

Vergaderjaar 2009–2010

32 339

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU L 133/66)

4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 18 december 2009 en het nader rapport d.d. 9 maart 2010, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie, mede namens de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 23 oktober 2009, no. 09.002949, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Justitie, mede namens de minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU L 133/66), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot gedeeltelijke implementatie van richtlijn 2008/48/EG inzake kredietovereenkomsten voor consumenten (richtlijn consumentenkrediet). Daartoe wordt een nieuwe titel 7.2A inzake consumentenkredietovereenkomsten in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) ingevoegd. Voorts worden de Wet op het Consumentenkrediet en de Wet op het financieel toezicht (Wft) gewijzigd. De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen onder meer met betrekking tot de reikwijdte van titel 7.2A en het dwingend karakter van de richtlijn. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 oktober 2009, nr. 09.002949, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 december 2009, nr. W03.09.0419/II, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel geeft de Raad van State aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Reikwijdte

In artikel 2, eerste lid, van de richtlijn wordt bepaald dat deze van toepassing is op kredietovereenkomsten. Artikel 2, tweede lid, zondert vervolgens een aantal

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

kredietovereenkomsten van het toepassingsbereik van de richtlijn uit. Deze bepalingen zijn geïmplementeerd in het voorgestelde artikel 7:58, eerste en tweede lid, BW. De Raad merkt hierover het volgende op:

a. Effectenkredietovereenkomsten

Artikel 2, tweede lid, onderdeel h, van de richtlijn consumentenkrediet bepaalt, kort gezegd, dat kredietovereenkomsten die worden gesloten met beleggingsondernemingen of banken, waarbij een belegger transacties kan verrichten in bepaalde effecten en waarbij de beleggingsonderneming of bank die het krediet verleent bij deze transacties is betrokken, van het toepassingsbereik van de richtlijn consumentenkrediet zijn uitgezonderd.

In de toelichting wordt opgemerkt dat ook de in artikel 2, tweede lid, onderdeel h, uitgezonderde overeenkomsten betreffende effectenkrediet, onder het toepassingsbereik van titel 7.2A worden gebracht, zij het onder een aangepast regime. Een overeenkomst betreffende effectenkrediet wordt gedefinieerd als een overeenkomst waarbij aan een consument krediet wordt verleend of toegezegd tegen onderpand van effecten (artikel 7:57, eerste lid, onderdeel o). De Raad merkt op dat de gehanteerde definitie van effectenkrediet in artikel 7:57 een ander bereik heeft dan de uitzondering van artikel 2, tweede lid, van de richtlijn. In tegenstelling tot de bepaling in de richtlijn verlangt artikel 7:57 niet dat de kredietgever (bank of beleggingsinstelling) betrokken is bij de desbetreffende transacties. Een overeenkomst betreffende effectenkrediet zoals thans gedefinieerd betreft kredietverlening onder bezwarende titel, te weten de verpanding van een effectenportefeuille. De verpanding is daarentegen in de richtlijn niet voorgeschreven. De regeling inzake effectenkrediet wijkt aldus op 2 onderdelen af van de uitzondering in artikel 2, tweede lid, onderdeel h, van de richtlijn.

De Raad beveelt aan in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en zo nodig de definitie aan te passen.

b. Kredietovereenkomsten gewaarborgd door hypotheek

Artikel 2, tweede lid, onderdeel a, van de richtlijn bepaalt dat deze niet van toepassing is op kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door een hypotheek [...] op een onroerend goed, of gewaarborgd worden door een recht op een onroerend goed. In artikel 7:58, tweede lid, onderdeel a, is bepaald dat van het toepassingsbereik van titel 7.2A zijn uitgezonderd kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door een hypotheek of door een andere vergelijkbare zekerheid op een registergoed, dan wel een recht op een registergoed tegen voor hypothecaire financiering door de betrokken kredietgever gebruikelijke voorwaarden. In de toelichting wordt opgemerkt dat de zinsnede «tegen voor hypothecaire financiering door de betrokken kredietgever gebruikelijke voorwaarden» inhoudt dat de financiering moet zijn verstrekt overeenkomstig de Gedragscode Hypothecaire Financiering en dat indien dit niet het geval is het hypothecair krediet onder het bereik van titel 7.2A valt.¹

De Raad wijst erop dat de uitzondering hiermee een beperkter bereik heeft dan in artikel 2, tweede lid, onderdeel a, van de richtlijn is neergelegd. De richtlijn staat op zichzelf toe dat hetgeen daar is geregeld (overeenkomstig het Gemeenschapsrecht) toegepast kan worden op gebieden die niet onder het toepassingsgebied ervan vallen² maar het besluit daartoe vergt naar het oordeel van de Raad een zelfstandige motivering.

De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

1a.

In zijn advies wijst de Raad erop dat in de toelichting bij artikel 7:58 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is opgemerkt dat de in artikel 2 lid 2, onderdeel h, van de richtlijn uitgezonderde overeenkomsten betreffende effectenkrediet onder het toepassingsbereik van titel 7.2A worden gebracht, zij het onder een aangepast regime. Voorts constateert de Raad dat de definitie van overeenkomsten betreffende effectenkrediet in artikel 7:57 BW op twee onderdelen afwijkt van de uitzondering van artikel 2 lid 2, onderdeel h, van de richtlijn en

¹ Overigens wijst de toelichting er terecht op dat kredietovereenkomsten voor het verkrijgen of het behouden van eigendomsrechten betreffende grond of een bestaand of gepland gebouw, zijn uitgezonderd ingevolge artikel 7:58, tweede lid, onderdeel b.

² Zie ook overweging 10 van de considerans.

dat daardoor sprake is van verschillen in het bereik van de bepalingen. De Raad beveelt aan hierop in de toelichting in te gaan en zo nodig de definitie aan te passen.

In de toelichting is nader toegelicht dat in artikel 2 lid 2 van de richtlijn een aantal categorieën kredietovereenkomsten van het toepassingsbereik van de richtlijn wordt uitgesloten. Artikel 2 lid 2 van de richtlijn laat de mogelijkheid open dat de lidstaten in de nationale wet bepalen dat de bepalingen van de richtlijn toch op die kredietovereenkomsten van toepassing zijn (overweging 10 van de preambule). Vanuit de optiek van consumentenbescherming vinden de minister van Financiën en ik het ten aanzien van een aantal van deze categorieën kredietovereenkomsten wenselijk als de consument daarbij de in de richtlijn voorziene aanvullende bescherming wordt geboden. Dat geldt onder meer voor de overeenkomsten die vallen onder het bereik van artikel 2 lid 2, onderdeel h, van de richtlijn, waarbij sprake is van een consument die met geleend geld transacties verricht met betrekking tot financiële instrumenten. De kredietgever is ook bij die transacties betrokken. Bij dergelijke kredietovereenkomsten spelen voor de consument meerdere financiële risico's. De minister van Financiën en ik hechten er aan dat deze kredietverlening met waarborgen wordt omkleed. Daarom stellen wij voor de uitsluiting van artikel 2 lid 2, onderdeel h, van de richtlijn niet over te nemen, zodat het deel van de richtlijn dat in titel 7.2A BW is opgenomen volledig van toepassing is op deze categorie kredietovereenkomsten.

Onder het bereik van de uitsluiting van artikel 2 lid 2, onderdeel h, van de richtlijn vallen ook overeenkomsten betreffende effectenkrediet. Voor deze kredietovereenkomsten geldt eveneens dat de minister van Financiën en ik het wenselijk achten als belangrijke beschermingsaspecten uit de richtlijn ook hiervoor zouden gelden. Tegelijkertijd dient echter rekening te worden gehouden met de specifieke kenmerken van dit financiële product waardoor volledige toepassing van de in de richtlijn opgenomen regeling niet mogelijk is. Tegen deze achtergrond hebben wij in de artikelen 7:59 lid 2, 60 lid 2, 61 lid 7, 64, 66 lid 7 en 67 lid 4 BW voor overeenkomsten betreffende effectenkrediet een aangepaste regeling getroffen. De richtlijn staat hieraan niet in de weg. De opmerkingen van de Raad van State hebben aanleiding gegeven om artikel 7:57, onderdeel o, BW en de toelichting daarop aan te passen. Verduidelijkt is dat in het kader van titel 7.2A BW onder overeenkomsten betreffende effectenkrediet alleen kredietovereenkomsten worden verstaan waarbij aan de consument tegen onderpand van een effectenportefeuille een doorlopende kredietfaciliteit wordt verleend die hij kan gebruiken bij de financiering van transacties met betrekking tot financiële instrumenten waarbij de kredietgever betrokken is. Ook is artikel 7:57 lid 1 BW aangevuld met definitiebepalingen voor de begrippen «effectenportefeuille», «dekkingspercentage» en «spreidingsrisico». Deze bepalingen zijn relevant bij de toepassing van de regeling inzake overeenkomsten betreffende effectenkrediet.

1b.

Conform het advies van de Raad van State is de toelichting bij artikel 7:58 lid 2, onderdeel a, BW aldus uitgebreid dat daarin beter tot uitdrukking is gebracht dat van het toepassingsbereik van titel 7.2A BW zijn uitgezonderd kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door een hypotheek of door een andere vergelijkbare zekerheid op een registergoed, dan wel een recht op een registergoed tegen voor hypothecaire financiering door de betrokken kredietgever gebruikelijke voorwaarden. De uitzondering heeft hiermee een iets beperkter bereik dan de uitzondering die is opgenomen in artikel 2 lid 2, onderdeel a, van de richtlijn. Een soortgelijke regeling geldt nu al op basis van artikel 4, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op het consumentenkrediet. In de praktijk is gebleken dat deze regeling goed werkt en de consument voldoende bescherming biedt. Er is dan ook geen reden om dit te veranderen.

2. Dwingend karakter van de richtlijn

Artikel 22 van de richtlijn heeft betrekking op het beoogde niveau van harmonisatie en het dwingend karakter ervan. De Raad merkt hierover het volgende op:

a. Artikel 22, tweede lid, van de richtlijn regelt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de consument geen afstand kan doen van de rechten die hem in de richtlijn worden toegekend. Deze bepaling wordt geïmplementeerd in artikel

7:72, eerste lid. Dit artikel regelt dat van het bepaalde bij titel 7.2A niet ten nadele van de consument kan worden afgeweken, tenzij in de wet anders is bepaald. Het is de Raad niet duidelijk dat in dezen afwijking (bij wettelijke regeling) in overeenstemming met de richtlijn zou kunnen geschieden. De richtlijn laat geen ruimte om de consument op enigerlei wijze de rechten te ontzeggen die hem krachtens de richtlijn worden toegekend.

b. Artikel 22, derde lid, bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgdragen dat de bepalingen die ter uitvoering van de richtlijn zijn vastgesteld niet kunnen worden omzeild door de overeenkomsten een bijzondere vorm te geven, met name door kredietopnemingen of kredietovereenkomsten die onder de richtlijn vallen op te nemen in kredietovereenkomsten die, door de aard of het doel ervan buiten de werkingssfeer van de richtlijn zouden vallen. Deze bepaling wordt geïmplementeerd in artikel 7:72, tweede lid. Dit artikel stelt dat aan de consument, indien de overeenkomst naar zijn aard of doel onder de richtlijn valt, de hem krachtens deze titel toegekende bescherming niet kan worden ontzegd, ongeacht de vorm van de kredietovereenkomst. De Raad merkt op dat artikel 7:72, tweede lid, aldus niet volledig overeenkomt met hetgeen in artikel 22, derde lid, wordt bepaald. Het is de Raad niet geheel duidelijk of en zo ja waarom afwijking van artikel 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn beoogd is.

De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

2.

Overeenkomstig het advies van de Raad is artikel 7:72 lid 2 BW, dat uitvoering geeft aan artikel 22 lid 2 en 3 van de richtlijn, in lijn gebracht met de tekst van de richtlijn door de woorden «tenzij in de wet anders is bepaald» te schrappen.

3. Overige opmerkingen

a. Buitengerechtelijke geschilbeslechting

Artikel 24 van de richtlijn heeft betrekking op buitengerechtelijke geschilbeslechting. Het eerste lid bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgen dat er adequate en doelmatige procedures worden ingesteld voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen betreffende kredietovereenkomsten. Eventueel kan daartoe een beroep worden gedaan op bestaande instanties. Het tweede lid bepaalt dat de lidstaten die instanties ertoe aansporen samen te werken om ook grensoverschrijdende geschillen over kredietovereenkomsten op te lossen.

In de toelichting wordt niet vermeld op welke wijze artikel 24 van de richtlijn wordt geïmplementeerd. In de toelichting wordt gewezen op de mogelijkheid voor consumenten en kredietaanbieders om geschillen voor te leggen aan een geschillencommissie zoals het Klachteninstituut financiële dienstverlening. De Raad meent dat daarmee is voldaan aan het vereiste van artikel 24, eerste lid, van de richtlijn. Hij beveelt wel aan in de toelichting duidelijk te maken hoe de geschillencommissies zullen worden aangespoord grensoverschrijdend samen te werken, hetgeen in artikel 24, tweede lid, van de richtlijn wordt voorgeschreven.

De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

b. «Nationale koppen»

De toelichting vermeldt dat de onderhavige implementatiewetgeving op een aantal onderdelen, onder meer zoals genoemd onder punt 1, verder gaat dan de richtlijn vereist. De Raad wijst er op dat iedere keuze daartoe – mede gelet op aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving – om een dragende motivering vraagt. De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het vorenstaande aan te vullen.

3a.

De Raad adviseert in de toelichting duidelijk te maken hoe de geschillencommissies zullen worden aangespoord om samen te werken om ook grensoverschrijdende geschillen over kredietovereenkomsten op te lossen.

Naar aanleiding hiervan is in paragraaf 3 van de memorie van toelichting een passage opgenomen waarin is toegelicht dat de grensoverschrijdende samenwerking tussen buitengerechtelijke geschilleninstanties is gewaarborgd doordat deze instanties zijn aangesloten bij FIN-NET, het Europese samenwerkingsnetwerk voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting met betrekking tot financiële diensten. Daarnaast is ook kort uiteengezet op welke wijze de samenwerkingsprocedure binnen FIN-NET eraan bijdraagt dat beslechting van grensoverschrijdende geschillen over kredietovereenkomsten wordt vergemakkelijkt.

3b.

De Raad beveelt aan in de toelichting nader in te gaan op de onderdelen van het wetsvoorstel waarbij ervoor gekozen is een regeling te treffen die verder gaat dan de richtlijn vereist.

In paragraaf 2 van de memorie van toelichting is aangegeven dat de richtlijn beoogt een volledige harmonisatie tot stand te brengen op het terrein waarop zij van toepassing is, maar dat dit niet wegneemt dat de lidstaten ten aanzien van een aantal onderdelen van de richtlijn een zekere ruimte wordt gelaten om een hoger beschermingsniveau te handhaven of om bepaalde bepalingen van de richtlijn niet toe te passen. Het betreft hier een uitdrukkelijk in de richtlijn toegestane beleidsruimte. Indien daarvan gebruik wordt gemaakt, is geen sprake van een «nationale kop». Een nationale kop is namelijk alleen aan de orde wanneer bij de implementatie van een richtlijn een beleidsmatige toevoeging of uitbreiding is opgenomen, die niet direct voortvloeit uit de richtlijn.

In navolging van het advies van de Raad van State is in de artikelsgewijze toelichting meer tot uitdrukking gebracht in welke gevallen ervoor is gekozen om van deze beleidsruimte gebruik te maken. Zo is in de toelichting bij artikel 7:58 BW – mede naar aanleiding de eerder genoemde opmerkingen van de Raad – nader ingegaan op de redenen waarom bepaalde kredietovereenkomsten die in artikel 2 lid 2 van de richtlijn zijn uitgesloten, wel onder het toepassingsbereik van titel 7.2A BW zijn gebracht. Ook is bijvoorbeeld toegelicht waarom bij de implementatie van artikel 16 van de richtlijn in artikel 7:68 BW gebruik is gemaakt van de daarbij geboden beleidskeuze. Het betreft hier de bevoegdheid van de lidstaten – ingevolge artikel 16 lid 4 van de richtlijn – om kredietgevers onder bepaalde voorwaarden toe te staan de consument bij vervroegde aflossing een hogere vergoeding in rekening te brengen voor de daarmee rechtstreeks verbandhoudende kosten, dan de in artikel 16 lid 2 van de richtlijn bepaalde vergoeding.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

4.

Met de redactionele kanttekeningen van de Raad is rekening gehouden. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om het voorstel van wet en de toelichting bij het wetsvoorstel op een aantal punten te verduidelijken en te actualiseren.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de minister van Financiën, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W03.09.0419/II met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- In artikel 46 van de Wet op het consumentenkrediet de verwijzing naar artikel 30, eerste lid, vervangen door een verwijzing naar artikel 61, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.
- De verwijzingen naar «goederenkrediet» en «geldkrediet» als bedoeld in de thans bestaande definitie van krediet in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht in onder meer de Colportagewet aanpassen aan de gewijzigde definitie.