

Financieringsmaatschappijen onder de Wet op het financieel toezicht

Inleiding

Het is de verwachting dat per 1 januari 2007 de nieuwe Wet op het financieel toezicht (Wft) van kracht wordt.¹ De Wft vervangt onder meer de Wet toezicht kredietinstellingen 1992 (Wtk 1992) en de Vrijstellingsregeling Wet toezicht kredietwezen 1992 (hierna: de Vrijstellingsregeling Wtk 1992). In deze bijdrage zal worden bekeken in hoeverre de Wft een verandering inhoudt voor de positie van financieringsmaatschappijen die thans op grond van artikel 2 en/of artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 worden vrijgesteld. Daartoe worden eerst het verbod om zonder vergunning ex artikel 6 Wtk 1992 het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen en de vrijstellingen daarvan ex artikel 2 en artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 besproken. Daarna wordt kort ingegaan op de definitie van bank in de Wft en het verbod ex artikel 2:11 Wft om het bedrijf van bank uit te oefenen. Tot slot wordt in hoofdlijnen het nieuwe wettelijk kader ter zake van financieringsmaatschappijen onder de Wft beschreven. Daarbij blijven deel 1 Algemeen deel (afgezien van een korte bespreking van art. 1:76 Wft) en deel 5 Gedragstoezicht Financiële Markten buiten beschouwing.

Artikel 6 Wtk 1992

De definitie van kredietinstelling in de Wtk 1992 (voor zover niet gericht tot elektronische geldinstellingen) luidt als volgt:

‘een onderneming of instelling die haar bedrijf maakt van het ter beschikking verkrijgen van, al dan niet op termijn, opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen’.

Deze definitie is ruimer dan de definitie van kredietinstelling in de Richtlijn banken.² De definitie van kredietinstelling in de Richtlijn banken luidt als volgt:

‘een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening’.

Deze definitie ziet alleen op het in ontvangst nemen van terugbetaalbare gelden van het publiek.

Artikel 6 Wtk 1992 bevat het verbod aan een in Nederland gevestigde onderneming of instelling om het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen, behoudens voor zover zij daartoe van De Nederlandsche Bank (DNB) een vergunning heeft verkregen. Onder de Wtk 1992 als kredietinstelling gedefinieerde ondernemingen die niet op grond van de Richtlijn banken behoeven te worden gereguleerd, kunnen onder voorwaarden gebruikmaken van een vrijstelling van dit verbod.³ Dit wordt geregeld in artikel 2 en artikel 3 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992.

Artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk 1992

Op grond van artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt een kredietinstelling die gevestigd is in Nederland en die opvorderbare gelden aantrekt van professionele marktpartijen en/of binnen één besloten kring, en voor eigen rekening kredietuitzettingen of beleggingen verricht, vrijgesteld van de vergunningplicht ex artikel 6 Wtk 1992 (een ‘Artikel 2-financieringsmaatschappij’). De achtergrond van deze vrijstelling is dat de crediteuren van een dergelijke financieringsmaatschappij geacht mogen worden zelf voldoende in staat te zijn de financiële soliditeit van de onderneming waaraan zij hun gelden toevertrouwen, te beoordelen.⁴

Professionele marktpartij

Verwezen wordt naar de definitie van professionele marktpartij in artikel 1 sub e Vrijstellingsregeling Wtk 1992 en artikel 2 van de Beleidsregel 2005 Kernbegrippen Markttoetreding en Handhaving WTK 1992 (de ‘Beleidsregel 2005’). In artikel 2 lid 5 van de Beleidsregel 2005 wordt uiteengezet welke maatregelen, de zogenoemde handhavingsmechanismen, een geldnemer kan treffen bij het uitgeven van schuldtitels aan toonder of op naam om te waarborgen dat uitsluitend een professionele marktpartij gerechtigd kan zijn tot de schuldtitels (onder meer wordt een coupuregrootte van ten minste EUR 100.000 genoemd).

Besloten kring

Artikel 3 lid 1 van de Beleidsregel 2005 noemt de cumulatieve voorwaarden ter zake van een besloten kring. Artikel 3 lid 3 van de Beleidsregel 2005 geeft aan wanneer een besloten kring geacht wordt te bestaan, onder meer indien uitsluitend wordt aangetrokken van maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer. Concern wordt in artikel 1 sub d Vrijstellingsregeling Wtk 1992 gedefinieerd als de gezamenlijkheid van een rechtspersoon en zijn dochtermaatschappijen. De definitie van groep in artikel 1 lid 1 sub o Wtk 1992 is

1. Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Stb. 2006, 475.

2. Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

3. Zoals ook blijkt uit Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 119.

4. Zoals ook blijkt uit Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 167.

ruimer dan de definitie van groep in artikel 2:24b Burgerlijk Wetboek.

Artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992

Op grond van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt een kredietinstelling die (1) gevestigd is in Nederland, (2) opvorderbare gelden aantrekt door middel van het aanbieden van effecten als omschreven in artikel 1 onderdeel a van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) en in overeenstemming met hetgeen dienaangaande bij of krachtens de Wte 1995 is bepaald, en (3) kredietuitzettingen of beleggingen voor eigen rekening verricht, onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van de vergunningplicht ex artikel 6 Wtk 1992 (een 'Artikel 3-financieringsmaatschappij'). Het gaat dan doorgaans om ondernemingen die dochterondernemingen zijn van grote internationale ondernemingen (veelal aangeduid als concernfinancieringsmaatschappijen).⁵ Dergelijke kredietinstellingen dienen te zorgen voor financiële zekerheid door middel van een onvoorwaardelijke garantie, een bankgarantie of een instandhoudingsovereenkomst, en dienen ten minste 95% van het balanstotaal uit te zetten binnen het concern (als gedefinieerd in art. 1 sub d Vrijstellingsregeling Wtk 1992).⁶ Terzijde zij opgemerkt dat artikel 7 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 een vrijstelling geeft van het verbod op het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van het publiek ex artikel 82 Wtk 1992.

Zoals gezegd kwalificeert zowel een Artikel 2-financieringsmaatschappij als een Artikel 3-financieringsmaatschappij onder de Wtk 1992 als kredietinstelling. Daardoor zijn deze financieringsmaatschappijen geen financiële instelling als gedefinieerd in de Wtk 1992, aangezien de definitie van financiële instelling in de Wtk 1992 spreekt van degene die, *geen kredietinstelling zijnde*, in hoofdzaak zijn bedrijf maakt van het verrichten van één of meer van de werkzaamheden, bedoeld onder 2 tot en met 12 in bijlage I van de Richtlijn banken of van het verwerven of houden van deelnemingen. Opgemerkt zij dat onder sub 2 van bijlage I 'het verstrekken van leningen' wordt genoemd.

Voor kredietinstellingen, vrijgesteld onder artikel 2 en/of 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992, geldt een registratieplicht bij DNB op grond van artikel 4 Vrijstellingsregeling Wtk 1992.

De definitie van bank in de Wft

De definitie van kredietinstelling in artikel 1:1 Wft omvat zowel de bank als de elektronischgeldinstelling. De definitie van bank in de Wft luidt als volgt:

5. Zoals ook blijkt uit Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 195.
6. Zoals ook blijkt uit Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 167.
Zie voor de definitie van opvorderbare gelden art. 1.1 Wft en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 375.

'degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen'.⁷

Het is de bedoeling van de wetgever geweest om de definitie van bank te laten aansluiten bij de definitie van kredietinstelling in de Richtlijn banken.⁸ Als de definitie van bank in de Wft wordt vergeleken met de definitie van kredietinstelling in de Wtk 1992, valt in de eerste plaats op dat het element 'beleggingen' is geschrapt. Dit heeft tot gevolg dat degene die uitsluitend voor eigen rekening beleggingen verricht, niet onder de definitie van bank valt. In de tweede plaats is alleen het aantrekken van opvorderbaar geld van het publiek relevant. De begrippen 'buiten besloten kring' en 'anderen dan professionele marktpartijen' vormen de Nederlandse implementatie van het begrip 'publiek' in de definitie van kredietinstelling in de Richtlijn banken.⁹

In de Wft is een definitie van professionele marktpartij opgenomen.¹⁰ Het valt buiten het bestek van dit artikel om deze definitie te bespreken. Besloten kring is ook een gedefinieerde term in de Wft en sluit aan bij de Beleidsregel 2005. De bedoeling van de wetgever is dat met de definitie van besloten kring bestaand beleid wordt gecodificeerd.¹¹ Echter, stelt de Beleidsregel 2005 nog, zoals hiervoor gezegd, dat een besloten kring geacht wordt te bestaan, onder meer indien uitsluitend wordt aangetrokken van maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer, uit de vierde nota van wijziging blijkt dit niet geheel duidelijk. De vierde nota van wijziging stelt slechts dat in een dergelijk geval meestal sprake zal zijn van een rechtsbetrekking op grond waarvan geldgevers op de hoogte kunnen zijn van de financiële toestand van de geldnemer. In de Wft wordt voorts de definitie van groep uit het Burgerlijk Wetboek gebruikt en niet meer de (ruimere) definitie van groep in de Wtk 1992. Hoewel uit de vierde nota van wijziging blijkt dat het niet de bedoeling is dat het begrip besloten kring enger of strikter wordt uitgelegd dan voorheen, kan toch niet worden ontkend dat op grond van de Wft de definitie van groep uit het Burgerlijk Wetboek gehanteerd moet worden.¹² Het begrip besloten kring wordt daardoor toch strikter uitgelegd.

7. Zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 168-169; E.P.M. Joosen, Wetsvoorstel Deel 2 Prudentieel Toezicht Wet op het financieel toezicht (I). Markttoetreding van financiële ondernemingen, Tijdschrift voor het Financieel Recht 2005, p. 125.
8. Zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, p. 3.
9. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 160 en 166.
10. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 182-183.
11. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 172 en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 37.
12. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 364; zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, p. 10-11.

Het verbod in de Wft om zonder vergunning als bank werkzaam te zijn

In artikel 2:11 lid 1 Wft is opgenomen dat het eenieder met zetel in Nederland is verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank. Dit is de implementatie van artikel 6 Wtk 1992. Het hebben van een zetel in Nederland impliceert dat het bedrijf per definitie in Nederland, daaronder mede begrepen vanuit Nederland, wordt uitgeoefend.¹³

In deel 3 Prudentieel Toezicht Financiële Ondernemingen zijn alle met het prudentieel toezicht samenhangende bepalingen die van toepassing zijn op financiële ondernemingen, waaronder banken, geïntegreerd. In deel 4 Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen zijn alle gedragstypische elementen van de bedrijfsvoering geregeld.¹⁴ Artikel 4:1 Wft bepaalt de reikwijdte van deel 4.

Een Artikel 2-financieringsmaatschappij en de Wft

Een Artikel 2-financieringsmaatschappij trekt geen opvorderbare gelden aan van het publiek en zal daarom onder de Wft niet als bank kwalificeren (overigens zal een financieringsmaatschappij die met opvorderbare gelden aangetrokken van publiek, alleen beleggingen verricht, ook niet meer als bank kwalificeren; zie hiervoor). Het verbod van artikel 2:11 lid 1 Wft zal dan ook niet van toepassing zijn. Er zal onder de Wft geen registratieplicht bij DNB meer zijn voor een Artikel 2-financieringsmaatschappij.¹⁵

Belangrijk is dat een Artikel 2-financieringsmaatschappij (die opvorderbare gelden aantrekt al dan niet door het aanbieden van effecten) zich zo goed als redelijkerwijs mogelijk is, ervan vergewist dat de geldgever een professionele marktpartij is. Volgens de wetsgeschiedenis van de Wft moet dit overigens niet worden gezien als een vergewisplicht.¹⁶ De wetsgeschiedenis noemt niet de handhavingsmechanismen van artikel 2 lid 5 van de Beleidsregel 2005, waaronder de coupuregrootte van EUR 100.000.¹⁷ In een brief van DNB aan het ministerie van Financiën van 26 januari 2006 stelde DNB dat zij beoogt artikel 2 van de Beleidsregel 2005 aldus aan te passen dat: (a) voor de coupuregrootte van aangeboden schuldtitels zou worden aangesloten bij het in de Prospectusrichtlijn genoemde bedrag van EUR 50.000, en (b) de zogeheten vergewisplicht van artikel 2 lid 4 en 5 van de Beleidsregel 2005

zou worden geschrapt.¹⁸ Naar ik heb begrepen, is het de bedoeling van de wetgever het Besluit definitiebepalingen Wft aan te passen in de zin dat, indien schuldtitels met een coupuregrootte van EUR 50.000 worden aangeboden, gelden worden aangetrokken van professionele marktpartijen.¹⁹ De Beleidsregel 2005 en daarmee de handhavingsmechanismen die zijn opgenomen in artikel 2 lid 5 van de Beleidsregel 2005, vervallen met de invoering van de Wft.

Deel 3 Prudentieel Toezicht Financiële Ondernemingen (zie ook hiervoor) zou niet van toepassing moeten zijn op een Artikel 2-financieringsmaatschappij. Het doel van prudentieel toezicht is immers onder meer om veilig te stellen dat een consument die zijn geld aan een onderneming toevertrouwt, er zeker van kan zijn dat hij zijn geld terugkrijgt. Een consument zou zelf onvoldoende in staat zijn de soliditeit te beoordelen van een onderneming waaraan hij zijn gelden toevertrouwt. Professionele marktpartijen en personen binnen besloten kring worden geacht hiertoe wel in staat te zijn.²⁰ Hierbij moet worden aangetekend dat een Artikel 2-financieringsmaatschappij onder de Wft niet als bank zal kwalificeren, maar wellicht wel als financiële instelling (en daarmee overigens dan ook als financiële onderneming).

Een financiële instelling wordt in de Wft als volgt gedefinieerd:

‘degene die, geen kredietinstelling zijnde, in hoofdzaak zijn bedrijf maakt van het verrichten van één of meer van de werkzaamheden, bedoeld onder 2 tot en met 12 in bijlage I van de Richtlijn banken, of van het verwerven of houden van deelnemingen’.

Van de bepalingen in deel 3 ter zake van prudentieel toezicht op financiële ondernemingen met zetel in Nederland richten artikel 3:18 en 3:29 Wft zich (mede) tot de financiële instelling.²¹

13. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 202.

14. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 116-117; zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 9, p. 2.

15. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 119.

16. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 183, Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 377 en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 53.

17. Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, *Actualiteiten, Consultatiewetsvoorstel deel 2 (prudentieel toezicht) Wet financieel toezicht (Wft) Ondernemingsrecht 2004*, p. 170.

18. Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG.

19. Besluit van 12 oktober 2006, houdende bepalingen met betrekking tot enkele definities uit artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Besluit definitiebepalingen Wft), Stcrt. 2006, 505.

20. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 197 en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 370.

21. Zie in verband met art. 3:18: hoofdstuk 5 en de toelichting daarop van het Besluit van 12 oktober 2006, houdende prudentiële regels voor financiële ondernemingen die werkzaam zijn op de financiële markten (Besluit prudentiële regels Wft), art. 4:16 Wft, alsmede het Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft). Zie in verband met art. 3:29 Wft: hoofdstuk 6 en de toelichting daarop van het Besluit prudentiële regels Wft.

Bedacht dient te worden dat de definitie van financiële instelling is gebaseerd op de definitie van financiële instelling in de Wtk 1992 (zie ook hiervoor) en de Richtlijn banken, en is opgenomen in verband met de ondertoezichtstelling en notificatieprocedure voor financiële instellingen als bedoeld in artikel 19 van de Richtlijn banken, kort gezegd dochtermaatschappijen van een bank.²² Uit de vierde nota van wijziging bij de beschrijving van het gedragstoezicht lijkt voorts te volgen dat slechts een financiële instelling met verklaring van ondertoezichtstelling onder de definitie van financiële onderneming dient te vallen.²³ Het is dan ook waarschijnlijk de bedoeling van de wetgever dat een Artikel 2-financieringsmaatschappij slechts kwalificeert als een financiële instelling, indien zij op grond van artikel 3:110 Wft een verklaring van ondertoezichtstelling heeft of kan aanvragen, en dat de artikelen in deel 3 die zich richten tot een financiële instelling, slechts (mede) een Artikel 2-financieringsmaatschappij adresseren, indien deze tevens kwalificeert als een financiële instelling met een verklaring van ondertoezichtstelling.

Deel 4 Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen zal niet van toepassing zijn op een Artikel 2-financieringsmaatschappij, tenzij een Artikel 2-financieringsmaatschappij tevens kwalificeert als een onderneming zoals genoemd in artikel 4:1 sub a, b of c Wft (dit zal doorgaans niet het geval zijn).

Tot slot zal het mogelijk zijn dat een Artikel 2-financieringsmaatschappij, alsook een financieringsmaatschappij die opvorderbare gelden van publiek aantrekt en slechts beleggingen verricht, vrijwillig een vergunning aanvraagt, ook al kwalificeert zij niet als een bank (art. 3:4 Wft).²⁴ De belangrijkste reden om vrijwillig een vergunning aan te vragen is dat onder toezicht staande ondernemingen goedkoper gelden kunnen aantrekken dan niet onder toezicht staande ondernemingen.²⁵

Een Artikel 3-financieringsmaatschappij en de Wft

Een Artikel 3-financieringsmaatschappij valt straks wel onder de definitie van 'bank' en kwalificeert daardoor tevens als een financiële onderneming. Om de bestaande praktijk te handhaven, zal het verbod van artikel 2:11 lid 1 Wft niet van toepassing zijn op degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2 Wft (zie art. 2:11 lid 3 Wft). In dit artikel is het huidige artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 verwerkt. Met andere woorden, het verbod om zonder vergunning opvorderbare gelden van het publiek aan te trekken ex artikel 2:11 lid 1 Wft zal niet van toepassing zijn op een Artikel 3-financierings-

maatschappij, indien (1) zij gelden aantrekt in overeenstemming met hetgeen bepaald is in hoofdstuk 5.1 Wft,²⁶ (2) zorg gedragen wordt voor een bepaalde vorm van financiële zekerheid, en (3) ten minste 95% van het balanstotaal wordt uitgezet binnen het concern. Het begrip concern wordt in artikel 3:2 Wft aangeduid als de gezamenlijkheid van een rechtspersoon en haar dochtermaatschappijen. Indien als financiële zekerheid wordt gekozen voor een bankgarantie, dient deze garantie te worden afgegeven door een kredietwaardige bank en dient deze bank een vergunning te hebben voor het bedrijf van bank, afgegeven door DNB, door een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat of door een toezichthoudende instantie in een staat die bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen.²⁷

Uit artikel 3:2 Wft volgt tevens dat hetgeen in deel 3 Prudentieel Toezicht Financiële Ondernemingen is bepaald met betrekking tot het uitoefenen van het bedrijf van bank, niet van toepassing is op een Artikel 3-financieringsmaatschappij.²⁸ Met andere woorden, bepalingen die zijn gericht tot banken of bepalingen die zien op de uitoefening van het bedrijf van bank, zijn niet van toepassing op een Artikel 3-financieringsmaatschappij.²⁹ Ter zake van het verbod in artikel 3:5 Wft, dat het huidige artikel 82 Wtk 1992 gedeeltelijk implementeert, is in lid 2 onderdeel d een uitzondering gemaakt voor de Artikel 3-financieringsmaatschappij.³⁰ Onderdeel d is de implementatie van artikel 7 Vrijstellingsregeling Wtk 1992.³¹ Deel 4 Gedragstoezicht Financiële Ondernemingen zal niet van toepassing zijn op een Artikel 3-financieringsmaatschappij, tenzij een Artikel 3-financieringsmaatschappij tevens kwalificeert als een onderneming zoals genoemd in artikel 4:1 sub a, b of c Wft (dit zal doorgaans niet het geval zijn). De registratieplicht zal ook voor een Artikel 3-financieringsmaatschappij vervallen.³² Vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de Wft kan een Artikel 3-financieringsmaatschappij geen gebruik maken van artikel 3:2 Wft, indien zij niet-verhandelbare geldmarktinstrumenten en/of schuldinstrumenten heeft uitge-

22. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 177 en 290.

23. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 315; zie voorts voor de definitie van financiële onderneming, Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 3, p. 26-27.

24. Zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 15, p. 2.

25. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 197.

26. Zie overigens ook Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 69-70 en C.M. Grundmann-van de Krol, De 6^e en laatste Nota van Wijziging Wet financieel toezicht: enkele opvallende wijzigingen, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 396.

27. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 197; zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, p. 17.

28. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 14, p. 21.

29. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 196.

30. Zie ook Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 229; Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 11, p. 17, 22-23; Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 54; Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 71. Zie voor implementatie van het bemiddelingsverbod art. 4:3 Wft en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 495.

31. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 231; zie voorts ook Besluit van 12 oktober 2006, houdende bepalingen ter uitvoering van de artikelen 1:10, 1:11, 3:5, 3:36 en 3:110 van de Wet op het financieel toezicht (Besluit Reikwijdtebepalingen Wft), p. 9-10, 24 ter uitwerking van het ontheffingsbeleid ex art. 3:5 lid 4 Wft.

32. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 119.

geven. Dergelijke instrumenten vallen niet meer onder het begrip effecten. Artikel 60 invoerings- en aanpassingswet Wft geeft voor deze situatie een overgangsregeling.³³

De toepasselijkheid van artikel 1:76 Wft

In deel 1 Algemeen deel worden de onderwerpen geregeld die zowel voor het gedragtoezicht als het prudentieel toezicht relevant zijn, zoals de vergunningprocedure, regels voor toezichthouders alsook het algemene toezicht- en handavingsinstrumentarium.³⁴ Hier beperk ik mij tot de vraag of artikel 1:76 Wft van toepassing zal zijn op een Artikel 2- en/of Artikel 3-financieringsmaatschappij.

Artikel 1:76 Wft richt zich tot de financiële onderneming, alsook (via lid 8) tot eenieder die in of vanuit Nederland bedrijfsmatig buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen aantrekt, ter beschikking verkrijgt of ter beschikking heeft, en creëert de mogelijkheid dat de toezichthouder in specifieke omstandigheden een curator benoemt. De wetgever beoogt geen substantiële wijziging ten opzichte van de huidige wettelijke regeling in de verschillende sectorale wetten voor wat betreft de gevallen waarin een curator kan worden benoemd.³⁵ Op grond van de huidige artikelen 18 juncto 28 Wtk 1992 is de regeling van stille curatele niet van toepassing op vrijgestelde kredietinstellingen.³⁶

Zoals hiervoor is uiteengezet, zou naar mijn mening een Artikel 2-financieringsmaatschappij in principe niet als een financiële instelling dienen te kwalificeren en daarmee dus ook niet als een financiële onderneming. Artikel 1:76 lid 1-7 Wft zou dan ook niet zien op een Artikel 2-financieringsmaatschappij.

Een Artikel 3-financieringsmaatschappij is een uitgevende instelling en uitgevende instellingen vallen niet onder de definitie van financiële onderneming.³⁷ Zij zal echter ook als een kredietinstelling kwalificeren en derhalve als een financiële onderneming. Artikel 1:76 lid 1-7 Wft zou zich dus tot een Artikel 3-financieringsmaatschappij richten.

De benoeming van een curator op basis van lid 1 en lid 2 van artikel 1:76 Wft is gekoppeld aan een overtreding van de Wft. Een groot deel van de bepalingen van de Wft zal evenwel niet van toepassing zijn op een Artikel 3-financieringsmaatschappij. Artikel 1:76 lid 3 Wft geeft voorts de mogelijkheid om onder voorwaarden (zie lid 4) – zon-

der dat daar een overtreding van een bepaling uit de Wft aan voorafgaat – een curator te benoemen in geval DNB bij een financiële onderneming tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van die onderneming in gevaar kan brengen. Het lijkt erop dat de mogelijkheid zal bestaan om een curator te benoemen bij een Artikel 3-financieringsmaatschappij op grond van artikel 1:76 Wft.

Artikel 1:76 lid 8 Wft is volgens de vierde nota van wijziging gericht tot (rechts)personen die zich bezighouden met onder andere het aantrekken van gelden, zonder dat deze vervolgens weer worden uitgezet. In een dergelijk geval is er (nog) geen sprake van een financiële onderneming en zou zonder lid 8 mogelijk onduidelijkheid bestaan of deze 'illegale 2:28-instellingen' onderwerp zouden kunnen zijn van een benoeming van een curator.³⁸ Een Artikel 2-financieringsmaatschappij trekt geen gelden aan van publiek en derhalve is lid 8 niet van toepassing. Artikel 1:76 lid 8 Wft richt zich ook niet tot een Artikel 3-financieringsmaatschappij, aangezien een Artikel 3-financieringsmaatschappij zich mede bezighoudt met het uitzetten van gelden.³⁹

Conclusie

De wetgever heeft beoogd om het bestaande beleid ter zake van financieringsmaatschappijen onder de Wtk 1992 te handhaven. Een financieringsmaatschappij die thans op grond van artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 van de vergunningplicht ex artikel 6 Wtk 1992 zou worden vrijgesteld, valt onder de Wft niet meer onder de definitie van kredietinstelling en derhalve ook niet onder het verbod van artikel 2:11 lid 1 Wft. Waarschijnlijk kwalificeert een Artikel 2-financieringsmaatschappij alleen als een financiële instelling (en daardoor als financiële onderneming), indien zij een verklaring van ondertoezichtstelling heeft ex artikel 3:110 Wft, maar dit volgt niet zonder meer uit de Wft. Een financieringsmaatschappij die alleen beleggingen verricht, zal onder de Wft ook niet als bank kwalificeren.

Een financieringsmaatschappij die thans op grond van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 van de vergunningplicht ex artikel 6 Wtk 1992 zou worden vrijgesteld, kan in principe gebruikmaken van de uitzonderingen geformuleerd in artikel 2:11 lid 3 en artikel 3:2 Wft (zie echter ook art. 60 van de invoerings- en aanpassingswet Wft). De meldingsplicht bij DNB zal vervallen.

*Mr. drs. A.G. van Dijk
NautaDutilh*

33. Kamerstukken II 2005/06, 30 658, nr. 3, p. 23; Kamerstukken I 2006/07, 30 658, A.

34. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 118.

35. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 411-412.

36. Zie echter ook Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 23 en 43 voor hetgeen is opgemerkt over stille curatele, alsook Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, p. 19.

37. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 11 en Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 315 en 379. Zie ook Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 49.

38. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 412.

39. Zie ook art. 5:25 Wft (een lex specialis ten opzichte van art. 1:75 Wft);