

Antilliaans toezicht op beleggingsinstellingen en administrateurs

De Landsverordening toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs van 18 december 2002 (hierna: de Landsverordening) introduceert toezicht door de Bank van de Nederlandse Antillen (hierna: de Bank) op beleggingsinstellingen en rechtspersonen die administratieve diensten aan beleggingsinstellingen verlenen.

De regels van de Landsverordening voor toezicht op beleggingsinstellingen zijn grotendeels dezelfde als de regels in de Nederlandse Wet toezicht beleggingsinstellingen (WTB) en de daarop gebaseerde regelgeving. In deze bijdrage zal ik enkele verschillen behandelen tussen de Landsverordening en de WTB en zal ik ingaan op het geïntroduceerde toezicht voor rechtspersonen die administratieve diensten aan beleggingsinstellingen verlenen.

Toezicht op beleggingsinstellingen

De Landsverordening verbiedt onder meer de aanbidding van deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling in of vanuit de Nederlandse Antillen indien door de Bank aan de beleggingsinstelling geen vergunning is verleend. De Bank kan vrijstelling verlenen van het verbod. Anders dan in de WTB zondert de Landsverordening niet het aanbod binnen besloten kring uit. In de memorie van toelichting wordt echter al aangekondigd dat de Bank van haar bevoegdheid tot vrijstelling zodanig gebruik zal maken, dat aanbiedingen binnen besloten kring zullen worden uitgezonderd. Uit de memorie van toelichting kan tevens worden afgeleid dat voor een vrijstelling dezelfde criteria zullen gelden als onder de WTB. Tevens vermeldt de memorie van toelichting dat de Bank de aanbidding aan professionele partijen zal vrijstellen. Voor de vereisten die gesteld worden aan een professionele partij, lijkt aansluiting te zullen worden gezocht bij het criterium voor professionelen zoals dat voor de WTB is vastgelegd: beroeps- of bedrijfsmatig handelen of beleggen in beleggingsobjecten.

Anders dan in de WTB bepaalt de Landsverordening dat de raad van commissarissen van een beleggingsinstelling 'indien aanwezig' moet bestaan uit ten minste drie leden. Dit vereiste lijkt een hinken op twee gedachten. Immers, of de wetgever bepaalt dat er een raad van commissarissen moet zijn en dat deze op een bepaalde wijze moet zijn samengesteld, of men stelt een raad van commissarissen niet verplicht, maar in dat geval zouden ook geen eisen gesteld moeten worden ten aanzien van de samenstelling. Volgens de Landsverordening is het ver-

boden leden van de raad van commissarissen te benoemen zonder de voorafgaande toestemming van de Bank. Dit impliceert dat de Bank commissarissen zal toetsen op integriteit. Onder de WTB worden commissarissen in beginsel niet getoetst, tenzij op de beleggingsinstelling het structuurregime van toepassing is waardoor de raad van commissarissen de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders heeft.

Anders dan in de WTB kan de Bank een verleende vergunning ook intrekken als de beleggingsinstelling niet voldoet aan andere wettelijke verplichtingen dan die in de Landsverordening zijn opgenomen. Naar mijn mening zal de Bank alleen van deze ingrijpende bevoegdheid gebruik mogen maken indien dit nodig is ter bescherming van (potentiële) deelnemers in de beleggingsinstelling. Ook kan de Bank de vergunning intrekken als de beleggingsinstelling niet binnen een door de Bank vast te stellen termijn 'met haar bedrijf daadwerkelijk een aanvang heeft gemaakt'. De verwijzing naar 'bedrijf' is voor beleggingsinstellingen ongelukkig, aangezien kenmerkend voor een beleggingsinstelling is dat haar activiteiten niet worden aangemerkt als ondernemingsactiviteiten. Bedoeld is waarschijnlijk het aanvang maken met de aanbidding van deelnemingsrechten in de beleggingsinstelling.

Toezicht op rechtspersonen die administratieve diensten aan beleggingsinstellingen verlenen

De Landsverordening verbiedt de uitoefening van het bedrijf van administrateur in of vanuit de Nederlandse Antillen zonder voorafgaande vergunning van de Bank. Een administrateur is omschreven als een rechtspersoon die het verrichten van administratieve diensten ten doel heeft. Administratieve diensten worden omschreven als het al dan niet tegen vergoeding verlenen van diensten ten behoeve van beleggingsinstellingen, waaronder in elk geval wordt begrepen:

- a. het voeren van het bestuur van beleggingsinstellingen, waaronder in ieder geval het beschikbaar stellen van natuurlijke personen of rechtspersonen als directeur, vertegenwoordiger of andere leidinggevende functionaris van een beleggingsinstelling die onder meer belast zijn met het nemen van beslissingen;
- b. het administreren, waaronder in ieder geval het voeren van boekhouding, alsmede het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie ten behoeve van het besturen of doen functioneren van een beleggingsinstelling;
- c. het verlenen van domicilie en kantoorfaciliteiten ten behoeve van beleggingsinstellingen.

De Landsverordening beoogt de zogenoemde trustmaatschappijen onder toezicht te stellen, maar de omschrijving van de administratieve diensten is zo ruim en vaag dat op grond van de letterlijke omschrijving ook andere dienstverleners erdoor geraakt kunnen worden. Zo zal een accountant die naast de controle op de jaarrekening aanvullende werkzaamheden ten behoeve van de boekhouding verricht, en een advocaten- of notarissenkantoor waarvan een medewerker als gevolmachtigde optreedt waarbij de volmacht enige beslissingsruimte laat, als administrateur kunnen worden aangemerkt.

Aangezien de bewaarder van een beleggingsinstelling vaak ook een administratieve taak zal hebben, kan ook de bewaarder als administrateur worden aangemerkt, waardoor hij op grond van de Verordening aan 'dubbel' toezicht zou worden onderworpen. Als de activiteiten worden verricht in het verlengde van andere activiteiten, kan worden verdedigd dat niet in strijd met het verbod van de Landsverordening wordt gehandeld omdat niet 'het bedrijf van administrateur' wordt uitgeoefend. De Landsverordening bepaalt dat de Bank vrijstelling kan verlenen van het verbod om zonder vergunning het bedrijf van administrateur te verrichten. De memorie van toelichting vermeldt dat de Bank van deze mogelijkheid gebruik zal maken indien de administrateur elders onder adequaat toezicht staat. Het is te hopen dat de Bank vrijstelling verleent voor zakelijke dienstverleners, zoals de hiervoor vermelde accountant en het advocaten- of notarissenkantoor, die in het verlengde van andere kernactiviteiten administratieve diensten verlenen, en voor bewaarders van onder toezicht staande beleggingsinstellingen.

Het vergunningvoorschrift geldt ook voor administrateurs die in of vanuit de Nederlandse Antillen administratieve diensten verlenen aan beleggingsinstellingen die niet vergunningplichtig zijn op de Nederlandse Antillen, bijvoorbeeld omdat zij gebruik maken van een vrijstelling, zoals de professionelenvrijstelling, of omdat zij niet in of vanuit de Nederlandse Antillen deelnemingsrechten aanbieden. De Landsverordening gaat mijns inziens te ver door ook administratieve diensten voor dergelijke beleggingsinstellingen aan toezicht te onderwerpen. De adequate werking van de financiële markten en de bescherming van (potentiële) beleggers daarop lijken dit toezicht niet te rechtvaardigen.

Om een vergunning voor het verrichten van administratieve diensten te verkrijgen dient de aanvrager te voldoen aan vereisten met betrekking tot betrouwbaarheid, integriteit en bedrijfsvoering. Het dagelijks beleid van de administrateur moet worden bepaald door ten minste

twee personen, en de raad van commissarissen moet, indien aanwezig, bestaan uit ten minste drie leden. De administrateur moet jaarlijks bij de Bank een jaarrekening, met accountantsverklaring en 'management letter', indienen. Tevens moet de administrateur binnen daartoe vastgestelde termijnen een schriftelijk compliance rapport over zijn bedrijf bij de Bank indienen. De Landsverordening bepaalt dat een administrateur waaraan een vergunning is verleend, zijn 'statuten of reglementen' niet mag wijzigen zonder voorafgaande toestemming van de Bank. Een wijziging zonder de toestemming is nietig. De vraag rijst of het door de Bank uit te oefenen toezicht op de bedrijfsvoering hiervoor een voldoende rechtvaardiging biedt. Bij beleggingsinstellingen vindt de vereiste goedkeuring voor statutenwijziging mede haar rechtvaardiging in de bescherming van beleggers. Hun positie kan wijzigen door een statutenwijziging. Bij administrateurs bestaat deze rechtvaardiging niet.

Na vergunningverlening moet de administrateur zich houden aan door de Bank te stellen voorschriften met betrekking tot deskundigheid, integriteit en bedrijfsvoering. Personen die het dagelijks beleid van de administrateur bepalen, en leden van de raad van commissarissen kunnen alleen na voorafgaande goedkeuring van de Bank worden benoemd.

De Landsverordening bepaalt dat een administrateur te allen tijde dient te bewaken dat binnen de beleggingsinstellingen waarvoor hij administratieve diensten verricht, voldoende deskundigheid aanwezig is en dat de bestuurders die de beleggingsinstellingen vertegenwoordigen of het beleid van de beleggingsinstellingen bepalen, alsmede anderen die het beleid mede bepalen, integer zijn conform de voorschriften van de Bank. De administrateur dient tevens ervoor zorg te dragen dat in redelijkheid de beleggingsinstellingen waarvoor hij administratieve diensten verricht, niet in overtreding zijn van de op hen rustende wettelijke verplichtingen. De administrateur moet de Bank onmiddellijk op de hoogte stellen indien hij van oordeel is of reden heeft om aan te nemen dat een beleggingsinstelling waarvoor hij administratieve diensten verricht:

- a. niet in staat is of zal zijn aan haar verplichtingen te voldoen;
- b. voorschriften krachtens de Landsverordening of andere wet- en regelgeving die van toepassing zijn op beleggingsinstellingen, niet naleeft; of
- c. haar bedrijf uitoefent op een manier die schade toebrengt of kan toebrengen aan de belangen van haar deelnemers of andere deelgerechtigden.

De Landsverordening gaat er blijkbaar van uit dat de beleggingsinstelling waarvoor de administrateur zijn diensten verricht, onder toezicht van de Bank staat. Zoals ik hiervoor vermeldde, hoeft dat niet het geval te zijn. Bij beleggingsinstellingen die niet onder toezicht staan van de Bank, hebben de hiervoor vermelde verplichtingen tot informatieverstrekking geen zin.

De Landsverordening bevat voor de administrateur waarvan de vergunning wordt ingetrokken, eenzelfde regeling als voor een onder toezicht staande beleggingsinstelling. De administrateur kan op verzoek van de Bank door het gerecht worden ontbonden. Bij een beleggingsinstelling kan ontbinding zinvol zijn omdat hierdoor de vereffening van het vermogen van de beleggingsinstelling aanvangt, waardoor de deelnemers in de beleggingsinstelling uiteindelijk het liquidatieoverschot ontvangen. Ontbinding van de administrateur dient dit doel niet en kan de belangen van betrokkenen bij de administrateur ernstig schaden, temeer indien de administrateur naast de administratieve diensten ook andere activiteiten verricht. Het lijkt erop dat de ontbindings-sanctie zonder goede grond ook van toepassing is verklaard op de administrateur.

Het verbod om zonder vergunning deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling aan te bieden en het verbod tot het uitoefenen van het bedrijf van administrateur blijven tot en met 31 maart 2003 buiten toepassing. Ten aanzien van een beleggingsinstelling of administrateur die uiterlijk 31 maart 2003 een vergunningaanvraag heeft ingediend, blijft het verbod buiten toepassing totdat de Bank haar beslissing op de aanvraag heeft verzonden.

Gevolgen voor het buitenlandbeleid onder de WTB

Antilliaanse beleggingsinstellingen werden op 4 april 2002 onaangenaam verrast door een ingrijpende wijziging van het beleid van de Nederlandse toezichthouder ten aanzien van op de Nederlandse Antillen gevestigde beleggingsinstellingen die in Nederland deelnemingsrechten aanbieden. Voor dergelijke beleggingsinstellingen, waarvan alle directeuren en de administratieve organisatie op de Nederlandse Antillen gevestigd waren, werd op grond van het oude beleid een vergunning op grond van de WTB verleend en oefende de Nederlandse toezichthouder het toezicht uit op de Nederlandse Antillen als waren het Nederlandse beleggingsinstellingen. Door de circulaire van 4 april 2002 werd aangekondigd dat dit beleid werd beëindigd en moesten ook Antilliaanse beleggingsinstellingen voldoen aan het algemene buitenlandbeleid. Dit algemene buitenlandbeleid houdt in dat beleggingsinstellingen die elders onder adequaat

toezicht staan, een WTB-vergunning kunnen krijgen met ontheffing van een groot aantal eisen, waarbij de toezichthouder zich verlaat op de toezichthouder in het land van vestiging. Staat een beleggingsinstelling elders niet onder adequaat toezicht, dan verbindt de toezichthouder extra voorschriften aan de vergunning, zoals de eisen dat de beleggingsinstelling organisatorisch of economisch verbonden dient te zijn met een in Nederland gevestigde financiële instelling die in Nederland onder toezicht staat, en dat twee bestuurders van de beleggingsinstelling woonachtig in Nederland moeten zijn. Het nieuwe beleid zou voor Antilliaanse beleggingsinstellingen met een WTB-vergunning op 1 januari 2003 ingaan. De toezichthouder heeft inmiddels bepaald dat deze datum is verschoven naar 1 januari 2004. Verwacht mag worden dat het toezicht van de Bank zal worden aangemerkt als adequaat, waardoor de Antilliaanse beleggingsinstellingen met een WTB-vergunning door de wijziging van het buitenlandbeleid niet onnodig in de problemen worden gebracht.

Mr. C.J. Groffen
