

Wtk-PMP > Wft-PMP > Wte-PMP?

Inleiding

Een standaardcasus in de (internationale) financieringspraktijk is dat een Nederlandse geldnemer gelden aantrekt van een groep van (internationale) investeerders, en de aldus aangetrokken gelden uitzet bij een derde, bijvoorbeeld zijn enig aandeelhouder, een groepsmaatschappij of zijn huisbank.

Het is een geldnemer niet zonder meer toegestaan om gelden in- en door te lenen. Bij de voorwaarden die daaraan worden gesteld, neemt de mate van professionaliteit van de geldgevers een doorslaggevende plaats in. Daarnaast speelt een rol of de geldnemer heeft geverifieerd dat de geldgevers professionele marktpartijen zijn (in jargon: PMP's). De situatie waarbij het aantrekken van gelden plaatsvindt door het sluiten van een leningsovereenkomst, zal tot uitgangspunt worden genomen.

Juridisch kader

De Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk) verbiedt in artikel 6 lid 1 een onderneming het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen zonder een vergunning van De Nederlandsche Bank (DNB). Zodra desbetreffende instelling op de voet van artikel 52 lid 2 sub a Wtk door DNB is ingeschreven in een door haar bij te houden publiek register, heeft zo'n instelling op grond van artikel 83 lid 1 Wtk het recht om het woord 'bank' in haar naam te bezigen. Naar schatting zijn er in Nederland 400 banken actief, maar zijn er 9300 vrijgestelde kredietinstellingen.¹ Een onderneming kwalificeert onder meer als kredietinstelling, indien zij haar bedrijf maakt (zelfstandige activiteit, die bovendien niet uitsluitend dient ter ondersteuning van haar hoofdactiviteiten) van het ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden (nominale gelden die 'ooit' moeten worden terugbetaald, zelfs een eeuwigdurende lening kwalificeert aldus) en van het voor eigen rekening doorlenen van die gelden door middel van kredietuitzettingen of het beleggen van die gelden. In tegenstelling tot de in artikel 1 lid 1 van de Bankenrichtlijn (richtlijn 2000/12/EG) opgenomen definitie waarop de huidige Nederlandse definitie is gebaseerd, kwalificeert een onderneming ook als kredietinstelling, indien zij de gelden uitsluitend van PMP's aantrekt. Om deze te ruime definitie van haar scherpe randjes te ontdoen wordt onder meer op grond van artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk vrijstelling verleend van het verbod om zonder vergunning het bedrijf van kredietinstelling uit te oefenen, indien de gelden uitsluitend zijn aangetrokken van PMP's en/of binnen besloten kring.² Het valt toe te juichen dat de definitie van kredietinstelling (lees: bank) in

de Wet financieel toezicht (Wft) in dit opzicht gelijk zal worden getrokken met die uit de Bankenrichtlijn.

Het tweede relevante verbod is opgenomen in artikel 82 lid 1 Wtk. Dat artikel verbiedt een ieder (onder meer) het bedrijfsmatig van het publiek aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van gelden. Dit verbod is onder meer niet van toepassing indien de gelden uitsluitend van PMP's worden aangetrokken, aangezien deze PMP's niet worden geacht deel uit te maken van het publiek.³

Dat het van groot belang is voor een geldnemer om gelden (door) te lenen in overeenstemming met genoemde voorschriften uit de Wtk, blijkt niet alleen uit de civielrechtelijke gevolgen.⁴ Overtreding van die voorschriften is ook strafbaar gesteld of kan door DNB worden bestraft door het opleggen van een bestuurlijke boete of dwangsom.⁵

Indien gelden worden verkregen door uitgifte van (bepaalde) effecten, moet daarnaast rekening worden gehouden met het in artikel 3 lid 1 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte) opgenomen verbod effecten zonder goedgekeurd prospectus aan te bieden aan het publiek. Aldus moet bij de uitgifte van bijvoorbeeld obligaties worden gelet op zowel de verboden in de Wtk als in de Wte zelf. Ingevolge artikel 1c sub a Vrijstellingsregeling Wte wordt vrijstelling verleend voor een aanbieding aan het publiek, indien de effecten uitsluitend aan Wte-PMP's worden aangeboden.

De begrijpelijke gedachte achter de PMP-vrijstellingen is dat geldgevers alleen bescherming behoeven voorzover zij niet in staat zijn om de financiële soliditeit van een geldnemer te beoordelen. PMP's worden in staat geacht zelf voldoende deskundig te zijn om te beoordelen of de geldnemer goed is voor zijn geld, en behoeven dan ook geen crediteurenbescherming.

De wetgever en de financiële wereld hebben al meer dan een decennium geworsteld met de vraag welke personen (zouden moeten) kwalificeren als PMP's. Het antwoord op deze vraag wordt nog bemoeilijkt doordat nieuwe soorten ondernemingen zich op de financiële markten begeven. Alleen al in de afgelopen negen maanden is de PMP-definitie in artikel 1 onderdeel e Vrijstellingsregeling Wtk tweemaal gewijzigd, voor het laatst op 1 januari 2006, ingevolge de invoering van de Vrijstellingsregeling Wet financiële dienstverlening.⁶ Hiermee is het einde echter nog niet in zicht, aangezien met de invoering van de Wft de PMP-definitie wederom op de schop zal gaan. Het is de bedoeling

1. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 146.

2. Op grond van art. 3 Vrijstellingsregeling Wtk is nog een vrijstelling beschikbaar. In beide gevallen mits voldaan is en wordt aan art. 4 Vrijstellingsregeling Wtk.

3. Art. 1 beleidsregel 2005 kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk, Stcrt. 2004, 254 (hierna: de Beleidsregel).

4. Zie art. 3:40 lid 1 en 2 BW, alsmede art. 1.6p wetsvoorstel Wft.

5. Resp. art. 1 sub 2 jo. art. 6 sub 2 of 4 Wet op de economische delicten (gevangenisstraf tot maximaal twee jaar), en art. 90b en 90c Wtk.

6. Resp. wijziging Vrijstellingsregeling Wte, Stcrt. 2005, 125 en Vrijstellingsregeling Wfd, Stcrt. 2005, 247.

van de wetgever dat de Wft in januari 2007 kracht van wet zal krijgen, maar of dit haalbaar is, mag onzeker worden genoemd.

Wie zijn PMP's?

De lijst van marktpartijen die kwalificeren als PMP's, is limitatief ten behoeve van de rechtszekerheid. De praktijk heeft echter uitgewezen dat een limitatieve opsomming belemmerend kan werken; er bleef weinig ruimte over voor nuancering. Hoewel de laatste wetswijzigingen niet hebben getord aan het concept van de limitatieve opsomming, is de beschrijving van de diverse categorieën marktpartijen inmiddels minder concreet dan daarvoor het geval was. Aldus is gehoor gegeven aan de in de literatuur geuite wens dat er ruimte moet bestaan voor 'grijstinten'.⁷

De vraag of een wederpartij van wie gelden ter beschikking worden verkregen in de zin van de Wtk, en de vraag of degene aan wie effecten worden aangeboden in de zin van de Wte, als PMP kan worden beschouwd, worden in de bedoelde toezichtswetten verschillend beantwoord. De wetgever noemt in de wetsgeschiedenis van de Wft een verschillende uitleg van het begrip 'professioneel' niet wenselijk, met het oog op de gelijkgerichtheid van het toezichtsbelang (een partij met een bepaalde omvang en/of inhoudelijke kennis heeft niet de bescherming nodig die het publiek wel nodig heeft), alsmede vanwege de samenhang die bestaat tussen het aantrekken van gelden van, en het aanbieden van effecten aan professionelen.⁸ De Wte-PMP's en de Wtk-PMP's zullen derhalve worden samengevoegd tot één definitie van Wft-PMP's, waarbij het niet langer uitmaakt of de wederpartij een effect koopt of een lening verstrekt. Een deel van de definitie zal in de Wft zelf worden neergelegd, het andere deel zal worden opgenomen in het besluit definitiebepalingen Wft (hierna: het Besluit).⁹ Deze lijst zal zijn geënt op de thans in artikel 1a lid 3 Vrijstellingsregeling Wte opgenomen opsomming, die op haar beurt het begrip 'qualified investor' uit artikel 2 lid 1 onder e van de Prospectusrichtlijn (richtlijn 2003/71/EEG) in de Nederlandse wetgeving implementeert.¹⁰

Wtk-PMP's

Artikel 1a onderdeel e Vrijstellingsregeling Wtk bevat een limitatieve opsomming van Wtk-PMP's. Ik voorzie deze opsomming hierna van mijn opmerkingen.

7. J.M. van Dijk, Leent u wel eens van PMP's?, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 220.

8. Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 183.

9. Consultatietekst d.d. 30 november 2005, besluit definitiebepalingen Wft.

10. Zie J.M. van Dijk, Mag het een onsje anders zijn? Over de Nederlandse implementatie van de Prospectusrichtlijn, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 57 e.v.

1. Een professionele marktpartij in de zin van artikel 1a lid 3 Vrijstellingsregeling Wte (de Wte-PMP's).

Deze eerste categorie is eveneens gelimiteerd en valt uiteen in zeven subcategorieën:

Sub a. Een ieder die onder toezicht staat van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) of DNB, of van een toezichthoudende instantie van een andere staat om op de financiële markten actief te mogen zijn.

De Prospectusrichtlijn spreekt van juridische entiteiten (dus niet een ieder) die 'een vergunning hebben' om op de financiële markten actief te mogen zijn. De Minister van Financiën verstaat onder toezicht onder meer het in het bezit zijn van een vergunning of een ontheffing daarvan.¹¹ Wat nog meer onder toezicht wordt verstaan, komt echter verder niet aan de orde. Ik onderschrijf de kritiek van Van Dijk dat beide begrippen niet noodzakelijkerwijs samenvallen.¹² Anders dan Van Dijk lees ik de wetsgeschiedenis echter zo dat een persoon die in het bezit is van een vergunning, *eo ipso* onder toezicht staat; er wordt niet nader getoetst of (actief) toezicht wordt uitgeoefend op die persoon. Van groter praktisch belang lijkt mij dat de Minister van Financiën blijkens de wetsgeschiedenis slechts marktpartijen als PMP's bestempelt die onder toezicht staan van buitenlandse toezichthoudende instanties *die vergelijkbaar zijn* met de Nederlandse toezichthoudende autoriteiten.¹³ Dit is een aanzienlijke inperking van de reikwijdte van deze categorie. Deze inperking behelst een niet-toegestane afwijking ten opzichte van de Prospectusrichtlijn (die immers gericht is op maximumharmonisatie) en schept, zonder nadere aanduiding, veel rechtsonzekerheid: welke toezichthouders zijn vergelijkbaar met de Nederlandse? De bedoelde inperking zal worden gecorrigeerd in de Wft: degene die onder toezicht staat van de AFM, DNB of een buitenlandse toezichthoudende instantie, wordt aangemerkt als PMP. Deze groep is veelomvattend en omvat onder meer kredietinstellingen, beleggingsinstellingen, verzekeraars, en diverse soorten pensioenfondsen, met dien verstande dat op de betreffende instellingen enige vorm van toezicht dient te worden uitgeoefend. Degene die gedeeltelijk of onder voorwaarden is vrijgesteld of ontheven van het toezicht, wordt eveneens op grond van dit onderdeel als PMP aangemerkt.¹⁴

Sub b. Een ieder die anderszins een gereguleerde activiteit op de financiële markten uitoefent.

Hiertoe behoren alle in de vorige paragraaf vermelde instellingen, met dien verstande dat desbetreffende instellingen niet over een vergunning beschikken, maar volledig van het toezicht zijn vrijgesteld of ontheven, aangevuld met grondstoffentermijnhandelaren. Deze categorie wordt één op één overgenomen in de Wft.

11. Toelichting bij Vrijstellingsregeling Wte, Stcrt. 2005, 125, p. 6.

12. Van Dijk 2006, p. 58.

13. Zie noot 11.

14. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 377 en 378.

Sub c. De Staat der Nederlanden, tot de centrale overheid behorende buitenlandse overheidslichamen, centrale banken, een aantal decentrale Nederlandse overheidslichamen (en daarmee vergelijkbare buitenlandse overheidslichamen), internationale en supranationale instellingen.

Naar de letter is de Prospectusrichtlijn strenger ten aanzien van laatstgenoemde instellingen: 'internationale en supranationale instellingen zoals het IMF, de ECB en de EIB en andere soortgelijke internationale organisaties'.¹⁵ De Wft lijkt hierin geen verandering te gaan brengen. Het zou echter beter zijn aan te sluiten bij de Prospectusrichtlijn door de wettekst te beperken tot internationale en supranationale financiële instellingen. Dit lijkt overigens toch al de bedoeling te zijn.

Sub d. Een onderneming die volgens de meest recente jaarrekening of geconsolideerde jaarrekening voldoet aan ten minste twee van de drie volgende criteria: (i) gemiddeld aantal werknemers gedurende het boekjaar van ten minste 250, (ii) een balanstotaal van ten minste EUR 43 miljoen, en (iii) een jaarlijkse netto-omzet van ten minste EUR 50 miljoen.

Opmerkelijk is dat een entiteit die exact voldoet aan criteria (ii) en (iii), ingevolge de Vrijstellingsregeling Wte wordt aangemerkt als PMP, terwijl dit op basis van de Prospectusrichtlijn niet het geval is.¹⁶ Dit onderdeel keert bovendien ongewijzigd terug in het Besluit. Deze marktpartijen behoeven geen bescherming vanwege hun grote omvang. De gesignaleerde oneffenheid kan beter worden gladgestreken: de drempelwaardes (ii) en (iii) zouden dan pas aanvagen bij een balanstotaal en een netto-omzet groter dan respectievelijk EUR 43 en 50 miljoen.

Sub e. Een onderneming met zetel in Nederland die niet voldoet aan twee van de drie in de vorige paragraaf genoemde vereisten, heeft de mogelijkheid om zich op eigen verzoek bij de AFM te laten registreren als PMP.

Hetzelfde geldt voor natuurlijke personen met woonplaats in Nederland die voldoen aan ten minste twee van de drie volgende criteria: (1) in het voorafgaande jaar ten minste veertig omvangrijke transacties op de financiële markten verricht, (2) de beschikking over een effectenportefeuille van ten minste EUR 500.000 (de Prospectusrichtlijn spreekt over 'meer dan' in plaats van ten minste, in het Besluit zal deze vergissing worden hersteld), en (3) de belegger is ten minste een jaar werkzaam geweest in de financiële sector, waarvoor kennis van beleggingen in effecten is vereist. Volgens de wetsgeschiedenis is gekozen voor een systeem van 'self certification'. De AFM, kennelijk beducht voor civielrechtelijke aansprakelijkheid, toetst niet of een natuurlijk persoon daadwerkelijk aan deze voorwaarden voldoet en gaat derhalve af op de schriftelijke verklaring van verzoeker dat hij voldoet aan twee of meer van de gestelde voorwaar-

den. Uitgevende instellingen kunnen in het register nagaan of een persoon geregistreerd is en zodoende PMP is. Opmerkelijk is dat de wetsgeschiedenis de registerinschrijving een constitutief vereiste noemt om te worden aangemerkt als PMP,¹⁷ terwijl de wettekst (en in ieder geval geldt dit voor de definitie in de Prospectusrichtlijn) erop duidt dat de verzoeker reeds op het moment dat het verzoek is gedaan, kwalificeert als PMP. Daarnaast kunnen slechts personen met zetel of woonplaats in Nederland worden geregistreerd. Dit wordt gerechtvaardigd door erop te wijzen dat het verbod van artikel 3 lid 1 Wte slechts geldt voor het aanbieden van effecten in Nederland. De (Vrijstellingsregeling) Wtk ontbeert echter een dergelijke territoriale component; de wetgever lijkt zich niet te hebben gerealiseerd dat deze categorie doorwerkt in de definitie van Wtk-PMP. In het Besluit wordt dit niet rechtgetrokken. Ten slotte merk ik op dat in de op dit punt summier toelichting bij het Besluit gesproken wordt over de relevante toezichthouder die bepaalde personen als PMP aanmerkt en die het verzoek daartoe inwilligt mits aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Dit levert een breuk op met het systeem van de 'self certification' (en met de Prospectusrichtlijn) en lijkt voor de relevante toezichthouder een verificatieplicht te scheppen.

Sub f. Een onderneming met als enig ondernemingsdoel het beleggen in effecten, die niet beschikt over een vergunning en niet-gereguleerd is.

De wetsgeschiedenis noemt bij wijze van voorbeeld hedge funds, aangezien deze op Europees niveau (nog) niet gereguleerd zijn, terwijl deze instellingen (uiteraard) wel professioneel zijn. Dit uit de Prospectusrichtlijn afkomstige onderdeel keert terug in het Besluit.

Sub g. Spv's die speciaal zijn opgericht voor het verrichten van securitisatietransacties, waarbij activa worden verkregen die strekken tot zekerheid van aangeboden of aan te bieden effecten.

Het spv behoeft niet gereguleerd te zijn, en is ook vóór de aanbidding (de zogenoemde 'warehousing'-periode, waarin activa reeds door het spv worden gekocht met van de banken geleende gelden) reeds PMP. Mij lijkt relevant of het spv volgens zijn statutaire doelomschrijving gericht is op het verrichten van securitisatietransacties en niet zozeer of deze onderneming daartoe speciaal is opgericht. Deze categorie keert ongewijzigd terug in het Besluit.

2. Een onderneming met een balanstotaal dat aan het einde van het jaar voorafgaand aan het ter beschikking stellen van de gelden ten minste EUR 500 miljoen bedraagt.

De wetsgeschiedenis biedt geen antwoord op de vraag wat moet worden verstaan onder jaar; waarschijnlijk is dat met jaar wordt bedoeld boekjaar en niet kalenderjaar. Duidelijker ware geweest indien was gesproken over de meest

15. Zie ook Van Dijk 2006, p. 59.

16. Zie ook Van Dijk 2006, p. 59.

17. Toelichting bij Vrijstellingsregeling Wte, Stcrt. 2005, 125, p. 11.

recente jaarrekening, zoals dit ook het geval is bij de onder 1 sub d behandelde groep. Afgezien van mijn vermoeden dat een onderneming met een balanstotaal van EUR 100 miljoen of 200 miljoen waarschijnlijk ook wel voldoende deskundig zal zijn (de maatstaf is willekeurig), blijft het merkwaardig dat een nieuw opgerichte vennootschap, die gedurende soms langere tijd niet de beschikking heeft over dergelijke financiële gegevens (verlengd eerste boekjaar), reeds om deze reden niet op grond van dit onderdeel als PMP wordt beschouwd. Deze categorie keert niet terug in het Besluit. De opmerking in de wetsgeschiedenis van de Wft dat de Wft-PMP in zijn geheel – dus het deel van de definitie in de wet en het deel in het Besluit samen – alle onderdelen van de Wtk-PMP omvat, lijkt me dan ook te stellig, al zal het vervallen van deze groep de praktijk niet voor onoverkomelijke problemen stellen.

3. Een onderneming of natuurlijk persoon met een netto eigen vermogen aan het einde van het jaar voorafgaand aan het ter beschikking stellen van de gelden van ten minste EUR 10 miljoen, en die gedurende twee aangesloten jaren daaraan voorafgaand ten minste 24 keer actief is geweest op de financiële markten.

Het in de vorige paragraaf gestelde geldt *mutatis mutandis* voor dit onderdeel; opvallend is dat deze categorie niet terugkeert in het Besluit. Deze personen kunnen de competente toezichthouder op grond van het Besluit weliswaar verzoeken om als PMP te worden aangemerkt, maar duidelijk moge zijn dat dit een beperking inhoudt, die een gevolg is van de door de wetgever gekozen weg om zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de Prospectusrichtlijn-definitie. Het opnemen van een deel van de PMP-definitie in het Besluit wordt door de wetgever gerechtvaardigd door te stellen dat de criteria vermoedelijk vaker aanpassing behoeven dan de definities die zullen worden neergelegd in de Wft zelf. Er is zodoende ruimte voor flexibiliteit. Dit klinkt als een rationeel argument, maar bedacht moet worden dat de Wft-definitie zal zijn gebaseerd op de Prospectusrichtlijn-definitie, die deze ruimte niet biedt. Het lijkt me *a priori* duidelijk dat het Besluit slechts in materiële zin zal worden aangepast, indien een wijziging van de Prospectusrichtlijn daartoe noopt.

4. Een dochtermaatschappij van een Wte-PMP, welke dochtermaatschappij wordt betrokken in toezicht op geconsolideerde basis op de PMP.

De reikwijdte van deze categorie is opmerkelijk en lijkt niet goed doordacht. Nu kwalificeren immers alle dochtermaatschappijen van *iedere* Wte-PMP als Wtk-PMP, voorzover de dochtermaatschappij wordt meegeconsolideerd in de balans van de moeder waarop toezicht wordt uitgeoefend. Dit is een verruiming ten opzichte van de oude situatie en spoort niet met de aanstaande wetgeving. Op grond van de Wft is een dochtermaatschappij van een instelling die behoort tot categorie 1 sub a (maar, voor de duidelijkheid, niet tot de categorieën 1 sub b-g) eveneens PMP, maar slechts voorzover (1) desbetreffende dochtermaatschappij

wordt meegeconsolideerd in de balans van de moeder, en (2) de moedermaatschappij in Nederland is gevestigd. Het tweede criterium acht ik overigens arbitrair, vooral ten opzichte van moedermaatschappijen die in een andere lidstaat zijn gevestigd.

*5. Een onderneming of instelling die een waardering heeft van een naar het oordeel van DNB deskundige kredietbeoordelaar of die effecten aanbiedt die voorzien zijn van een waardering van een dergelijke beoordelaar.*¹⁸

Deze categorie stemt gedeeltelijk overeen met categorie 1 sub g. Een onderneming die effecten heeft uitgegeven die voorzien zijn van een waardering (dit kan een slechte waardering zijn), kwalificeert nu nog als PMP, maar zal dit vanwege de Wft niet langer zijn.

Verificatieplicht geldnemer?

Op grond van artikel 2 Beleidsregel, alsmede de daarbij door DNB gegeven toelichting, dient de geldnemer zich bij het aantrekken van gelden ervan te vergewissen dat de geldgevers waarvan hij de identiteit redelijkerwijs kan kennen, PMP's zijn. Aan deze verificatieplicht wordt geacht te zijn voldaan indien de geldnemer er redelijkerwijs van uit kan gaan dat de geldgevers PMP's zijn op basis van onder meer (1) informatie afkomstig uit publieke registers, of (2) de uitdrukkelijke verklaring van de geldgevers, tenzij de geldnemer weet of behoort te weten dat deze verklaring onjuist is. Volgens de Beleidsregel kan niet worden volstaan met opname van een bepaling in een overeenkomst waarmee de geldgever door ondertekening verklaart PMP te zijn. In die situatie dient de geldnemer (1) zich ervan te vergewissen dat de geldgever uitdrukkelijk instemt met de desbetreffende bepaling, en (2) te verklaren op de hoogte te zijn van de gevolgen die deze instemming (voor de geldgever) heeft. Gelukkig heeft DNB inmiddels (informeel) bevestigd dat een uitdrukkelijke verklaring van die strekking van 'professionele' geldgevers in een (gesyndiceerde) leningsovereenkomst voldoende is, hetgeen voor de financieringspraktijk van groot belang is.

Hoewel aan DNB niet de bevoegdheid toekomt om verplichtingen in het leven te roepen die niet zijn opgenomen in een wettelijke bepaling (te weten art. 2 Vrijstellingsregeling Wtk), wordt in de praktijk begrijpelijkerwijs groot gewicht toegekend aan de mening van de competente toezichthouder. Op grond van het adagium dat indien het meerdere is toegestaan, dit *a fortiori* geldt voor het mindere, valt moeilijk te begrijpen waarom een onderneming of natuurlijk persoon zich bij de AFM zonder enige vorm van toetsing kan laten registreren als PMP en aldus in zijn algemeenheid afstand kan doen van de bescherming die desbetreffende onderneming of persoon op grond van de

¹⁸ Zie voor een lijst van door DNB erkende ratinginstellingen: Handboek Wtk, www.dnb.nl/dnb/pagina.jsp?pid=tcm:12-40446-64, januari 2005, 9001/4.

relevante toezichtswetten toekomt (zie categorie 1 sub e), terwijl dit in een specifieke situatie volgens de toezichthouder (!) niet toegestaan is.

Om de opvatting van DNB van een wettelijke basis te voorzien, wordt deze integraal overgeheveld naar de toelichting bij de Wft.¹⁹ Betwijfeld kan worden of een toelichting wel de juiste plaats daarvoor is, of dat dit in de Wft of een AMvB zelf zou moeten worden geregeld. In de toelichting bij de Wft wordt opgemerkt dat een toelichting nooit een (verificatie)verplichting voor de geldnemer in het leven kan roepen die niet in de wet zelf is opgenomen. De vraag of de geldnemer heeft geverifieerd dat hij te maken heeft met een PMP, wordt volgens de wetgever pas van belang indien hij gelden aantrekt van het publiek. Immers, de geldnemer (niet bank) overtreedt de wet pas indien hij gelden aantrekt van niet-PMP's. Indien dit het geval is, maar de geldnemer zo goed als redelijkerwijs mogelijk is heeft getracht te voorkomen dat hij gelden aantrekt van niet-PMP's, kan dit een reden zijn om niet op te treden tegen de overtreding van de in de wet opgenomen verboden. Het valt te hopen dat de voorgestelde wettekst gewijzigd wordt, zodat een geldnemer die weet noch behoort te weten dat een geldgever niet-PMP is, niet in strijd handelt met de relevante verboden uit de Wft.

Tot slot

Van het in artikel 3 lid 1 Wte opgenomen verbod om effecten zonder goedgekeurd prospectus aan te bieden aan het publiek wordt onder meer vrijstelling verleend indien de nominale waarde van de aangeboden effecten ten minste EUR 50.000 bedraagt. In overeenstemming hiermee wordt aan een persoon die effecten met een coupuregrootte van ten minste EUR 50.000 heeft uitgegeven, vrijstelling verleend van het in artikel 82 lid 1 Wtk opgenomen verbod. Artikel 3 van de Bankenrichtlijn vormt de grondslag van laatstgenoemd verbod, maar staat opmerkelijk genoeg het aantrekken van gelden van het publiek door een niet-kredietinstelling slechts toe, indien deze werkzaamheden onderworpen zijn aan reglementering en controle ter bescherming van geldgevers, hetgeen bij deze vrijstelling niet het geval is. In lijn met genoemde vrijstellingen zou ik het logischer vinden dat eveneens vrijstelling wordt verleend van het in artikel 6 Wtk opgenomen verbod, indien een onderneming gelden aantrekt door uitgifte van effecten met een coupuregrootte van ten minste EUR 50.000 en niet pas bij een coupuregrootte van ten minste EUR 100.000, zoals op grond van de Beleidsregel nu nog vereist wordt.

*Mr. B.A. Boersma
NautaDutilh*

19. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 377.