en effectenbelening: zullen niet onder de WCK vallen.**
4. Betaalrekening: wordt uitgezonderd van verbod van koppelverkoop, mits geen kosten in rekening worden gebracht.

5. ABC-goederen: het principe van objectfinanciering over de hele linie blijft gehandhaafd.
6. Afsluitprovisie e.d.: behalve voor de reguliere vormen van consumentenkrediet zal, in de gevallen dat de praktijk dat vraagt, toegelaten worden dat initiële kosten (afsluit- en bereidstellingsprovisie) in rekening worden gebracht.
7. Keuzevrijheid blijft gehandhaafd; wél mag verzekeraar/kredietgever eisen aan het product stellen.
8. Vrijstelling: deze zal aan de wettelijke rente worden gekoppeld.
9. Adviescommissie: akkoord over aparte adviescie.
10. Budgetanalyse: komt te vervallen.

Artikel 40 (R&P 103-104)

Bezitloos pandrecht slechts toegestaan bij objectfinanciering

Bezitloos pandrecht in de zin van artikel 3:237 is ingevolge het eerste lid van artikel 40 slechts toegestaan indien de zekerheid gevestigd is op de zaak die met de lening wordt aangeschaft. Bezittingen of vorderingen die de consument al in zijn bezit heeft, of die hij in de toekomst zal verwerven, mag hij bij krediettransacties niet stil verpanden. Dezelfde beperking gelden als de leverancier een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt.

De akte zal uitsluitend moeten geven over de vraag of de desbetreffende zaak met de lening is gefinancierd.

Het aldus beperken van de mogelijkheid tot het bedingen van zakelijke zekerheid is een van de instrumenten om overcreditering tegen te gaan. Een kredietgever kan immers meer risico nemen bij de kredietverstrekking indien de lening gedekt wordt door zakelijke zekerheid. Hierdoor is de kans op overcreditering groter. De wetgever wil dat de bank bij de kredietverlening aan consumenten eerst en vooral let op de persoonlijke kredietwaardigheid van de aanvrager. Het inkomen waaruit hij de toekomstige kredietverplichtingen moet voldoen is de basis voor de kredietverlening. Zakelijke zekerheid behoort slechts een secundaire rol te spelen. Het werd niet gewenst bevonden dat bepaalde crediteuren een voorkeurspositie krijgen als de consument in betalingsproblemen geraakt. Immers, de crediteur met zakelijke zekerheid heeft een exclusieve verhaalstitel boven alle andere crediteuren. Indien een consument ook zijn bestaande bezittingen zou kunnen overdragen aan de bank, dan bestaat het gevaar dat er voor de andere crediteuren niets overblijft. Indien echter de zaak waarop de zekerheid rust door middel van de lening aan het vermogen van de debiteur is toegevoegd, dan worden andere crediteuren niet benadeeld als de bank zich exclusief daarop verhaalt.

Eigendomsvoorbehoud

In artikel 3:92 is het eigendomsvoorbehoud geregeld. In het NBW kan dit beding slechts rechtsgeldig worden gemaakt in het kader van een leverancierskrediet (lid 2). Voor de consumentenkredietverlening betekent dit dat banken en financieringsmaatschappijen niet langer een eigendomsvoorbehoud kunnen bedingen.

De algemene regeling van het eigendomsvoorbehoud uit artikel 3:92, tweede lid, staat ook toe dat het beding zich uitstrekt tot nog te leveren zaken, maar dit zogenaamde verlengde eigendomsvoorbehoud is onder de WCK niet toegestaan vanwege de eerste volzin van artikel 40, waar sprake is van een zaak die wordt aangeschaft, zonder de toevoeging 'of aan te schaffen'.

Stil pandrecht op vorderingen

Stille verpanding van vorderingen in de zin van artikel 40 komt bij mijn weten niet voor in de consumentensfeer. Het verpanden van spaargelden wordt door de regering afgewezen (NvW. KS nr 8, p. 10). Het is moeilijk voor te stellen dat de vordering die wordt verpand met het geleende geld is aangeschaft.

6. De Europese richtlijn

Met de totstandkoming van een Europese binnenmarkt worden internationaalrechtelijke aspecten van consumentenbescherming belangrijker. De nationale wetgeving moet voldoen aan de richtlijnen van de EEG, die bindend zijn voor de Lid-Staten.

Twee EEG-richtlijnen zijn van belang voor de WCK. In de eerste plaats de Richtlijn Consumentenkrediet (RCK). **De bepalingen van deze Richtlijn zijn gedurende de parlementaire behandeling verwerkt in de WCK.** Daarnaast is van belang de tweede banken-richtlijn (TBR) die tijdens de laatste fase van de parlementaire behandeling van de WCK werd aangenomen.

Omdat de werking van de nationale wetgeving doorgaans beperkt is tot de grenzen van de Lid-Staat, worden vragen van internationaal privaatrecht steeds actueler. Ten slotte wordt aandacht besteed aan aspecten van internationaal privaatrecht (IPR) in het bijzonder waar het betreft de rechtsgeldigheid van rechtskeuze- en forumkeuzebedingen.

Richtlijn Consumentenkrediet (RCK)

Deze richtlijn bewerkstelligt harmonisatie op minimumniveau van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten. Zij zijn verplicht om per 1 januari 1990 met het oog op de bescherming van de kredietnemer de door de Richtlijn voorgeschreven maatregelen te treffen, terwijl het hun blijft toegestaan verder reikende consumentenbescherming te realiseren. De maatregelen waartoe de RCK verplicht, zijn alle geïmplementeerd in de WCK.

Algemeen belang

Omdat de RCK slechts een minimale harmonisatie tot gevolg heeft, is in artikel 15 van de richtlijn bepaald dat het de Lid-Staten niet wordt belet, om met inachtneming van hun verplichtingen uit het EEG-Verdrag, verderreikende maatregelen te doen gelden ter bescherming van de consument. Omdat de bescherming van de WCK op een hoger niveau ligt dan dat in de richtlijn, geef ik kort aan waarom de Nederlandse wetgever meent vrij te zijn om verder te gaan. Hier speelt het begrip 'algemeen belang' uit het EEG-Verdrag en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Europese Hof van justitie een cruciale rol.

De bescherming van consumenten wordt begrepen onder het begrip 'algemeen belang'. Er zijn vier voorwaarden te onderscheiden waaraan voldaan moet zijn wil een Lid-Staat in overeenstemming met het communautaire recht zijn regelgeving aan natuurlijke personen en rechtspersonen, afkomstig uit een andere Lid-Staat, kunnen opleggen. Deze voorwaarden zijn:

- de regelingen moeten hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang;
- zij moeten gelden voor iedere persoon of onderneming, afkomstig uit een Lid-Staat, die op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat werkzaam is;
- het algemeen belang moet niet reeds gewaarborgd worden door de regels van de Lid-Staat van oorsprong van de aanbiedende persoon of onderneming; en
- de regelingen moeten objectief noodzakelijk zijn, dat wil zeggen hetzelfde resultaat moet niet door minder ingrijpende maatregelen kunnen worden bereikt.

De regering meent dat de WCK aan deze voorwaarden voldoet. Dit heeft onder andere tot gevolg dat de bepalingen van de WCK in beginsel ook gelden voor in andere Lid-Staten gevestigde kredietgevers die in Nederland consumentenkrediet verstrekken.

En OHW (79-80):

De Richtlijn Consumentenkrediet is een voorbeeld van een Richtlijn oude stijl: harmonisatie op minimumniveau. De ironie wil dat toen de martelgang van deze harmonisatierichtlijn ten einde was, de Commissie met een Nieuwe Aanpak kwam. Na de Europese Akte in Maastricht

ging er op Europees niveau een andere wind waaien, die van de creatie van één gemeenschappelijke markt. Eén van de eerste beleidsdomeinen die in aanmerking kwam voor de nieuwe aanpak was de financiële sector. De ministers van Financiën van de Lidstaten werkten in hoog tempo aan de Tweede bankenrichtlijn (TBR). Op het gebied van de financiële dienstverlening moest er 'home country control' en 'mutual recognition' komen. In plaats van de moeizame harmonisatie-aanpak introduceerden deze begrippen een dynamische nieuwe aanpak. Als een financiële instelling in een Lidstaat een vergunning had verkregen om bancaire diensten te verlenen, dan kon hij daarmee in heel Europa opereren. Het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen werd geharmoniseerd, maar voor het overige kregen financiële instellingen een enorme vrijheid om Europa-wijd te gaan werken. Pas in een vrij laat stadium werd ons duidelijk dat de TBR ook voor de WCK consequenties zou hebben. De WCK kende een (nationaal) vergunningstelsel als centraal aanknopingspunt. In de traditionele opzet moesten buitenlandse banken die in Nederland krediet wilden gaan verlenen hier een vergunning aanvragen, maar door de TBR was dat niet meer mogelijk. De collega van Financiën die dit project onder zich had, liet ons grotendeels in het ongewisse, maar Marcel de Vos rook op een zeker moment onraad. Hij besloot extern juridisch advies in te winnen. EZ gaf prof. mr P.J. Slot van de RU Leiden opdracht om de voorliggende concepten van de TBR op hun relevantie voor de WCK te beoordelen. Hierdoor verzekerden wij ons van een 'eigen' juridische expert, die ons met raad en daad terzijde stond in de verschillende fasen van de besluitvorming.