

Vergaderjaar 2004–2005

29 708

Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht)

Nr. 11

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 26 oktober 2004 en het nader rapport d.d. 4 maart 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 28 juli 2004, no. 04.003014, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging op het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), met toelichting.

Deze nota van wijziging (hierna: het voorstel) strekt ertoe het deel prudentieel toezicht, als deel 2, in te voegen in het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht, Wft²). Het deel prudentieel toezicht voorziet primair in regels ter bevordering van de stabiliteit van het financiële stelsel en het vertrouwen in de financiële sector en tevens ter bescherming van de afnemers van financiële diensten. De prudentiële toezichtregels bestaan vooral uit bedrijfseconomische normen. Hiertoe behoren onder andere de solvabiliteits- en liquiditeitsvereisten, die erop zijn gericht dat een financiële onderneming te allen tijde aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen. Deze toezichtregels beogen het risico van faillissement te beheersen, zonder dit overigens in een markteconomie te kunnen uitsluiten.

De prudentiële toezichtregels in het voorstel zijn grotendeels overgenomen uit de bestaande sectorale toezichtwetten, die opgaan in de Wft. Het betreft hier de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (hierna: Wtv 1993), de Wet toezicht kredietinstellingen 1992 (hierna: Wtk 1992) en de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf (hierna: Wtn). Het voorstel bevat vier inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van deze bestaande wetten (zie hierna onder 5), alsmede regels die strekken tot harmonisatie van verschillen tussen bepalingen in de bestaande toezichtwetten. Verder strekken de prudentiële toezichtregels ter implementatie van verschillende richtlijnen. Bij de advisering over het voorstel heeft de Raad van State zich in het bijzonder gericht op de overzetting van de huidige toezichtwetten naar de Wft en op het behoud van correcte implementatie van de relevante richtlijnen bij die overzetting. Tevens is de verhouding bezien tussen het voorstel en thans aanhangige wijzigingen van sectorale toezichtswetten.³ De Raad onderschrijft de strekking van het voorstel, maar maakt opmerkingen met betrekking tot het wetgevingsproces, en tot verschillende Europese en juridisch-technische aspecten. Hij is van oordeel dat in verband daarmee op een aantal punten aanpassing van het voorstel wenselijk is.

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.

² Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 1.

³ Zie bijvoorbeeld het voorstel van wet tot wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en van de Faillissementswet in verband met de uitvoering van richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125), waarover de Raad op 7 september 2004 advies heeft uitgebracht (no. W06.04.369/IV); hierna: wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 28 juli 2004, nr. 04.003014, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde ontwerp rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 26 oktober 2004, nr. W06.04.0402/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Wetgevingsproces

In zijn advies over het eerste deel van de Wft maakte de Raad een aantal kritische opmerkingen over het gekozen wetgevingstraject. Hij wees erop dat de gekozen aanpak in de weg staat aan een beoordeling van het wetsvoorstel in de samenhang van al zijn onderdelen. Hij maakte het uitdrukkelijk voorbehoud dat hij zou terugkomen op dat advies indien de later aan hem voor te leggen onderdelen daartoe aanleiding zouden geven.¹

In het verlengde van deze opmerking merkt de Raad op dat hij niet in staat is een volledig oordeel te vellen over het nu voorgestelde deel 2 van de Wft. Het is in het bijzonder een bezwaar dat de Raad dit onderdeel niet kan beoordelen in samenhang met deel 3 van het wetsvoorstel (het onderdeel over het gedragstoezicht), dat pas bij de volgende nota van wijziging aan de Raad zal worden voorgelegd, en in samenhang met afdeling 1.3 (samenwerking toezichthouders) van het algemeen deel, dat pas tegelijk met deel 3 aan de Raad voorgelegd zal worden. Pas als ook deze twee teksten beschikbaar zijn, kan een oordeel worden gegeven over de consistentie tussen deel 2 en deel 3 in opbouw, definities en andere gebruikte begrippen en niveau van regeling. Hetzelfde geldt voor de verhouding en de afstemming tussen De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor wat betreft de preventieve toetsing bij markttoetreding, het toezicht op de bedrijfsvoering en het verlenen van ontheffingen. De Raad maakt in verband met het voorgaande opnieuw een uitdrukkelijk voorbehoud. Hij zal dat op enkele plaatsen in dit advies herhalen.

1. Wetgevingsproces

De Raad beoordeelt nu het Deel Gedragstoezicht van het wetsvoorstel. Mocht dit deel, in samenhang met de eerste twee delen van het wetsvoorstel, de Raad aanleiding geven tot het maken van nadere opmerkingen die het Deel Prudentieel toezicht betreffen, dan kunnen deze opmerkingen worden meegenomen bij de nog in te dienen nota van wijziging waarmee het Deel Gedragstoezicht aan het wetsvoorstel zal worden toegevoegd.

2. Implementatie van EG-richtlijnen

2.1. Transponeringstabel

Bij het voorstel voor het eerste deel – het Algemeen deel – van de Wft zoals dat bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal is ingediend, is als bijlage een transponeringstabel gevoegd die een overzicht geeft van de richtlijnen die met het Algemeen deel geïmplementeerd worden. Bij de onderhavige nota van wijziging zoals deze is voorgelegd aan de Raad was geen transponeringstabel gevoegd met een overzicht van richtlijnimplementatie ingevolge dit deel van het wetsvoorstel. Op verzoek van de Raad is een dergelijke tabel een aantal weken na het aanhangig maken van het voorstel alsnog onderhands aangeboden. Een dergelijke transponeringstabel is onmisbaar voor een adequate beoordeling van het wetsvoorstel. Daarom betreurt de Raad deze werkwijze. De Raad is van mening dat een complete transponeringstabel gemaakt dient te worden, die conform aanwijzing 344 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) aangeeft welke bepalingen van welke richtlijnen zijn geïmplementeerd in welke onderdelen van het wetsvoorstel. Inmiddels heeft de minister naar aanleiding van het advies van de Raad over het eerste deel van de Wft in het nader rapport bij dat deel van het wetsvoorstel deze tabel toegezegd.² De Raad adviseert om zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk bij het aan de Raad voorleggen van deel 3 van de Wft een dergelijke tabel gereed te hebben.

2.1 Transponeringstabel

Conform het verzoek van de Raad zijn transponeringstabellen opgesteld, waarin een overzicht wordt gegeven van de richtlijnimplementatie ingevolge dit deel van het wetsvoorstel. Deze tabellen worden als bijlagen bij de toelichting gevoegd.

¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, punt 1.

² Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, punt 2.1.

2.2. Verruiming ten opzichte van de richtlijnen

Het voorstel bevat onder meer de (hernieuwde) implementatie van een aantal richtlijnen. Op enkele onderdelen is sprake van afwijking van de desbetreffende richtlijn, doordat het voorstel ten opzichte van die richtlijn verder gaat in zijn inperking (zie hierna onder 10.d en 13.1.d), of meer omvat (zie hierna, onder 15.b). Een dergelijke afwijking vereist rechtvaardiging. Met het oog op die rechtvaardiging merkt de Raad in algemene zin op dat indien afwijking van een richtlijn wordt overwogen, allereerst dient te worden geanalyseerd of de desbetreffende richtlijn daarvoor de ruimte biedt. Indien de richtlijn zich niet uitspreekt over de verruiming of de richtlijn het aan de lidstaat overlaat de verruiming al dan niet aan te brengen, dient voorts te worden nagegaan of het EG-Verdrag zich al dan niet tegen zo'n verruiming verzet. Hetzelfde geldt als het onderwerp van de verruiming niet door de richtlijn wordt bestreken. Het resultaat van de hiervoor bedoelde analyse en toetsing dient bij een positieve uitkomst voor de voorgenomen afwijking te worden neergelegd in de toelichting, om aldus die afwijking te rechtvaardigen.

De Raad zal in de hiervoor genoemde onderdelen van dit advies in overweging geven om in de bedoelde rechtvaardiging te voorzien. Hij adviseert voorts om de eis van een toereikende rechtvaardiging ook voor de andere delen van de Wft goed na te leven.

2.2 Verruiming ten opzichte van de richtlijnen

Bij het tot stand brengen van deze nota van wijziging is, bij de implementatie van richtlijnen, als uitgangspunt genomen niet verder te gaan dan het door de richtlijn voorgeschreven minimumniveau van regulering. Waar van dit uitgangspunt wordt afgeweken, is deze keuze in de toelichting bij de desbetreffende bepalingen gemotiveerd.

2.3. Overname definities

De Raad acht het geboden dat bij de implementatie van een richtlijn de definities in die richtlijn zo nauwkeurig mogelijk worden overgenomen. Afwijking houdt risico's in, en compliceert eventuele (al dan niet afgedwongen) terugkeer naar de tekst van de richtlijn in de toekomst.

Hierna, onder 6.6, 15.c en 15.d, zal de Raad in overweging geven overeenkomstig dit uitgangspunt definiëren. Hij adviseert voorts om dit uitgangspunt ook voor de andere delen van de Wft goed na te leven.

2.3 Overname definities

Bij de definiëring van begrippen in het wetsvoorstel wordt ernaar gestreefd zo nauwkeurig mogelijk aan te sluiten bij eventuele richtlijndefinities. Waar van deze hoofdregel wordt afgeweken, is deze keuze in de toelichting bij de desbetreffende bepalingen gemotiveerd.

Voorts wordt opgemerkt dat de definities die waren opgenomen in artikel 2:1 van de aan de Raad verzonden versie van de nota van wijziging grotendeels in het Algemeen deel van het wetsvoorstel (in artikel 1:1) zullen worden opgenomen. Dit wordt onder 6.1 nader toegelicht.

3. Opzet van de nota van wijziging

De opzet van het voorstel maakt dat dit deel van de Wft minder gemakkelijk leesbaar is. Dit komt doordat de tekst van het merendeel van de afdelingen is onderverdeeld in paragrafen met de artikelen die van toepassing zijn op respectievelijk financiële ondernemingen met zetel in Nederland, met zetel in een andere lidstaat, met zetel in een staat die geen lidstaat is en met zetel in een niet-aangewezen staat. In deze laatste categorie, financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat, wordt geen onderscheid gemaakt tussen financiële ondernemingen met zetel in een lidstaat, of in een staat die geen lidstaat is. Het betreft hier clearinginstellingen en natura-uitvaartverzekeraars, waarvoor de regels niet in Europees verband zijn geharmoniseerd.¹

Volgens de toelichting maakt deze opzet het mogelijk dat financiële ondernemingen op eenvoudige wijze op basis van de plaats van hun zetel, per onderwerp kunnen zien welke bepalingen op hen van toepassing zijn. Verder worden zo herhalingen in de wettekst voorkomen.²

Deze opzet brengt echter met zich dat de bepalingen die van belang zijn voor een bepaalde onderneming niet bij elkaar staan. In reacties op het voorontwerp is op deze opzet kritiek geuit en is voorgesteld om te kiezen voor een

¹ Toelichting, hoofdstuk 5, laatste tekstblok.

² Toelichting, paragraaf 8.2, Uitwerking functioneel toezichtmodel, eerste tekstblok.

indeling per soort onderneming, zodat bijvoorbeeld alle regels voor een bank bij elkaar staan.¹

De Raad kan zich vinden in de gekozen opzet. Dit kan er echter niet aan afdoen dat deze opzet ertoe leidt dat de tekst minder goed toegankelijk is voor afzonderlijke categorieën ondernemingen. De Raad adviseert om aan dat bezwaar tegemoet te komen door in een bijlage bij de toelichting² geordend per categorie onderneming aan te geven welke artikelen op haar van toepassing zijn.

3. Opzet van de nota van wijziging

Conform het advies van de Raad wordt in een bijlage bij de toelichting op de nota van wijziging per categorie onderneming schematisch aangegeven welke artikelen op haar van toepassing zijn.

4. De toelichting

a. Sommige bepalingen van het voorstel zijn slechts van een zeer beperkte toelichting voorzien.³ De Raad adviseert elk artikel op een toereikende wijze toe te lichten. Indien er sprake is van een woordelijke overzetting van bepalingen uit de bestaande sectorale toezichtwetten acht de Raad het wenselijk dat in beginstel ook de desbetreffende toelichting wordt overgenomen. Dit bevordert, na het intrekken van de desbetreffende sectorale wetten, de kenbaarheid en toegankelijkheid van deze toelichting in de nieuwe Wft.

b. De Raad constateert dat het voorstel in een aantal gevallen niet duidelijk aangeeft op welke Europese richtlijnen het is gebaseerd. Voorbeelden daarvan zijn de voorgestelde artikelen 2:44, 2:54, 2:62 en 2:72, alsmede 2:282 tot en met 2:292 Wft. De Raad adviseert om in de artikelsgewijze toelichting op deze bepalingen steeds aan te geven op welke richtlijnbevestigingen ze zijn gebaseerd. Met betrekking tot artikel 2:293, eerste lid, onder f, Wft dient de toelichting aan te geven om welke specifieke richtlijnbevestiging het gaat. In een aantal gevallen vermeldt de artikelsgewijze toelichting een richtlijn zonder daarbij de vindplaats te noemen.⁴ De Raad adviseert om in het voorstel de richtlijnen steeds conform aanwijzing 89 Ar aan te halen.

c. Wanneer een bepaling uit het voorstel een uitbreiding of wijziging betekent ten opzichte van het desbetreffende sectorale toezichtwet acht de Raad daarvoor een dragende motivering in de toelichting noodzakelijk. De Raad constateert dat een dergelijke motivering ontbreekt bij verschillende artikelen die een materiële uitbreiding bevatten ten opzichte van de huidige sectorale wetgeving. Door de cross-sectorale benadering van de Wft is het bereik van sommige artikelen die zijn overgenomen uit de huidige wetgeving uitgebreid naar meer soorten financiële ondernemingen. De Raad noemt als voorbeeld artikel 2:225 Wft, gebaseerd op artikel 171 Wtv 1993. Deze laatste bepaling is thans, met uitzondering van het eerste lid, alleen van toepassing op verzekeraars. In de toelichting ontbreekt een motivering waarom in de Wft het eerste lid ook van toepassing is op kredietinstellingen. Een ander voorbeeld vormen de artikelen 2:197, 2:199, 2:207, tweede tot en met zevende lid, 2:204, 2:215, 2:218 en 2:223 Wft, die thans niet in de Wtn voorkomen, maar wel zullen gelden voor Nederlandse natura-uitvaartverzekeraars en natura-uitvaartverzekeraars met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland. Ook kan worden genoemd artikel 2:166 Wft, dat van toepassing is op verzekeraars, maar thans alleen voorkomt in de Wtv 1993, en niet ook in de Wtn. Voorts wijst de Raad op de hierna (zie onder andere de paragrafen 5.2.a, 10.a en 13.2.a en e) te behandelen andere punten van verschil tussen de huidige sectorale wetten en de Wft. De Raad adviseert alle uitbreidingen of wijzigingen in de Wft ten opzichte van de huidige sectorale wetten in de toelichting toereikend te motiveren.

4. De toelichting

4.a. De toelichting op enkele onderdelen van de nota van wijziging, waaronder de artikelen 2:17 (vernummerd tot 2:15), 2:29 (2:28), 2:36 (2:35), 2:42 (2:44), 2:53 (2:56), 2:160 (2:165), 2:175 (2:182) en 2:198 (2:200) en paragraaf 2:5.8.4, is verder uitgewerkt. Daar waar een bepaling uit een bestaande sectorale

¹ De Raad van de Effectenbranche, de Nederlandse Vereniging van Banken en het Verbond van Verzekeraars hebben op deze problematiek gewezen; zie memorie van toelichting, paragraaf 8.2, Uitwerking functioneel toezichtmodel, eerste tekstblok.

² Deze bijlage kan als uitgangspunt dienen voor te geven voorlichting.

³ Zie bijvoorbeeld de artikelsgewijze toelichting op paragraaf 2.5.8.4 en op de artikelen 2:17, 2:42, 2:53, 2:160, 2:175 en 2:198.

⁴ Zie bijvoorbeeld de *prospectusrichtlijn* in de toelichting op artikel 2:1 onder bb, de BCCI-richtlijn in de toelichting op artikel 2:42, de *richtlijn elektronisch geld* in de toelichting op artikel 2:59 en de *ficorichtlijn* in de toelichting op artikel 2:293, eerste lid, onder f.

toezichtwet letterlijk wordt overgenomen, wordt in beginsel ook de bijbehorende toelichting – soms in verkorte vorm – in de toelichting overgenomen.

4.b. De toelichting op de artikelen 2:1, onderdeel bb (1:1, onderdeel bbbb), 2:42 (2:44), 2:44 (2:46), 2:54 (2:57), 2:59 (2:63), 2:62 (2:12), 2:72 (2:78) en 2:282 (2:293) tot en met 2:292 (2:302) is conform het advies van de Raad aangevuld. De toelichting op artikel 2:293 (2:303), eerste lid, onderdeel f, behoeft evenwel geen aanvulling, omdat reeds was aangegeven om welke specifieke richtlijn-bepaling het gaat.

4.c. De toelichting op de artikelen 2:225 (2:233), 2:197 (2:199), 2:198 (2:200), 2:199 (2:201), 2:204 (2:206), 2:207 (2:209), 2:215 (2:223), 2:218 (2:226) en 2:223 (2:231) is uitgebreid met opmerkingen betreffende natura-uitvaartverzekeraars. Artikel 2:166 (2:173) kent qua reikwijdte geen uitbreiding ten opzichte van de huidige situatie. Voor natura-uitvaartverzekeraars wordt met artikel 2:166 (2:173) het huidige artikel 56 van de Wtn overgenomen.

5. Inhoudelijke vernieuwingen ten opzichte van de huidige sectorale wetten Naast het stroomlijnen van de prudentiële normen uit de bestaande sectorale wetten introduceert dit voorstel vier inhoudelijke vernieuwingen ten opzichte van deze wetten: splitsing van het toezicht op de bedrijfsvoering, introductie van een nieuwe definitie van kredietinstelling (zie daarvoor paragraaf 6.2), aanpassing van het stelsel van de verklaring van geen bezwaar en opname van de collectieve garantieregeling en de beleggerscompensatieregeling in de wet zelf.

5.1. Splitsing van het toezicht op de bedrijfsvoering

Zoals al hiervoor, onder 1, is opgemerkt, maakt de Raad een voorbehoud ten aanzien van zijn beoordeling van de regeling van het toezicht op de bedrijfsvoering van financiële ondernemingen zoals dat zal moeten worden uitgeoefend na het effectueren van de eerste inhoudelijke vernieuwing die in de Wft is opgenomen. Het gaat hier om de intussen bekende kanteling van het toezicht. Deze kanteling betekent dat het toezicht op de bedrijfsvoering van financiële ondernemingen voorzover mogelijk wordt gesplitst in prudentiële elementen (geregeld in deel 2 van de Wft) en gedragselementen (geregeld in deel 3 van de Wft). De Raad zal, indien hij daarvoor dan aanleiding ziet, op deze splitsing terugkomen nadat ook deel 3 alsmede de tekst van afdeling 1.3 van het Algemeen deel, over de samenwerking tussen DNB en AFM, aan hem om advies zullen zijn voorgelegd, omdat hij pas dan volledig zicht zal hebben gekregen op het geheel van het toezicht zoals de Wft dat zal regelen.

5. Inhoudelijke vernieuwingen ten opzichte van de huidige sectorale wetten

5.1 Splitsing van het toezicht op de bedrijfsvoering

De Raad beoordeelt nu het Deel Gedragstoezicht van het wetsvoorstel. Mocht dit deel, in samenhang met de eerste twee delen van het wetsvoorstel, de Raad aanleiding geven tot het maken van nadere opmerkingen die het Deel Prudentieel toezicht betreffen, dan kunnen deze opmerkingen worden meegenomen bij de nog in te dienen nota van wijziging waarmee het Deel Gedragstoezicht aan het wetsvoorstel zal worden toegevoegd.

5.2. Stelsel van de verklaring van geen bezwaar

a. De Raad constateert dat het in het voorstel neergelegde stelsel van de verklaring van geen bezwaar (vvgb) op een aantal punten afwijkt van de huidige wetgeving. Ten eerste ziet het voorgestelde vvgb-stelsel niet op gekwalificeerde deelnemingen in een erkende effectenbeurs, zoals thans het geval is (artikel 26a Wet toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Wte 1995)). Daarnaast is het vvgb-stelsel in de Wft niet zoals naar het huidige recht (artikel 16, eerste lid, Wte 1995) ook van toepassing op beleggingsondernemingen met zetel buiten de Europese Unie (EU) die van de AFM een vergunning hebben verkregen. Ten slotte is volgens de toelichting¹ artikel 2:123 Wft naar inhoud gelijk aan artikel 16, vierde lid, Wte 1995. Het toetsingscriterium van artikel 2:123, onder a, Wft vloeit strikt genomen echter niet voort uit artikel 16 Wte 1995.

¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:123 Wft.

De Raad adviseert om toe te lichten waarom in de vorengenoemde gevallen afgeweken wordt van de huidige wetgeving en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Op grond van artikel 2:128, vierde lid, aanhef en onder c, Wft kan DNB beperkingen stellen aan een vvgb onder meer indien er sprake is van strijd met een gezond bankbeleid. Een vergelijkbare bepaling vormt artikel 2:123, aanhef en onder c, Wft, waar is bepaald dat een vvgb niet verleend wordt indien er sprake is van strijd met een gezond bankbeleid. Bij de laatstgenoemde bepaling geldt als voorwaarde dat er sprake is van een gekwalificeerde deelneming in een bank met zetel in Nederland. Deze vermelding blijft in artikel 2:128, vierde lid, onder c, Wft achterwege.

De Raad adviseert om beide bepalingen met elkaar in overeenstemming te brengen, althans het verschil ertussen te motiveren.

c. Gelet op de verwijzing in artikel 2:129, eerste lid, Wft, naar bepalingen in het deel gedragtoezicht is niet duidelijk op welke categorie beheerders het vvgb-stelsel van toepassing is. De Raad maakt met betrekking tot dit punt dan ook een voorbehoud.

5.2. Stelsel van de verklaring van geen bezwaar

a. De Raad constateert terecht dat het stelsel van de verklaring van geen bezwaar (vvgb) in het Deel Prudentieel toezicht niet ziet op gekwalificeerde deelnemingen in effectenbeurzen. De reden daarvoor is dat het vvgb-stelsel voor gekwalificeerde deelnemingen in een effectenbeurs naar zijn aard niet in het Deel Prudentieel toezicht thuishoort. De toetsingsgronden voor een aanvraag voor een vvgb voor een gekwalificeerde deelneming in een effectenbeurs (ordelijke en transparante financiële marktproces en zuivere verhoudingen tussen marktpartijen) zijn niet prudentieel van aard. Daarom wordt artikel 26a van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (dat ziet op het vvgb-stelsel voor gekwalificeerde deelnemingen in effectenbeurzen) in het Deel Gedragtoezicht opgenomen, zodat wat dit betreft geen afwijking zal ontstaan ten opzichte van de Wte 1995.

Op grond van artikel 16 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 geldt ook voor gekwalificeerde deelnemingen in een beleggingsonderneming met zetel buiten de Europese Unie een vvgb-plicht. Voor gekwalificeerde deelnemingen in verzekeraars en kredietinstellingen met zetel buiten de Europese Unie is destijds door de wetgever ervoor gekozen geen vvgb-plicht op te nemen. Achterliggende gedachte hierbij was dat het niet zinvol is een vvgb-plicht te introduceren voor gekwalificeerde deelnemingen in financiële ondernemingen met zetel buiten de Europese Unie. Aangezien de zetel van de betreffende financiële onderneming zich bevindt buiten de Europese Unie zal de handhaving op problemen kunnen stuiten. Gelet hierop, in het kader van harmonisatie en gelet op de beoogde vermindering van de administratieve lasten wordt voorgesteld de vvgb-plicht voor gekwalificeerde deelnemingen in beleggingsondernemingen met zetel buiten de Europese Unie af te schaffen. De opmerking van de Raad met betrekking tot artikel 2:123 (2:127), onder a, is juist. Artikel 2:123 (2:127), onder a, is zodanig aangepast dat het niet ziet op de toetsing van gekwalificeerde deelnemingen in beleggingsondernemingen en icbe-beheerders.

b. De opmerking van de Raad om artikel 2:128 (2:132), vierde lid, aanhef en onder c, in overeenstemming te brengen met artikel 2:123 (2:127), aanhef en onder c, is overgenomen. Het betreffende artikel is hiertoe aangepast.

c. Artikel 2:129 (2:133), waarnaar de Raad verwijst, heeft alleen betrekking op beleggingsondernemingen. Voor zover de Raad zich afvraagt op welke categorie beheerders het vvgb-stelsel in afdeling 2.3.10 ziet, merk ik het volgende op. Voor gekwalificeerde deelnemingen in beheerders van een instelling voor collectieve belegging in effecten geldt op grond van afdeling 2.3.10 een vvgb-plicht. Deze verplichting is neergelegd in artikel 12, tiende lid, van het voorstel tot wijziging van de Wet toezicht beleggingsinstellingen met het oog op de modernisering van de wet en implementatie van richtlijn nr. 2001/107/EG en richtlijn 2001/108/EG van 21 januari 2002 (Wetsvoorstel Wtb

2004).¹ In afdeling 2.3.10 wordt artikel 12, tiende lid, van het wetsvoorstel Wtb 2004 overgenomen. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is artikel 2:118 (2:122) verduidelijkt door niet meer te verwijzen naar het Deel Gedragstoezicht maar uit te schrijven op welke categorie beheerders het artikel betrekking heeft.

5.3. Beleggerscompensatiestelsel en depositogarantiestelsel

a. Artikel 6, tweede en derde lid, van de richtlijn depositogarantiestelsel² en artikel 9, derde lid, van de richtlijn beleggerscompensatiestelsel³ lijken niet in de Wft te zijn geïmplementeerd. Op grond van deze bepalingen zijn bijkantoren van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is, verplicht inlichtingen te verschaffen over de op hen toepasselijke vangnetregeling.

De Raad adviseert in implementatie van deze bepalingen te voorzien.

b. In artikel 2:282, tweede lid, Wft wordt een uitzondering gemaakt op de reikwijdte van de paragraaf over het beleggerscompensatiestelsel en het depositogarantiestelsel. Het betreft ondernemingen die uitsluitend optreden als bemiddelaar in specifieke financiële instrumenten, genoemd in het deel gedragstoezicht. Gelet op het feit dat de Raad in afwachting van deel 3 er nog geen inzicht in heeft om welke instrumenten het gaat, behoudt hij zich voor hierop zo nodig terug te komen.

c. In de definitie van beleggerscompensatiestelsel, noch in artikel 2:283 Wft wordt aangegeven welke vorderingen onder dit stelsel vallen. Thans vallen niet alle vorderingen hieronder.⁴ Artikel 2:283, derde lid, Wft vormt weliswaar een delegatiegrondslag voor het stellen van nadere regels, maar deze bepaling lijkt niet te zien op de soort vorderingen die in aanmerking komen voor een vergoeding op grond van de beleggerscompensatieregeling. Gelet op de rechtszekerheid acht de Raad deze onduidelijkheid ongewenst.

De Raad adviseert het voorstel aan te passen.

d. Ingevolge artikel 10, tweede lid, van de richtlijn depositogarantiestelsel kan de bevoegde autoriteit in zeer uitzonderlijke omstandigheden de termijn voor betaling ten hoogste driemaal met drie maanden verlengen. Hetzelfde geldt op grond van artikel 9, tweede lid, van de richtlijn beleggerscompensatiestelsel bij een compensatiestelsel. In artikel 2:285, tweede lid, Wft is neergelegd dat DNB de betalingstermijn met drie maanden kan verlengen.

De Raad adviseert het voorstel op dit punt aan te passen aan de richtlijnen, dan wel in de toelichting te motiveren waarom van de overeenkomstige bepaling in de richtlijnen wordt afgeweken.

e. Op grond van artikel 2:286 Wft dragen financiële ondernemingen bij aan het beleggerscompensatiestelsel en depositogarantiestelsel, waarvoor DNB de bijdragen vaststelt (tweede lid). De toelichting gaat in op de huidige wijze van financiering van het beleggerscompensatiestelsel, dat in de nabije toekomst zal worden herzien.⁵ Niet wordt aangegeven hoe de financiering van het depositogarantiestelsel zal plaatsvinden en of voor de bijdrage van de financiële ondernemingen aan de beide vangnetregelingen bijvoorbeeld een maximum zal gelden.

De Raad adviseert de toelichting gelet op het voorgaande uit te breiden.

5.3. Beleggerscompensatiestelsel en depositogarantiestelsel

a. Om in implementatie van artikel 6, tweede en derde lid, van de richtlijn depositogarantiestelsels te voorzien, zijn een derde en een vierde lid toegevoegd aan artikel 2:292 (2:302).

Artikel 9, derde lid, van de richtlijn beleggerscompensatiestelsels zal krachtens artikel 2:283 (2:294), derde lid, bij algemene maatregel van bestuur worden geïmplementeerd.

b. De genoemde uitzondering is niet meer opgenomen in artikel 2:282 (2:293). In plaats hiervan is in artikel 2:283 (2:294), derde lid, een delegatiegrondslag opgenomen om bepaalde categorieën financiële ondernemingen bij algemene

¹ Kamerstukken I 2004/05, 28 998, A.

² Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels (PbEG L 135).

³ Richtlijn 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels (PbEG L 084).

⁴ Zie in dit verband AP1643, Rechtbank Rotterdam, 03/963 BC.

⁵ Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:286, tweede tekstblok.

maatregel van bestuur uit te kunnen sluiten van de reikwijdte van de vangnetregelingen.

c. Terecht merkt de Raad op dat de delegatiegrondslag in het ontwerpartikel 2:283 (2:294), derde lid, geen uitdrukkelijke grondslag lijkt te bieden voor het stellen van nadere regels met betrekking tot de soorten vorderingen die voor vergoeding in het kader van de vangnetregelingen in aanmerking komen. Artikel 2:283 (2:294), derde lid, is op dit punt aangevuld. Daarnaast is het eerste lid van artikel 2:283 (2:294) aangepast, om nauwer aan te sluiten bij de tekst van de richtlijn beleggerscompensatiestelsels. In het bijzonder wordt aangesloten bij de definities van «beleggingsverrichting» en «belegger» in artikel 1, onder 2° en 4°, van deze richtlijn. Hierdoor wordt meer rechtszekerheid verschaft over de soorten vorderingen die onder de bescherming van het stelsel vallen. Ook de toelichting op artikel 2:283 (2:294) is met dit doel aangevuld.

d. De woorden «in zeer uitzonderlijke omstandigheden», zijn inderdaad niet in de ontwerp tekst van het genoemde artikel opgenomen. Ten eerste dient erop te worden gewezen dat de Nederlandse tekst van de genoemde richtlijn-bepalingen afwijkt van de Engelse en Franse teksten. Deze spreken van «in wholly exceptional circumstances and in special cases», resp. «dans les circonstances tout à fait exceptionnelles et pour des cas particuliers». Hieruit blijkt dat de betalingstermijn zowel onder zeer uitzonderlijke omstandigheden moet kunnen worden verlengd, als in bijzondere gevallen. Dit impliceert een verruiming ten opzichte van de Nederlandse richtlijntekst. Uit (de preambules van) de richtlijn kan echter niet worden afgeleid wat onder «zeer uitzonderlijke omstandigheden» en «bijzondere gevallen» dient te worden verstaan. Om artikel 2:285 (2:296), tweede lid beter te laten aansluiten bij de richtlijntekst, is aan de laatste zin de zinsnede «in bijzondere gevallen» toegevoegd. Toevoeging van «en onder zeer uitzonderlijke omstandigheden» is overbodig, aangezien het zich voordoen van een «zeer uitzonderlijke omstandigheid» reeds als «een bijzonder geval» kan worden aangemerkt. In de toelichting is thans aangegeven dat bij «bijzondere gevallen» bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de betalingsonmacht van een van de grote banken. In een dergelijk geval kan het voorkomen dat de vergoeding van de verliezen van alle depositohouders zeer moeilijk te bewerkstelligen is binnen de drie-maandentermijn. Daarom dient in dergelijke bijzondere gevallen de mogelijkheid open te staan deze termijn ten hoogste driemaal met drie maanden te verlengen. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad, is de tekst van artikel 2:285 (2:296), tweede lid, aangepast, door toe te voegen dat verlenging ten hoogste driemaal kan plaatsvinden.

e. Terecht merkt de Raad op dat in de aan de Raad gezonden versie van de toelichting niet wordt ingegaan op de huidige financieringswijze van het depositogarantiestelsel of op de vraag of bijdragen aan een maximum zijn gebonden. De toelichting is op deze punten aangevuld; daarbij is aangegeven dat de huidige financieringswijze van de vangnetregelingen voorlopig wordt gehandhaafd. Het is nog onbekend hoe de financieringswijze van de beide vangnetregelingen na de herziening zal worden vormgegeven.

6. Definities

Over de plaats van de definities in het wetsvoorstel als geheel en de inhoud van deze definities, en over het ontbreken van definities voor een aantal begrippen in het voorstel merkt de Raad het volgende op.

6.1. Plaats van de definities

Met het oog op de meest passende plaats van de definities verdient de vraag de aandacht of de desbetreffende definitie alleen geldt voor deel 2 of deze ook van betekenis is voor deel 3 en/of 4. Naar het oordeel van de Raad zou als algemeen uitgangspunt moeten gelden dat alle definities worden opgenomen in het algemeen deel, tenzij het een begrip/onderwerp betreft dat uitsluitend in één van de delen 2, 3 of 4 aan de orde is. De Raad adviseert om in het licht van dit uitgangspunt de plaatsing van de definities die nu zijn opgenomen in het voorgestelde deel 2 Wft nader toe te lichten en om deze plaatsing zo nodig aan te passen.

6. Definities

6.1. In de aan de Raad gezonden nota van wijziging waarin het Deel Prudentieel toezicht aan het wetsvoorstel wordt toegevoegd, waren de definities opgenomen die relevant zijn voor dat deel. Deze definities zijn thans voor het overgrote deel verplaatst naar het Algemeen deel. Alleen voor de begrippen die in een paragraaf of hoofdstuk van het Deel Prudentieel toezicht een specifieke betekenis hebben die afwijkt van de in het Algemeen deel opgenomen definities, zijn definities in het Deel Prudentieel toezicht opgenomen. Bij de nota van wijziging die het Deel Gedragstoezicht zal invoegen in het wetsvoorstel, zal dezelfde benadering ten aanzien van definities worden gevolgd.

Hiermee wordt het uitgangspunt verlaten om definities die louter betrekking hebben op één deel van het wetsvoorstel op te nemen in dat betreffende deel. Het gevolg van dit uitgangspunt zou zijn geweest dat op vele plaatsen in het wetsvoorstel definities zouden moeten worden opgenomen (in het Algemeen deel, in de betreffende bijzondere delen en op plaatsen waar een begrip een specifieke betekenis heeft). De nu gehanteerde benadering heeft als voordeel dat de gebruiker vrijwel alle in de wet opgenomen definities zal kunnen vinden op één plaats, namelijk (het begin van) het Algemeen deel. In de toelichting is deze nieuwe benadering toegelicht.

6.2. Definitie van kredietinstelling, bank en elektronischgeldinstelling

Artikel 2:1 bevat onder q een definitie van het begrip «kredietinstelling». Meer directe aansluiting van de definitie van kredietinstelling bij artikel 1, eerste lid, van de richtlijn banken¹, zoals thans wordt voorgesteld, lijkt voor de praktijk zinvol.

Het begrip «kredietinstelling» valt in dit voorstel, net als in de richtlijn banken, uiteen in twee begrippen: bank (artikel 2:1, onder a) en elektronischgeldinstelling (artikel 2:1, onder m). De Raad plaatst de volgende opmerkingen bij het begrip «bank».

a. Het verschil met de richtlijn banken is, dat in deze richtlijn het begrip «bank», in tegenstelling tot het begrip «kredietinstelling», niet als zodanig wordt gehanteerd. Ook in de ons omringende landen wordt, naar het de Raad voorkomt, dit begrip niet gebruikt op de wijze waarop dat in Nederland het geval is.

De Raad adviseert om de keuze voor het gebruik van het begrip «bank», in afwijking van de richtlijn banken en de regelgevingspraktijk in de ons omringende landen, nader toe te lichten.

b. Het voorstel definieert «bank» als degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen. De Raad leidt uit deze definitie af dat een combinatie van verschillende besloten kringen is toegestaan zonder dat deze dan komt te vallen onder de definitie van «bank». In artikel 2 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 is steeds uitgegaan van één besloten kring, al dan niet gecombineerd met toepassing van het criterium van professionele marktpartijen.

De Raad adviseert om toe te lichten of hier een verruiming ten opzichte van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 is beoogd, en het voorstel zo nodig aan te passen.

6.2.a. Dit advies is overgenomen. De toelichting is daartoe aangepast.

b. Er is geen verruiming op dit punt beoogd. De toelichting bij artikel 2:1, onderdeel a (1:1, eerste lid, onderdeel g), is aangepast om dit te verduidelijken.

6.3. Definitie van besloten kring

a. Artikel 2:1, onder d, geeft een definitie van «besloten kring». Het besloten kring-criterium vormt tezamen met het criterium «professionele marktpartij» de Nederlandse implementatie van het begrip «publiek» in de desbetreffende Europese richtlijnen: zodra buiten besloten kring opvorderbare gelden worden

¹ Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

aangetrokken, is sprake van «publiek», tenzij het gaat om professionele marktpartijen.

De Raad constateert dat de toelichting niet ingaat op de vertaalslag die aldus gemaakt is ten opzichte van de richtlijnen. Hij is van mening dat een behandeling van de omzetting in de Wft van het begrip «publiek» in de desbetreffende richtlijnen in de toelichting niet mag ontbreken. In dit verband dient aangegeven te worden, waarom niet is gekozen voor een aansluiting bij het getalscriterium zoals dat in de nieuwe prospectusrichtlijn¹ wordt gehanteerd. Hiermee wordt een objectief criterium gegeven voor de vaststelling van de reikwijdte van het begrip besloten kring. Ook zou in dit verband aangegeven kunnen worden, hoe het begrip «publiek» in andere lidstaten is geïmplementeerd dan wel wordt uitgelegd.

De Raad adviseert om in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.

b. Voorts stelt de omschrijving van het begrip «besloten kring» in artikel 2:1, onder d, sub 3°, Wft de eis dat degenen die deelnemen aan de besloten kring «redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn» van de financiële toestand van de geldnemer en de financiële producten. Onduidelijk is wat hiermee precies wordt bedoeld; de toelichting geeft geen nadere omschrijving van deze eis. Zo is het geheel van werkgever en werknemers een besloten kring. Dit behoeft echter nog niet te betekenen dat alle werknemers door die relatie op de hoogte zijn van de financiële positie van hun werkgever (anders dan de informatie die zij bijvoorbeeld kunnen afleiden uit de publicatie van de jaarstukken, die echter in de meeste gevallen ook bekend kunnen zijn voor anderen dan degenen die tot de besloten kring behoren). De toelichting noemt als voorbeeld van een besloten kring de groep geldgevers die werknemers zijn van de concern-onderdelen van de geldnemer indien de betrokken werkgever toestemming heeft verleend.² Die toestemming behoeft echter geen invloed te hebben op de mate van kennis bij de betrokken werknemers van de financiële positie van de geldnemer.

De Raad adviseert om de betekenis van de bedoelde eis toe te lichten en het voorstel zo nodig aan te vullen.

c. De definitie van besloten kring karakteriseert niet de aard van de zogenoemde «eerstgenoemde rechtspersoon» (zie onder 3° van de definitie in artikel 2:1, onder d). Aanscherping op dit punt van de definitie lijkt wenselijk. Aangezien deze definitie in deel 2 alleen een rol speelt voor het begrip «bank» en de reikwijdte van artikel 2:29 Wft, maar ook in deel 3 gehanteerd zal worden, maakt de Raad een voorbehoud om zo nodig op de definitie van «besloten kring» terug te komen.

6.3.a. De term publiek is in het spraakgebruik erg breed en kan eigenlijk alles en iedereen omvatten. In het Deel Gedragstoezicht wordt bij de «uitgifte van effecten» het begrip «publiek» gebruikt in de betekenis van het normale spraakgebruik. In de richtlijn banken komt het begrip «publiek» echter een betekenis toe die daarvan afwijkt. Reden waarom ter implementatie van het begrip «publiek» in deze nota van wijziging invulling is gegeven door gebruikmaking van de begrippen «besloten kring» en «professionele marktpartij». Dit betreft voortzetting van bestaand beleid. Ook onder de Wtk 1992 worden deze begrippen gebruikt ter afbakening van «publiek». Deze afbakening is te verklaren vanuit het doel van het prudentieel toezicht. Dit doel is (naast het bijdragen aan de stabiliteit van het financiële stelsel) om veilig te stellen dat degene die zijn geld aan een bank toevertrouwt erop kan vertrouwen dat de bank in staat zal zijn het geld terug te betalen. Dat hierop wordt toegezien door een derde (de toezichthouder) is ingegeven door de gedachte dat een consument zelf onvoldoende in staat is de soliditeit te beoordelen van een onderneming waaraan hij zijn geld toevertrouwt. Echter, niet iedere geldgever hoeft te worden beschermd doordat toezicht wordt gehouden op de geldnemer. Professionele marktpartijen behoeven de bescherming niet omdat zij zelf in staat zijn – door hun kennis van de financiële markt – de financiële soliditeit van de geldnemers te beoordelen. Personen die deel uitmaken van een besloten kring behoeven deze bescherming niet omdat wordt aangenomen dat zij op grond van hun specifieke rechtsbetrekking met de geldnemer een zodanig inzicht hebben in de financiële toestand van de geldnemer, dat zij zelf zeer goed de kans op terugbetaling door de geldnemer kunnen inschatten. Dat de geldnemer en de geldgevers in een specifieke

¹ Richtlijn 2003/71/EEG 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 (PbEG L 345). Zie artikel 3, tweede lid, onder b: een aanbieding van effecten aan minder dan 100 natuurlijke of rechtspersonen per lidstaat die geen gekwalificeerde beleggers zijn.

² Artikelsgewijze toelichting op artikel 1, onderdeel d, op één na laatste tekstblok.

rechtsbetrekking tot elkaar moeten staan, zodat de geldgevers redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van de financiële toestand van de geldnemer impliceert dat er naast de financiële relatie tussen hen nog een andere, juridisch objectiveerbare, rechtsbetrekking aanwezig moet zijn, waar een zekere beschermende werking van uit gaat. Voorbeelden hiervan zijn rechtsbetrekkingen van familierechtelijke aard (bloed- en aanverwanten van de geldnemer/aanbieder), van arbeidsrechtelijke aard (werknemer/werkgever relatie), van vennootschapsrechtelijke aard (maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer/aanbieder) en van rechtspersoonlijke aard (lidmaatschap van een vereniging).

In het Deel Gedragstoezicht wordt het begrip besloten kring niet gehanteerd. In plaats daarvan wordt het getalscriterium uit de prospectusrichtlijn gebruikt. Degene die effecten of beleggingsobjecten aanbiedt aan meer dan honderd personen, is prospectusplichtig. Voor het Deel Prudentieel toezicht is dit getalscriterium niet bruikbaar. Het karakter en het doel van het prudentieel toezicht (zie hierboven; waarborgen dat een bank in staat zal zijn de opvorderbare gelden terug te betalen) vergt meer nuance, hetgeen te bewerkstelligen is door een inhoudelijke beoordeling; het getalscriterium uit de prospectusrichtlijn schiet daarvoor tekort. In het Deel Gedragstoezicht staat niet voorop dat de consument aan wie een onderneming bijvoorbeeld effecten of beleggingsobjecten aanbiedt er zeker van kan zijn dat hij zijn geld terug ontvangt. Het betreft hier vaak geen opvorderbare gelden. Het gedragstoezicht ziet er juist op dat de consument voldoende informatie krijgt over het product dat hem wordt aangeboden. Degene die effecten of beleggingsobjecten aanbiedt aan meer dan honderd personen dient de consument van voldoende informatie te voorzien door middel van het uitgeven van een prospectus. Indien aan minder dan honderd personen wordt aangeboden (hetgeen weinig voorkomt), wordt verondersteld dat bij de deelnemers voldoende informatie aanwezig is om zich een beeld te vormen van de aangeboden effecten en beleggingsobjecten van de onderneming en dat voor deze deelnemers derhalve geen waarborgen hoeven te gelden uit hoofde van deze wet. Het getalscriterium is voor het Deel Gedragstoezicht goed bruikbaar. In het Deel Prudentieel gaat het om opvorderbare gelden, reden waarom daar is gekozen voor het inhoudelijke criterium voor het begrip «besloten kring». De toelichting is aangepast om het vorenstaande te verduidelijken.

b. Het advies van de Raad is overgenomen. In de toelichting bij artikel 2:1, onderdeel d (1:1, eerste lid, onderdeel s), is de eis nader toegelicht. Zie ook hetgeen hierover onder 6.3.a. reeds is opgemerkt.

c. Het advies van de Raad is overgenomen. De definitie van besloten kring is zodanig aangepast dat direct in de aanhef de aard van de «eerstgenoemde rechtspersoon» duidelijk wordt. Op dezelfde wijze is artikel 2:1, onderdeel d (1:1, eerste lid, onderdeel s), onder 3° gewijzigd.

6.4. Definitie van professionele marktpartij

a. Artikel 2:1, onder bb, geeft een definitie van «professionele marktpartij». Blijkens de artikelsgewijze toelichting betreft het hier een begrip dat zowel zal gelden voor deel 2 als voor deel 3. De Raad adviseert daarom, gelet op hetgeen hij onder 6.1 heeft opgemerkt, de definitie van dit begrip te plaatsen in deel 1 van de Wft.

b. Ten aanzien van de definitie als zodanig merkt de Raad op dat zij in haar specificatie ontoereikend is. Op grond van artikel 2:1, onder bb, sub 1°, is een professionele marktpartij degene die een vergunning heeft of anderszins voldoet aan wettelijke bepalingen om op de financiële markten actief te zijn. De toelichting noemt een viertal categorieën van ondernemingen die aan deze kwalificatie voldoen. Daarbij wordt tevens duidelijk gemaakt dat het niet alleen behoeft te gaan om Nederlandse wetgeving of een Nederlandse vergunning. De Raad is van mening dat deze specificatie, conform aanwijzing 214 Ar, in de bepaling zelf dient te worden gegeven, en dat het bereik en de afbakening van dit onderdeel van de definitie niet slechts mogen blijken uit de toelichting. Hij wijst in dit verband ook op de uitgebreidere omschrijving in de prospectusrichtlijn.¹ Zeker nu de definitie ook gaat gelden voor deel 3 Wft is deze richtlijn relevant. Nadere aansluiting zou gezocht kunnen worden bij deze richtlijn,

¹ Richtlijn 2003/71/EEG, artikel 2, eerste lid, onder e, sub i.

waarbij onderdelen van de definitie die specifiek betrekking hebben op beleggingsdiensten dienen te worden aangepast aan het bredere bereik van de Wft. Deze richtlijn legt ook duidelijker uit wat bedoeld wordt met internationale en supranationale instellingen, waarnaar verwezen wordt onder 2°, door enkele voorbeelden te noemen.¹

Ten slotte is in de omschrijving van 1° onduidelijk of daaronder ook wordt begrepen een Nederlandse of buitenlandse financiële onderneming die op grond van buitenlandse wetgeving een vrijstelling of ontheffing heeft. Verder verdient de vraag de aandacht of dochtermaatschappijen ook zelf onder toezicht moeten staan en wat daarbij onder toezicht verstaan moet worden. De Raad adviseert om de definitie van het begrip «professionele marktpartij» in het licht van het voorgaande nader te bezien en om nauwer aansluiting te zoeken bij de definitie van dit begrip in de prospectusrichtlijn.

6.4.a. Het advies van de Raad is overgenomen.

b. Overeenkomstig het advies van de Raad is artikel 2:1, onderdeel bb (1:1, eerste lid, onderdeel bbbb), onder 1°, zodanig aangepast dat uit de bepaling zelf blijkt dat ook buitenlandse ondernemingen kunnen worden aangemerkt als professionele marktpartij.

Er is voor gekozen om artikel 2:1, onderdeel bb (1:1, eerste lid, onderdeel bbbb), onder 1°, zo te formuleren dat daaronder zowel de ondernemingen vallen die worden opgesomd in artikel 2, eerste lid, onderdeel e, onder i, van de prospectusrichtlijn als de ondernemingen die zijn opgenomen in artikel 1, onderdeel e, onder 1° tot en met 6°, 11° en 12° van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Op grond van de formulering in artikel 2:1, onderdeel bb (1:1, eerste lid, onderdeel bbbb), kan er zodoende geen twijfel over bestaan dat genoemde ondernemingen onder dit artikel vallen.

Onderdeel 1° en de toelichting bij dit onderdeel zijn zodanig aangepast dat duidelijk is dat ondernemingen die een vrijstelling of ontheffing van de vergunningplicht hebben verkregen hier niet onder vallen. In onderdeel 1° zijn als criteria opgenomen het hebben van een vergunning of het anderszins onder toezicht staan van een toezichthouder of een toezichthoudende instantie. Ondernemingen die van de vergunningplicht zijn vrijgesteld of ontheven vallen hier niet onder.

Mocht het wenselijk zijn bepaalde ondernemingen die zijn vrijgesteld of ontheven te kwalificeren als professionele marktpartij, dan kunnen deze aangewezen worden bij algemene maatregel van bestuur. Hierbij kan worden gedacht aan de vrijgestelde beleggingsinstellingen uit artikel 1, onderdeel e, onder 7°, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992.

Bedoelde dochterondernemingen moeten onder toezicht staan, maar aan deze voorwaarde is voldaan als deze dochterondernemingen worden meegenomen in het geconsolideerde toezicht op de moederonderneming. Naast dit geconsolideerde toezicht op de moederonderneming hoeft dus geen afzonderlijk toezicht op de dochterondernemingen plaats te vinden. De toelichting is aangepast om dit te verduidelijken.

6.5. Definitie van lidstaat van herkomst

Artikel 2:1, onder t, geeft een definitie van «lidstaat van herkomst». In het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen is lidstaat van herkomst uitgebreider gedefinieerd, waarbij niet alleen het element «zetel», maar ook het element «hoofdbestuur» is opgenomen. Dit omdat het mogelijk is dat kredietinstellingen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld verzekeraars, geen rechtspersoonlijkheid hebben.² Voor kredietinstellingen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, zal de plaats van vestiging van het hoofdbestuur, dat de instelling vertegenwoordigt, leidend zijn.

De Raad adviseert het voorstel aan te vullen.

6.5. Definitie van lidstaat van herkomst

De term «lidstaat van herkomst» kwam in de aan de Raad gezonden versie van de nota van wijziging slechts zelden voor: in de artikelen 2:17 (2:15), vierde lid,

¹ Richtlijn 2003/71/EEG, artikel 2, eerste lid, onder e, sub ii.

² Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:1, onderdeel t, tweede tekstblok.

2:22 (2:20), vijfde lid, en voorts in enkele bepalingen in afdeling 2.5.8, betreffende de noodregeling en saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures naar buitenlands recht. In de aan de Raad gezonden versie werd «lidstaat van herkomst» gedefinieerd als «lidstaat waar de financiële onderneming haar zetel heeft». In de thans voorliggende nota van wijziging wordt de term «lidstaat van herkomst» niet meer gebruikt en wordt telkens aangeknoopt bij de zetel van de financiële onderneming.

Het advies lijkt overigens uit te gaan van de veronderstelling dat geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat een kredietinstelling geen rechtspersoon is en dus geen statutaire zetel heeft. Ik wijs er evenwel op dat in artikel 1:1, eerste lid, onderdeel dddd (nieuwe nummering), het begrip «zetel» wordt omschreven als «de plaats waar een onderneming volgens haar statuten of reglementen is gevestigd of, indien zij geen rechtspersoon is, de plaats waar die onderneming haar hoofdvestiging heeft». Er is dan ook geen aanleiding die artikelen waarin de term «lidstaat van herkomst» is vervangen aan te vullen met een verwijzing naar de plaats van vestiging van het hoofdbestuur; ook financiële ondernemingen die geen rechtspersoonlijkheid hebben worden door die artikelen bestreken.

De toelichting is dienovereenkomstig aangepast: de toelichting op artikel 2:1, onderdeel t, zoals deze voorkomt in de aan de Raad gezonden versie is vervallen en de algemene passage betreffende afdeling 2.5.8 en artikel 2:262a (2:273) is aangevuld.

6.6. Definitie van lidstaat van ontvangst

De definitie van «lidstaat van ontvangst» is volgens de toelichting naar haar strekking overgenomen uit de richtlijn banken. In die richtlijn gaat het om een lidstaat waarin een kredietinstelling een bijkantoor heeft of diensten verricht. In de definitie in de Wft gaat het om een lidstaat waar een financiële onderneming een bijkantoor heeft of waarnaar zij diensten verricht.

De Raad wijst op hetgeen hij onder 2.3. heeft opgemerkt, en adviseert de definitie in de richtlijn zo nauwkeurig mogelijk over te nemen.

6.6. Definitie van lidstaat van ontvangst

In de aan de Raad gezonden versie is gekozen is voor één definitie van «lidstaat van ontvangst» voor verschillende typen financiële ondernemingen. De definities van «lidstaat van ontvangst» in de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars (artikel 2, onderdeel f) en de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen (artikel 2, tweede gedachtenstreepje jo. artikel 1, punt 7, van de richtlijn banken) zijn niet identiek. In de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars is een lidstaat van ontvangst een lidstaat waar een verzekeringsonderneming een bijkantoor heeft. In de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen is een lidstaat van ontvangst niet alleen een lidstaat waar de kredietinstelling een bijkantoor heeft maar ook waar zij diensten verricht. In de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars komt de term «lidstaat van ontvangst» slechts eenmaal voor: artikel 27. Nu artikel 27 bovendien slechts een voorbeeld bevat, is er in de praktijk dan ook geen verschil. Hierdoor was het niet bezwaarlijk om in de aan de Raad gezonden versie niet zo nauwkeurig mogelijk bij de terminologie van de richtlijnen aan te sluiten.

De in het wetsvoorstel gebruikelijke terminologie is «de lidstaat *waarnaar* diensten worden verricht», niet «de lidstaat *waar* diensten worden verricht». Inhoudelijk is geen verschil beoogd. Het woord «waarnaar» brengt beter tot uitdrukking dat de financiële onderneming diensten verricht in een andere staat dan die waar zij haar zetel of vestiging heeft.

Toch is tot een wijziging besloten. De term «lidstaat van ontvangst» komt in de aan de Raad gezonden versie slechts voor in afdeling 2.5.8: in de artikelen 2:195 (2:197), vijfde lid, 2:211 (2:213), vierde lid, en 2:218 (2:226), vierde lid. In deze artikelen is de term vervangen door lidstaat waar de desbetreffende financiële onderneming «een bijkantoor heeft of waarnaar zij diensten verricht». De nota van toelichting is dienovereenkomstig aangepast.

6.7. Ontbrekende definities

De Raad constateert dat het voorstel een aantal begrippen gebruikt waarvan de betekenis niet duidelijk is. Hij wijst in het navolgende op de begrippen «bedrijf maken van» en «onder voldoende geconsolideerd toezicht».

a. In de toelichting op onderdeel a van artikel 2:1 Wft, achtste tekstblok, tweede alinea, wordt gesteld dat van «bedrijf maken van» in ieder geval sprake is indien «geregeld en stelselmatig gelden ter beschikking worden verkregen». Hierbij wordt in noot 16 verwezen naar HR 27 maart 2001 (AB0740, nr. 00.774/99 E II). In dat arrest gaat het om het begrip «bedrijfsmatig» zoals dat ook van belang is voor de reikwijdte van artikel 2:29 Wft.¹ Het element «bedrijf maken van» maakt deel uit van definities van verschillende soorten van financiële ondernemingen. Het lijkt erop dat de begrippen «bedrijf maken van» en «bedrijfsmatig» door elkaar zijn gehaald.

De zinsnede «indien deze activiteiten niet uitsluitend ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten worden verricht» roept vragen op voor de praktijk door de woorden «niet uitsluitend». Naar het oordeel van de Raad dient voorop te staan dat een onderneming «bedrijf maakt van» de in de definitie van «bank» genoemde activiteiten indien die activiteiten behoren tot de hoofdactiviteiten of, indien de hoofdactiviteiten uit andere activiteiten bestaan, deze activiteiten verricht worden ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten.

Aangezien het element «bedrijf maken van» tevens deel uitmaakt van definities van andere financiële ondernemingen, is de toelichting op het begrip «bedrijf maken van» van toepassing op al die ondernemingen.

Gelet op het vorenstaande is een uniforme omschrijving of definitie van het begrip «bedrijf maken van» van belang voor de Wft. De Raad adviseert daarin te voorzien.

b. In onder meer de artikelen 2:55 en 2:67 Wft wordt de term «onder voldoende geconsolideerd toezicht» gehanteerd. In de toelichting op afdeling 2.6.2 wordt een korte omschrijving gegeven van deze vorm van toezicht. De Raad acht deze omschrijving ontoereikend en is van mening dat een nadere omschrijving opgenomen dient te worden in de toelichting.

6.7. Ontbrekende definities

a. Om te kwalificeren als een financiële onderneming in het Deel Prudentieel toezicht, zoals een bank, een clearinginstelling of een levensverzekeraar, is het noodzakelijk dat de onderneming «haar bedrijf maakt van» de in de betreffende definitie omschreven activiteit. In de aan de Raad gezonden versie van de nota van wijziging is dit begrip toegelicht bij de definitie van «bank» in artikel 2:1, onderdeel a (1,1, eerste lid, onderdeel g) van het wetsvoorstel. Terecht merkt de Raad op dat een uniforme omschrijving van dit begrip voor de verschillende financiële ondernemingen van belang is voor het wetsvoorstel. Hiertoe is de toelichting bij artikel 2:1, onderdeel a, (1,1, eerste lid, onderdeel g) aangevuld. Daarnaast wordt het begrip «bedrijfsmatig» gehanteerd voor toepassing van het verbod op het buiten besloten kring aantrekken van, al dan niet op termijn, opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen in artikel 2:29 (2:28). Het begrip «bedrijfsmatig» in artikel 2:29 (2:28) komt deels overeen met het begrip «bedrijf maken van» in de definitie van «bank» in artikel 2:1, onderdeel a (1,1, eerste lid, onderdeel g). Indien gelden «geregeld en stelselmatig» ter beschikking worden verkregen zal veelal zowel sprake zijn van «bedrijfsmatig» in de zin van artikel 2:29 (2:28) als van «bedrijf maken van» in de zin van artikel 2:1, onderdeel a (1,1, eerste lid, onderdeel g). De toelichting is aangepast ter verduidelijking van de betekenis van deze begrippen.

b. Aan het advies van de Raad is gevolg gegeven.

7. Bereik van het voorstel naar ondernemingen en activiteiten

a. Op grond van artikel 2:6, aanhef en onder b, Wft worden ondernemingen die een publiekrechtelijke ziektekostenverzekering uitvoeren uitgezonderd van het wetsvoorstel onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen

¹ Punt 2.6 van dat arrest stelt dat: «aan de term «bedrijfsmatig» in artikel 82, eerste lid, Wtk 1992 in ieder geval de betekenis toekomt van »geregeld en stelselmatig«, zodat in een geval als het onderhavige, waarin uit de gebezigde bewijsmiddelen volgt dat de verdachte geregeld en stelselmatig al dan niet op termijn opvorderbare gelden van het publiek ter beschikking heeft gekregen en ter beschikking heeft gehad, voor een veroordeling ter zake van overtreding van die bepaling niet is vereist dat komt vast te staan dat die gelden zijn aangetrokken ter aanwending in of ten behoeve van de onderneming van de verdachte».

voorwaarden. Volgens de toelichting gaat het hierbij om de zogenaamde instituten ziektekostenvoorziening ambtenaren.

De Raad wijst erop dat ingevolge het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet¹ alle zorgverzekeraars particuliere ziektekostenverzekeraars worden.

Hij adviseert om aandacht te besteden aan de verhouding tussen de wetsvoorstellen op dit punt.

b. Er is voor gekozen om de pensioenfondsen buiten de Wft te houden. Bijlage 5 bij het voorstel noemt het beheer over collectieve pensioenfondsen als een branche van het bedrijf van levensverzekeraar.

De Raad adviseert toe te lichten hoe deze taak van een levensverzekeraar zich verhoudt tot de keuze om pensioenfondsen buiten de Wft te houden.

c. Op grond van artikel 1, onder a, van de richtlijn banken neemt een »bank» van het publiek deposito's of andere terugbetaalbare gelden in ontvangst en verleent zij kredieten voor eigen rekening. Het voorgestelde artikel 2:8, eerste lid, Wft bepaalt dat onder de gestelde voorwaarden deel 2 Wft niet van toepassing is op banken met zetel in Nederland die het bedrijf maken van het verkrijgen van opvorderbare gelden door middel van het aanbieden van effecten en waarvan de kredietuitzettingen voor ten minste 95% van het balanstotaal plaatsvinden binnen het concern waartoe die banken behoren. Deze uitzondering is naar het oordeel van de Raad alleen toegestaan indien ervan uitgegaan wordt dat onder het in ontvangst nemen van deposito's of andere terugbetaalbare gelden niet valt het verkrijgen van opvorderbare gelden uitsluitend door middel van emissie van effecten, alsook dat kredietuitzettingen binnen een concern niet vallen onder het verlenen van kredieten voor eigen rekening in de zin van de richtlijn.

Het is de vraag, nu de definitie van »bank» in de Wft een ruimer bereik lijkt te hebben dan de richtlijn banken beoogt, of een »bank» met zetel in de EU die in het land van herkomst niet kwalificeert als bank, maar in Nederland via een bijkantoor opvorderbare gelden buiten een besloten kring van anderen dan professionele marktpartijen verkrijgt uitsluitend door het uitgeven van effecten en de gelden voor eigen rekening uitzet binnen het concern waartoe die »bank» behoort, ook onder het regime van artikel 2:8 Wft valt.

De Raad adviseert hierop in de toelichting in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. Het voorgestelde artikel 2:8 Wft is, ingevolge het eerste lid, aanhef en onder c, tevens van toepassing op een bank die zorgdraagt voor de daar genoemde garantstelling door een bank met zetel in een andere lidstaat, de Verenigde Staten van Amerika, Japan, Australië, Canada of Zwitserland die een vergunning heeft verkregen van de desbetreffende toezichhoudende autoriteit in de desbetreffende staat. Deze landen staan thans genoemd in artikel 3, eerste lid, onder c, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. De toelichting geeft niet aan welk criterium is gehanteerd voor de selectie van landen. Indien kan worden voorzien dat de selectie van landen in de toekomst moet worden gewijzigd, verdient het overweging om de landen aan te wijzen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

De Raad adviseert in de toelichting in te gaan op het selectie criterium en te overwegen de landen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen.

e. Onduidelijk is welke bepalingen van toepassing zijn op een financiële onderneming met zetel in een land buiten de EU die in Nederland zonder bijkantoor haar bedrijf uitoefent. De Raad krijgt de indruk dat deze ondernemingen alleen onder het verbod van artikel 2:29 Wft vallen. Hij adviseert om dit te verduidelijken in de toelichting.

7. Bereik van het voorstel naar ondernemingen en activiteiten

a. Indien het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet in werking treedt komen artikel 2:6 (1:4), onderdeel b, dat publiekrechtelijke ziektekostenverzekeraars uitzondert van dit wetsvoorstel en artikel 2:4 (1:3), eerste lid, onderdeel c, dat ziekenfondsen die overeenkomstig de Ziekenfondswet zijn toegelaten uitzondert van dit wetsvoorstel te vervallen. De reden hiervoor is dat op basis van het wetsvoorstel Zorgverzekeringswet alle Nederlandse ingezetenen

¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 2.

verplicht worden om zich te laten verzekeren bij een particuliere zorgverzekeraar. Particuliere zorgverzekeraars vallen onder het financieel toezicht van het wetsvoorstel. Daarnaast vallen particuliere zorgverzekeraars onder het zorgtoezicht zoals dat is vormgegeven in het wetsvoorstel Zorgverzekeringwet. De Ziekenfondswet komt te vervallen en de publiekrechtelijke ziektekostenverzekeraars, zoals het Instituut Zorgverzekering Ambtenaren Nederland (IZA) worden opgeheven. Ziekenfondsen kunnen worden toegelaten als particuliere zorgverzekeraar.

b. Het wetsvoorstel omvat het toezicht op verzekeraars en omschrijft welke branches levensverzekeraars en schadeverzekeraars mogen uitoefenen. De omschrijving van de branches voor levensverzekeraars is overgenomen uit de richtlijn levensverzekeraars en opgenomen in Bijlage 3. In Bijlage 3 wordt Beheer over collectieve pensioenfondsen genoemd als een branche van het bedrijf van levensverzekeraar. Het gaat hier om levensverzekeraars die het beheer voeren over collectieve pensioenfondsen. De levensverzekeraar beheert in dat geval de beleggingen van een pensioenfonds, maar is geen eigenaar van de activa en fungeert als een soort administratiekantoor van het pensioenfonds. Daarnaast volgt uit Bijlage 3 dat een levensverzekeraar de branche Levensverzekering algemeen kan uitoefenen, waaronder begrepen het sluiten van verzekeringen inzake collectieve pensioenregelingen. Pensioenfondsen staan thans onder toezicht op grond van de Pensioen- en spaarfondsenwet. In het nader rapport bij het wetsvoorstel Wet op het financieel toezicht¹ is nader ingegaan op het toezicht op pensioenfondsen en de verhouding tussen de voorgenomen Pensioenwet en het wetsvoorstel Wet op het financieel toezicht.

c. Met artikel 2:8 (2:4), eerste lid, wordt beoogd concernfinancieringsmaatschappijen van het toezicht uit te zonderen. Dit zijn dochterondernemingen van grote internationale ondernemingen die gelden aantrekken – in het algemeen in het buitenland – door middel van de uitgifte van effecten. Vervolgens worden deze gelden uitgezet, meestal eveneens in het buitenland, (voornamelijk) binnen de groep. Vanwege hun speciale karakter en hun beperkte doelstelling (met name financiering van groepsactiviteiten) is het sinds 1990 vast beleid deze ondernemingen – als er geen gevaren voor crediteuren en het financiële stelsel bestaan – onder voorwaarden uit te zonderen van het financiële toezichtregime. In de Wtk 1992 wordt dit bewerkstelligd door een vrijstelling voor dergelijke ondernemingen. In de onderhavige nota van wijziging is ervoor gekozen deze vrijstelling in de wet zelf te regelen door het Deel Prudentieel toezicht niet van toepassing te verklaren op dergelijke ondernemingen. Om de belangen van crediteuren en het financiële stelsel te waarborgen, zijn in artikel 2:8 (2:4), eerste en tweede lid, voorwaarden gesteld waaraan een dergelijke financieringsmaatschappij moet voldoen om voor de uitzondering in aanmerking te komen. Zo dient een onvoorwaardelijke garantie, een instandhoudingovereenkomst of een bankgarantie aanwezig te zijn wanneer de opvorderbare gelden buiten besloten kring worden aangehouden van anderen dan professionele marktpartijen tegen de uitgifte van effecten. Daarnaast dienen alle kredietuitzettingen voor ten minste 95 procent van het balanstotaal van de onderneming plaats te vinden binnen het concern. Afschaffing van de uitzondering in artikel 2:8 (2:4) zou impliceren dat het voor talloze financieringsmaatschappijen van grote internationale en nationale (groepen van) ondernemingen, niet langer mogelijk zal zijn zonder een bankvergunning via de beurs gelden aan te trekken van anderen dan professionele marktpartijen ter financiering van hun bedrijfsactiviteiten. Voor concernfinancieringsmaatschappijen die hun werkzaamheden in Nederland zonder deze uitzondering willen voortzetten zal afschaffing van deze uitzondering een enorme verhoging van administratieve lasten meebrengen, omdat zij een bankvergunning moeten aanvragen. Gevolg zou zijn dat in dat geval een groot aantal concernfinancieringsmaatschappijen Nederland als vestigingsplaats zal heroverwegen. Hierdoor zou de internationale concurrentiepositie van Nederland verslechteren en het behoud van de bestaande effectenmarkt in Nederland onzeker zijn.

In de aan de Raad verzonden versie van de nota van wijziging is artikel 2:8 (2:4) niet van toepassing op een onderneming met zetel in een andere lidstaat die in de lidstaat waar die onderneming haar zetel heeft niet kwalificeert als bank,

¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, onder punt 3.2.

maar in Nederland via een bijkantoor opvorderbare gelden buiten een besloten kring van anderen dan professionele marktpartijen wil verkrijgen door het uitgeven van effecten en kredietuitzettingen wil verrichten. Artikel 2:8 (2:4) van het wetsvoorstel is aangepast, zodat artikel 2:8 (2:4) van toepassing is op een dergelijke onderneming.

d. Indien opvorderbare gelden buiten besloten kring ter beschikking worden verkregen van anderen dan professionele marktpartijen tegen de uitgifte van effecten dient er een onvoorwaardelijke garantie, een instandhoudings-overeenkomst of een bankgarantie aanwezig te zijn. De bankgarantie dient te zijn afgegeven door een bank waarvan de kredietwaardigheid buiten twijfel staat. Derhalve dient de bank die de bankgarantie afgeeft bevoegd te zijn het bedrijf van bank op grond van deze wet uit te oefenen of dient de bank bevoegd te zijn het bedrijf van bank uit te oefenen in een andere lidstaat of in een staat die behoort tot de zogenaamde «Group of 10» landen. In artikel 2:8 (2:4), eerste lid, onderdeel c, waren deze «G10» landen opgesomd. Omdat deze groep van landen in de toekomst kan wijzigingen, wordt het voorstel van de Raad overgenomen om deze landen te specificeren op het niveau van een algemene maatregel van bestuur. Daartoe is de tekst van artikel 2:8 (2:4), eerste lid, onderdeel c en bijbehorende toelichting aangepast.

e. Het advies van de Raad is overgenomen.

Op een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is die zonder bijkantoor haar bedrijf uitoefent is enkel het verbod van artikel 2:29 (2:28) van toepassing. Het verbod van artikel 2:29 (2:28) is gericht tot een ieder. Om dit te verduidelijken, is de toelichting bij artikel 2:29 (2:28) aangevuld met de volgende zin: «Het verbod richt zich tot een ieder die de bedoelde activiteiten «in of vanuit Nederland» verricht, met andere woorden, iedere persoon of instelling die zich tot het publiek in Nederland richt, ongeacht waar deze persoon of instelling is gevestigd, evenals iedere persoon of instelling die zich vanuit Nederland tot het publiek, al dan niet in Nederland, richt.» Ook andere natuurlijke personen en (financiële) ondernemingen vallen derhalve onder dit verbod indien zij bedrijfsmatig buiten besloten kring gelden aantrekken van anderen dan professionele marktpartijen.

Op een elektronischgeldinstelling met zetel in een staat die geen lidstaat is die door middel van het verrichten van diensten naar Nederland het bedrijf van elektronischgeldinstelling uitoefent is het verbod van artikel 2:21 (2:19) van toepassing.

Op een levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is die door middel van het verrichten van diensten naar Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of het bedrijf van schadeverzekeraar uitoefent is het verbod van artikel 2:22 (2:20) van toepassing. Op een ieder met zetel buiten Nederland (omdat deze financiële ondernemingen niet zijn gereguleerd op basis van een Europese richtlijn wordt de formulering «met zetel buiten Nederland» gehanteerd en is het niet nodig onderscheid aan te brengen tussen ondernemingen «met zetel in een andere lidstaat» en ondernemingen «met zetel in een staat die geen lidstaat is») die het bedrijf van clearinginstelling of het bedrijf van natura-uitvaartverzekeraar uitoefent door middel van het verrichten van diensten naar Nederland, is het verbod van artikel 2:26 (2:25) van toepassing.

8. Territoriaal bereik van het voorstel

In de toelichting wordt vermeld dat financiële ondernemingen in het bezit moeten zijn van een vergunning om hun bedrijf op de Nederlandse markt uit te oefenen.¹ Het is daarom van belang dat de diverse verbodsbepalingen duidelijk aangeven dat het gaat om het uitoefenen van het bedrijf in (en, zoals de toelichting aangeeft², vanuit) Nederland. Volgens de toelichting is het opnemen van de term «in Nederland» niet nodig, omdat steeds wanneer het een kredietinstelling of een verzekeraar met een bedrijf in Nederland betreft, het bedrijf van bank of verzekeraar in Nederland wordt uitgeoefend.²

De Raad is echter van mening dat dit territoriale element in een aantal verbodsbepalingen onvoldoende duidelijk tot uitdrukking komt. In de algehele verbodsbepaling in artikel 2:11 Wft staat bijvoorbeeld, in tegenstelling tot in de toelichting, niet dat het gaat om het uitoefenen van het bedrijf in Nederland. De Raad acht de verbodsbepaling daarmee onvoldoende precies. In artikel 2:24, eerste lid, Wft kan de term «in Nederland» slaan op het daaraan

¹ Toelichting, Verhouding tot het algemeen deel, tweede tekstblok.

² Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:11.

voorafgaande «bijkantoor» of het daarop aansluitende «het bedrijf». En in artikel 2:29 Wft wordt in het midden gelaten waar de opvorderbare gelden worden aangetrokken.

De Raad adviseert om het voorstel op dit punt te preciseren.

8. Territoriaal bereik van het voorstel

Het voorstel om het territoriale bereik van het voorstel te preciseren wordt ten dele opgevolgd. De toevoeging van de woorden «in Nederland» na de woorden «het bedrijf» in artikel 2:11 (2:7) zou tot een niet beoogde beperking van de reikwijdte van het artikel leiden. De territoriale begrenzing van het artikel is gelegen in de voorwaarde dat de zetel zich in Nederland bevindt. De enkele aanwezigheid van de zetel hier te lande van een in artikel 2:11 (2:7) genoemde financiële onderneming is voldoende grondslag voor De Nederlandsche Bank om op die financiële onderneming toezicht uit te oefenen, ook indien het bedrijf geheel of gedeeltelijk buiten Nederland wordt uitgeoefend. Er is dan ook bewust van afgezien te bepalen dat het bedrijf in Nederland wordt uitgeoefend. De Raad leest in de aan hem gezonden versie de suggestie dat het bedrijf in Nederland moet worden uitgeoefend. Bedoeld is echter te zeggen dat, indien de zetel zich in Nederland bevindt, daarmee gegeven is dat ook het bedrijf geheel of gedeeltelijk in Nederland wordt uitgeoefend. De toelichting is aangevuld met twee zinnen om dit te verduidelijken.

In artikel 2:24 (2:23) zijn de woorden «vanuit een bijkantoor in Nederland het bedrijf van clearinginstelling of natura-uitvaartverzekeraar uit te oefenen» gewijzigd in «vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor het bedrijf van clearinginstelling of natura-uitvaartverzekeraar uit te oefenen, teneinde tot uitdrukking te brengen dat «in Nederland» betrekking heeft op het bijkantoor, niet op de uitoefening van het bedrijf.

Artikel 2:26 (2:25) is aangevuld met een vierde lid met de volgende inhoud: Voor de toepassing van het eerste lid oefent een clearinginstelling met zetel buiten Nederland het bedrijf van clearinginstelling uit door middel van het verrichten van diensten naar Nederland indien zij haar bedrijf maakt van het sluiten van overeenkomsten van koop en verkoop van financiële instrumenten met een centrale tegenpartij die optreedt als exclusieve wederpartij bij deze overeenkomsten, waarvan de bedingen die de kern van de prestaties aangeven overeenkomen met bedingen die deel uitmaken van overeenkomsten, gesloten door derden of hemzelf in zijn hoedanigheid van een partij op een ingevolge [artikel 3:6.1, tweede lid,] erkende markt in financiële instrumenten en die in de laatstbedoelde overeenkomsten de kern van de prestaties aangeven.

Artikel 2:29 (2:28), eerste lid, is aangevuld met de woorden «in Nederland». In de toelichting wordt verduidelijkt dat het verbod zich daarmee richt op iedere in Nederland gevestigde persoon of instelling die zich tot het publiek – in en buiten Nederland – richt, evenals iedere buiten Nederland gevestigde persoon of instelling die zich tot het publiek in Nederland richt.

9. Delegatiebepalingen

a. Een kredietinstelling die in een andere lidstaat een vergunning heeft en naar Nederland diensten wil verrichten, moet in die lidstaat voldoen aan de verplichting aan de toezichthoudende instantie in die lidstaat een opgave te hebben gezonden van de voorgenomen werkzaamheden en van de lidstaat waarheen de diensten zullen worden verricht.¹ Deze verplichting zal niet, zoals thans nog in artikel 32, eerste lid, onderdeel b, Wtk 1992, in de wet worden opgenomen, maar in een algemene maatregel van bestuur. Het voorstel bevat geen grondslag voor deze delegatie, maar slechts een impliciete verplichting. De Raad adviseert het voorstel aan te vullen.

b. Ingevolge artikel 2:22, vierde lid, Wft worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld ten aanzien van het verrichten van diensten naar Nederland door een levens- of schadeverzekeraar vanuit een vestiging in een staat die geen lidstaat is. Deze delegatiegrondslag is niet gemotiveerd. Hetzelfde geldt voor artikel 2:27, derde lid, Wft. De Raad adviseert de delegatiebepalingen te laten vervallen.

c. In een algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald aan welke eisen een natura-uitvaartverzekeraar en een clearinginstelling met zetel buiten Nederland moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een vergunning

¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:16, tweede tekstblok.

om via een bijkantoor in Nederland het bedrijf uit te oefenen.¹ In het voorstel ontbreekt in artikel 2:25 Wft een grondslag voor het stellen van deze eisen. Er is, in het vijfde lid, alleen een grondslag opgenomen voor het stellen van nadere regels omtrent de gegevens die bij de aanvraag moeten worden overgelegd.

De Raad adviseert het voorstel aan te vullen.

9. Delegatiebepalingen

a. Artikel 21, eerste lid, van de richtlijn banken schrijft voor dat een kredietinstelling die voor de eerste maal in het kader van het vrij verrichten van diensten haar werkzaamheden wil uitoefenen op het grondgebied van een andere lidstaat de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst in kennis stelt van de werkzaamheden die zij wenst uit te oefenen. De lidstaten dienen deze bepaling zodanig om te zetten in hun wetgeving dat op kredietinstellingen die hun zetel hebben in de desbetreffende lidstaat de verplichting wordt gelegd tot het in kennis stellen. Dat houdt in dat, indien een kredietinstelling met zetel in een andere lidstaat diensten wenst te verrichten naar Nederland, die andere lidstaat moet bepalen dat de kredietinstelling de toezichthoudende instantie van die lidstaat in kennis stelt van de werkzaamheden die zij wenst uit te oefenen. In de aan de Raad gezonden versie van de toelichting was ten onrechte opgemerkt dat bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald dat de voorgenomen werkzaamheden en de lidstaat waarheen de diensten zullen worden verricht, moeten worden medegedeeld aan de toezichthoudende instantie van die andere lidstaat. Bedoelde passage is herzien. Er is derhalve geen reden het wetsvoorstel aan te vullen met een grondslag voor delegatie, aangezien niet bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald dat de kredietinstelling met zetel in een andere lidstaat de toezichthoudende instantie van die lidstaat in kennis stelt van de voorgenomen werkzaamheden.

b. Het advies om artikel 2:22 (2:20), vierde lid en artikel 2:27 (2:26), derde lid, in de aan de Raad gezonden versie te laten vervallen, is opgevolgd.

c. In de aan de Raad gezonden versie van de toelichting is ten onrechte opgemerkt dat in een algemene maatregel van bestuur de eisen zullen worden opgenomen waaraan een natura-uitvaartverzekeraar en een clearinginstelling met zetel buiten Nederland moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een vergunning om door middel van een in Nederland gelegen bijkantoor het bedrijf uit te oefenen. Bedoelde eisen worden niet bij algemene maatregel van bestuur gesteld, maar in de wet zelf. In artikel 2:25 (2:24), eerste lid, worden die eisen gesteld door te verwijzen naar de artikelen 2:50 (2:52), 2:68 (2:74), 2:72 (2:78) en 2:77 (2:82). Er is derhalve geen reden het wetsvoorstel aan te vullen met een grondslag voor delegatie.

10. Regels voor de toegang tot de financiële markten

a. *Volgens de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:11 Wft is de mogelijkheid tot het verlenen van een vrijstelling die is neergelegd in artikel 6 Wtk 1992 niet overgenomen. Niet wordt toegelicht waarom ook de ontheffingsmogelijkheid door DNB, zoals die thans op grond van artikel 6, derde lid, Wtk 1992 bestaat, niet is overgenomen.*

De Raad adviseert om de verandering te motiveren.

b. *Op grond van de huidige sectorale wetten moet de aanvrager van een vergunning bij zijn aanvraag een aantal gegevens meesturen. Indien DNB ervan overtuigd is dat de aanvrager aan de eisen voldoet, geeft zij de vergunning af.*

In het voorstel wordt bepaald dat de financiële onderneming die een vergunning aanvraagt in haar aanvraag aantoont dat zij aan bepaalde prudentiële en gedragstypische eisen voldoet (zie bijvoorbeeld de artikelen 2:12, tweede lid, en 2:20, tweede lid). De aanvraag geschiedt onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens. Het is voor de aanvrager die door het verstrekken van de desbetreffende gegevens aan zijn wettelijke verplichting heeft voldaan, echter nog niet duidelijk of hij daarmee ook voldoende heeft aangetoond dat hij aan de eisen voldoet.

¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:25.

Verder dient de aanvrager bij het aanvragen van instemming van DNB voor toegang tot de buitenlandse markt de aanvraag in te dienen onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens (zie de artikelen 2:30 en 2:32 tot en met 2:34 Wft). Uit de notificatieprocedure zoals die is geregeld in het Algemeen deel¹ blijkt dat DNB beslist op de aanvraag, indien de financiële onderneming voldoet aan de in de desbetreffende artikelen uit deel 2 en 3 gestelde eisen. Niet duidelijk is of een financiële onderneming die de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens heeft overgelegd, daarmee ook voldoet aan de eisen voor notificatie. De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Artikel 2:19 Wft regelt de vergunningplicht voor financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is. Anders dan in de artikelen 2:12, derde lid, en 2:25, derde lid, Wft is in artikel 2:19 Wft geen rekening gehouden met de omstandigheid dat de aanvrager behalve het bedrijf van bank ook het bedrijf van beleggingsonderneming wil uitoefenen. Dit laatste is thans nog wel het geval (artikel 7, tweede lid, onder h, Wte 1995). De Raad adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. Artikel 2:29, eerste lid, Wft bevat het verbod om bedrijfsmatig buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen aan te trekken, ter beschikking te verkrijgen of ter beschikking te hebben. Met het verbod wordt uitvoering gegeven aan de richtlijn banken. In artikel 3 van deze richtlijn wordt bepaald dat lidstaten personen of ondernemingen die geen kredietinstelling zijn verbieden om bedrijfsmatig van het publiek deposito's of andere terugbetaalbare gelden in ontvangst te nemen. De Raad constateert dat de verbodsbepaling van artikel 2:29, eerste lid, van het voorstel, net als het bestaande artikel 82 Wtk 1992, ruimer is dan die van artikel 3 van de richtlijn banken, omdat het verbod niet alleen strekt tot in ontvangst nemen van opvorderbare gelden, maar ook het aantrekken of het ter beschikking hebben van gelden omvat. De toelichting geeft geen rechtvaardiging voor deze verruiming ten opzichte van de richtlijn. De Raad adviseert de afwijking van artikel 2:29, eerste lid, Wft ten opzichte van de richtlijn banken te voorzien van de onder 2.2 van dit advies bedoelde rechtvaardiging, en het voorstel zo nodig aan te passen.

e. De vrijstellingen van het verbod van artikel 82, eerste lid, Wtk 1992, zoals neergelegd in de Vrijstellingsregeling Wtk 1992, lijken niet in het voorstel te zijn opgenomen, terwijl het verbod zelf wel is opgenomen in artikel 2:29 Wft. Niet duidelijk is waarom artikel 7 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 niet is opgenomen in de Wft, terwijl bijvoorbeeld artikel 3 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wel in de Wft is opgenomen, namelijk in artikel 2:8 Wft. Artikel 7, eerste lid, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 bepaalt dat het verbod van artikel 82, eerste lid, Wtk 1992 niet van toepassing is indien de opvorderbare gelden verkregen worden tegen uitgifte van effecten, indien die uitgifte geschiedt in overeenstemming met hetgeen is bepaald bij of krachtens de Wte 1995. De Raad adviseert om in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

f. Ten aanzien van het reguleren van de toegang tot de buitenlandse markt valt op dat waar soms ingevolge de sectorale wetten aan DNB kennis moet worden gegeven van het voornemen tot activiteiten door een Nederlandse verzekeraar, nu in de Wft instemming door DNB geregeld wordt. Het betreft de artikelen 2:30, 2:32 en 3:35 Wft. De relevante richtlijnen lijken niet te beogen dat er expliciet moet worden ingestemd.² Ook artikel 48, eerste lid, Wtk 1992 vereist dat DNB op de hoogte gesteld wordt van een verkregen ondertoezichtstelling, terwijl artikel 2:134, eerste lid, Wft instemming van DNB vereist. De Raad adviseert om deze veranderingen van terminologie toe te lichten.

g. In artikel 2:30, vierde lid, Wft wordt bepaald dat DNB een financiële onderneming kan verbieden nog langer vanuit een bijkantoor in een andere lidstaat haar bedrijf uit te oefenen, indien sprake is van een mededeling als

¹ Afdeling 1.6.2 Wft.

² Artikelen 20, eerste lid, richtlijn banken, 10, eerste lid, Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan (PbEG L 5) en 40, eerste lid, Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (PbEG L345).

bedoeld in artikel 1:88 van het Algemeen deel. In dat artikel is geregeld dat als een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:56 (waarschijnlijk is bedoeld: 1:58) van het Algemeen deel is gegeven, de toezichthouder daarvan mededeling doet aan de toezichthoudende instantie van de betrokken lidstaat. In het tweede lid van artikel 1:88 is bepaald dat het in verband daarmee verboden is om nog langer vanuit het bijkantoor diensten te verrichten. Er lijkt sprake te zijn van een doublure.

Verder valt op dat dit verbod ook geldt in de gevallen van artikel 2:33, 2:34 en 2:35 Wft, maar niet in het geval van artikel 2:32 Wft.

De Raad adviseert de doublure op te heffen en artikel 2:30, vierde lid, Wft ook van overeenkomstige toepassing te verklaren in artikel 2:32 Wft.

10. Regels voor de toegang tot de financiële markten

a. In de eerste zin van de laatste alinea van de toelichting bij artikel 2:11 (2:7) van het wetsvoorstel werd ten onrechte uitsluitend verwezen naar «de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 6 van de Wtk 1992». Ook zou moeten worden verwezen naar «de ontheffingsmogelijkheid» van artikel 6 van de Wtk 1992. De desbetreffende zin van de toelichting is op deze wijze aangevuld, waardoor de gehele alinea nu betrekking heeft op zowel de vrijstellings- als de ontheffingsmogelijkheid.

b. In artikel 35 Wtv 1993 is bepaald dat DNB¹ de vergunning verleent aan een ieder die «te haren genoegen heeft aangetoond» dat hij aan de eisen van de wet voldoet. De regel in de Wft dat de aanvrager moet aantonen dat hij aan de eisen voldoet is dan ook niet een wijziging ten opzichte van de Wtv 1993. Een wijziging is wel dat de zinsnede «ten genoegen van de toezichthouder» is vervallen. Daarmee is de maatstaf geobjectiveerd. Zouden aanvrager en DNB van mening verschillen over de vraag of is aangetoond dat aan de eisen is voldaan, en zou dat geschil aan de rechter worden voorgelegd, dan heeft de rechter niet langer slechts een marginale toetsingsbevoegdheid. Dat komt ten goede van de aanvrager.

Ten opzichte van de Wtk 1992 is de regel dat de aanvrager moet aantonen dat hij aan de vereisten voldoet wel een wijziging. In artikel 9, eerste lid, Wtk 1992 wordt bepaald dat DNB de vergunning verleent tenzij de aanvrager niet voldoet aan de vereisten. In de woorden van deze bepaling is het onduidelijk op wie de bewijslast ligt. Het verdient de voorkeur dit in de Wft wel tot uitdrukking te laten komen.

Daarbij is ervoor gekozen de bewijslast op de aanvrager te leggen, in de eerste plaats om vanuit de harmonisatiegedachte aan te sluiten bij de thans bestaande regel in de Wtv 1993. In de tweede plaats is er een inhoudelijke reden. Het zou ongewenst zijn indien de vergunningverlener zou moeten uitzoeken of er een reden is waarom de aanvrager niet aan de vereisten voldoet.

In de praktijk zal er samenspraak zijn tussen de aanvrager en de toezichthouder. Als de toezichthouder meedeelt te overwegen de vergunning te weigeren indien er niet meer gegevens boven tafel komen, zal de aanvrager die gegevens overleggen. De facto is het dus nu al de aanvrager die aantoont dat hij aan de vereisten voldoet. De formulering is met die praktijk in overeenstemming gebracht. In artikel 1:82, eerste lid, is bepaald dat de toezichthouder de vergunning verleent indien de aanvrager voldoet aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald ten aanzien van de vergunningplichtige activiteit. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden geregeld welke gegevens de aanvrager moet overleggen. Indien hij deze gegevens overlegt kan hij aan de hand daarvan aantonen of hij aan de vereisten voldoet.

Deze systematiek is niet doorgevoerd bij de toegang tot de buitenlandse markt. Doel van de regeling in de richtlijnen ten aanzien van de toegang tot de buitenlandse markt is de interne markt te bevorderen door de grensoverschrijdende activiteiten niet aan zware voorwaarden te onderwerpen indien de financiële onderneming in de lidstaat van herkomst reeds een vergunning heeft. In dat streven pas niet dat een financiële onderneming die al heeft aangetoond aan de vereisten voor toegang tot de binnenlandse markt te voldoen ook nog eens moet aantonen dat hij aan de vereisten voor toegang tot de buitenlandse markt voldoet. De toelichting is aangepast ter verduidelijking van de procedure rond de vergunningaanvraag.

¹ In de Wtv 1993 worden de bevoegdheden aan de PVK toegekend. In de tekst van dit nader rapport wordt echter uitsluitend nog naar DNB verwezen, aangezien in de Fusiewet De Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Pensioen & Verzekeringskamer (Stb. 2004, 556) wordt bepaald dat DNB alle taken en bevoegdheden uitoefent die bij of krachtens enige wet aan de PVK zijn toegekend.

De notificatiebepalingen zoals die oorspronkelijk in het Algemeen deel waren opgenomen zijn nadien aangepast en inmiddels opnieuw (samen met het Deel Gedragstoezicht) voor advies aan de Raad voorgelegd. Uit deze aangepaste bepalingen blijkt dat een financiële onderneming die bij haar aanvraag gegevens overlegt daarmee nog niet heeft voldaan aan de eisen voor toegang tot de buitenlandse markt. In afdeling 1.6.2 worden de toetsingsgronden voor de toezichthouders opgenomen voor grensoverschrijdende activiteiten van financiële ondernemingen. Dit betekent dat het aanleveren van gegevens door een financiële onderneming die grensoverschrijdend werkzaam wil zijn niet voldoende is. Vereist is tevens dat de toezichthouder overeenkomstig de in afdeling 1.6.2. geregelde procedure, na toetsing instemt met het voornemen. Dit is slechts anders voor kredietinstellingen die door middel van het verrichten van diensten in een andere lidstaat werkzaamheden willen verrichten. Alleen voor deze ondernemingen geldt dat het aanleveren van gegevens voldoende is (artikel 2:31 (2:30)). Het advies van de Raad heeft ertoe geleid dat de toelichting bij de artikelen 2:30 (2:29), 2:32 (2:31) tot en met 2:34 (2:33) is verduidelijkt.

c. Het advies van de Raad is overgenomen. Aan artikel 2:20 (2:18) is een derde lid toegevoegd met betrekking tot financiële ondernemingen met zetel in een staat die geen lidstaat is, die behalve het bedrijf van bank ook het bedrijf van beleggingsonderneming wensen uit te oefenen.

d. De verbodsbepaling van artikel 2:29 (2:28), eerste lid, is inderdaad ruimer geformuleerd dan die van artikel 3 van de richtlijn banken: behalve de ontvangst («het ter beschikking verkrijgen») van gelden, wordt immers ook het aantrekken en het ter beschikking hebben van gelden verboden. Het doel van de verbodsbepaling is niettemin hetzelfde als dat van artikel 3 van de richtlijn banken.

Onder «ter beschikking verkrijgen» en «aantrekken» in de zin van het eerste lid wordt verstaan het verkrijgen van al dan niet op termijn opvorderbare gelden of het aangaan van de verplichting tot terugbetaling daarvan, bijvoorbeeld via uitgifte van effecten, sluiten van leenovereenkomsten, schuld- of contracts-overneming of equivalenten van het vorenstaande. Onder «aantrekken» wordt tevens begrepen het trachten (gelden) ter beschikking te verkrijgen, alsmede het feitelijk verkrijgen van deze gelden. Het aantrekken van gelden is echter altijd gericht op het op enigerlei wijze ter beschikking verkrijgen van (die) gelden. Door ook het aantrekken van opvorderbare gelden in het verbod op te nemen, hoeft DNB niet te wachten met interveniëren totdat gelden daadwerkelijk zijn verkregen door een niet-toegestane marktpartij. Met het scheppen van de mogelijkheid van vroegtijdige interventie door de toezichthouder, wordt de kans op het ontstaan van gedupeerden verminderd en de bescherming van de belangen van crediteuren verhoogd.

Het ter beschikking verkrijgen van gelden heeft altijd tot gevolg dat de verkrijger, gedurende enige periode, de gelden tot zijn beschikking heeft. Niettemin is degene die gelden – verkregen in strijd met de verbodsbepaling – ter beschikking heeft niet altijd degene die deze gelden ook *van het publiek* heeft verkregen. De mogelijkheid bestaat immers dat degene die de gelden van het publiek heeft verkregen die gelden snel daarna heeft doorgesluisd naar een andere (rechts)persoon, waardoor er bij de eerstgenoemde niets meer te halen valt. Wanneer de toezichthouder de gevolgen van de overtreding van de verbodsbepaling ongedaan wil maken, is het uiteraard van belang dat maatregelen – te denken valt aan de oplegging van een last onder dwangsom – ook kunnen worden getroffen tegen degene die de gelden ter beschikking heeft. Aangezien het ter beschikking verkrijgen van gelden een enkele, kortstondige gebeurtenis betreft waarvan later niet per se duidelijk zal zijn op welk moment deze heeft plaatsgevonden, is de exacte toedracht ervan vaak moeilijk te bewijzen. Het ter beschikking hebben van gelden is daarentegen een doorlopende gebeurtenis, waar een toezichthouder eerder maatregelen tegen kan treffen dan tegen een eenmalige overtreding.

Door deze uitbreiding van de verbodsbepaling ten opzichte van de richtlijn-bepaling, is DNB beter in staat de belangen van (potentieel) gedupeerde crediteuren te beschermen. Mede om deze reden, en omdat zowel het aantrekken als het ter beschikking hebben van gelden rechtstreeks verband houdt met het ter beschikking verkrijgen van gelden, ziet het in dit artikel

neergelegde verbod tevens op het aantrekken en het ter beschikking hebben van gelden.

De toelichting bij artikel 2:29 (2:28) is met de bovenstaande tekst aangevuld.

e. De Raad merkt terecht op dat artikel 7 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 niet in het aan de Raad toegezonden versie van het wetsvoorstel is opgenomen. Dit geldt ook voor de artikelen 8 tot en met 12 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992.

In artikel 7 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt verwezen naar een bepaling van de Wte 1995 die in het Deel Gedragtoezicht van het thans voorliggende wetsvoorstel zal worden geregeld. Om deze reden is ervoor gekozen de desbetreffende categorie – net zoals de ingevolge artikel 3 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 vrijgesteld – in de thans voorliggende nota van wijziging van de reikwijdte van het verbod van artikel 2:29 (2:28) uit te sluiten.

Artikel 2:29 (2:28), tweede lid, is op dit punt met een onderdeel e aangevuld, met als gevolg dat de vrijstelling thans vastgelegd in artikel 7 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 niet meer bij ministeriële regeling zal behoeven te worden geregeld. In artikel 2:29 (2:28), derde lid, is de mogelijkheid opgenomen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vrijstelling van het in het eerste lid neergelegde verbod te verlenen. Op deze wijze kunnen ook de overige categorieën, die nu zijn opgenomen in de artikelen 8 tot en met 12 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992, worden vrijgesteld. Aangezien deze categorieën zeer specifieke gevallen betreffen, die bovendien niet zijn onderworpen aan toezicht ingevolge het voorliggende wetsvoorstel, zullen deze bij of krachtens algemene maatregel van bestuur van het verbod worden vrijgesteld.

f. De richtlijn banken (artikel 20), de richtlijn levensverzekeraars (artikel 40) en de derde richtlijn schadeverzekeraars (artikel 32) geven dezelfde regels voor het geval waarin de desbetreffende onderneming haar bedrijf wil uitoefenen door middel van een bijkantoor in een andere lidstaat. De desbetreffende onderneming geeft kennis aan de toezichthouder in de eigen lidstaat van het voornemen en legt bepaalde gegevens aan die toezichthouder over. De toezichthouder van de lidstaat van de zetel doet mededeling van deze gegevens aan de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat, tenzij de toezichthouder redenen heeft om te twijfelen aan – in de woorden van de bedoelde richtlijnen – de deugdelijkheid van de administratieve structuur, de financiële positie van de financiële onderneming of aan de goede reputatie en de beroepskwalificaties of ervaring van de verantwoordelijke bestuurders. Ten aanzien van het voornemen tot het uitoefenen van het bedrijf vanuit een bijkantoor in een andere lidstaat is er dus geen verschil in de regeling betreffende banken en de regeling betreffende levens- of schadeverzekeraars met betrekking tot de vraag of de toezichthouder van de lidstaat van de zetel toestemming mag geven voor het uitoefenen van het bedrijf door middel van een bijkantoor.

Er is wel een verschil tussen de regelingen ten aanzien van het voornemen tot het uitoefenen van het bedrijf door middel van het verrichten van diensten. Een bank die haar bedrijf in een andere lidstaat wil uitoefenen door middel van dienstverrichting geeft de toezichthouder van de lidstaat van de zetel hiervan kennis. Deze toezichthouder doet van het voornemen mededeling aan de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat binnen een maand. De toezichthouder van de lidstaat van de zetel heeft daarbij geen beoordelingsvrijheid: hij moet de gegevens doorzenden (artikel 21 richtlijn banken). Dat is anders in de richtlijn levensverzekeraars (artikel 42, tweede lid) en de derde richtlijn schadeverzekeraar (artikel 35, tweede lid). De toezichthouder van de lidstaat van de zetel van de verzekeraar kan weigeren de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat mededeling te doen van de gegevens. Indien de toezichthouder dat weigert, deelt hij de redenen van weigering mee aan de verzekeraar. De richtlijnen schrijven voor dat beroep moet kunnen worden ingesteld tegen een dergelijke weigering. Om dat beroep te omkleden met de waarborgen van de Algemene wet bestuursrecht is in het kader van deze nota van wijziging ervoor gekozen in de formulering van deze bepaling tot uitdrukking te brengen dat sprake is van een besluit («instemming»), hetgeen in de huidige toezichtwetten onvoldoende naar voren komt. Kortom, zowel de richtlijnen als de huidige toezichtwetten gaan er impliciet van uit dat door de

toezichthouder een inhoudelijke beoordeling plaatsvindt, en bergen een verkapt instemmingvereiste in zich (met uitzondering van de situatie waarin een bank zijn bedrijf door middel van een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor wil uitoefenen). Het is zuiverder het vereiste van instemming uitdrukkelijk te noemen. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de toelichting verduidelijkt.

g. De Raad heeft terecht geconstateerd dat er een doublure is tussen het Algemeen deel, zoals dat oorspronkelijk is gezonden aan de Raad en het aan de Raad voorgelegde Deel Prudentieel toezicht. In het Algemeen deel horen geen bepalingen thuis die zich richten tot een bepaalde financiële onderneming. Het Algemeen deel zal hiertoe worden aangepast bij de nog in te dienen nota van wijziging waarmee het Deel Gedragstoezicht aan het wetsvoorstel zal worden toegevoegd. Artikel 2:32 (2:31) is aangepast.

11. Deskundigheid en betrouwbaarheid

Artikel 2:37 Wft vereist dat degenen die het dagelijks beleid van een financiële onderneming bepalen voldoende deskundig zijn. Ingevolge artikel 2:38 Wft dienen degenen die het beleid van een financiële onderneming bepalen voldoende betrouwbaar te zijn. Het voorstel maakt hier, overeenkomstig de Wtk 1992 en de Wtv 1993, onderscheid tussen beleid en dagelijks beleid. Niet direct duidelijk is wat het verschil is tussen beleid en dagelijks beleid. Nu dit onderscheid niet nader wordt aangeduid, kan de vraag rijzen of iemand die bij het beleid betrokken is ook aan een deskundigheidstoets onderworpen dient te worden. De Raad adviseert het onderscheid tussen beleid en dagelijks beleid in de Wft te verduidelijken.

11. Deskundigheid en betrouwbaarheid

In de toelichting bij artikel 2:38 (2:37) Wft is dit onderscheid verduidelijkt.

12. Beperking van beschikkingsbevoegdheid, sanerings- en financieringsplan

Artikel 2:174 Wft heeft betrekking op een levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is. Volgens de toelichting is hiermee ook artikel 57 Wtn omgezet naar de Wft. Dit lijkt niet juist, nu het artikel niet ziet op toepassing voor natura-uitvaartverzekeringen. De Raad adviseert artikel 2:174 Wft dan wel de toelichting zo aan te passen dat zij met elkaar overeenstemmen.

12. Beperking van beschikkingsbevoegdheid, sanerings- en financieringsplan
Het advies van de Raad is overgenomen. Aangezien artikel 2:174 (2:181) niet ziet op natura-uitvaartverzekeringen is de toelichting op dat artikel daartoe aangepast.

13. Noodregeling

De noodregeling is gebaseerd op Europese richtlijnen die voor een deel al zijn geïmplementeerd, namelijk in de Wtv 1993. Onlangs heeft de Raad in verband met de implementatie een advies uitgebracht over een wijziging van de Wtk 1992.¹ Over de regels inzake de noodregeling, in het bijzonder in relatie tot het Europees en Nederlandse (toekomstig) recht, merkt de Raad het volgende op.

13.1. Europese richtlijnen

De noodregeling voor verzekeraars en kredietinstellingen is mede gebaseerd op twee Europese richtlijnen: de richtlijn sanering en liquidatie verzekeringsondernemingen² en de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen.³ Op grond van deze richtlijnen is in afdeling 2.5.8 op verschillende plaatsen geregeld dat aan de buitenlandse toezichthouders kennisgeving van de noodregeling moet plaatsvinden. Ook moet in het Publicatieblad van de EU en in buitenlandse nationale dagbladen kennis gegeven worden van een noodregeling.

De bepalingen in afdeling 2.5.8 omtrent bekendmaking aan de toezichthouders en de bekendmaking in de bladen verschillen van elkaar (vergelijk bijvoorbeeld de artikelen 2:195, vijfde lid, 2:216, vierde tot en met zesde lid, 2:219, eerste lid, en 2:221, derde en vijfde lid, Wft). Hierover en over enige andere punten merkt de Raad het volgende op.

¹ Wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen, no. W06.03.0369/IV.

² Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen (PbEG L 275).

³ Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125).

a. Voor wat betreft de bekendmaking is niet altijd duidelijk wanneer er sprake is van bekendmaking op grond van een verplichting uit Europese richtlijnen of ingevolge nationaal beleid. Dit onderscheid is van belang, daar de Europese richtlijnen eisen stellen aan de bekendmaking.

Ingevolge de artikelen 6 en 13 van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen dient de bekendmaking van de noodregeling op een kredietinstelling in het Publicatieblad van de EU en in twee nationale dagbladen van iedere lidstaat van ontvangst plaats te vinden. Bovendien moet de bekendmaking van de saneringsmaatregel aan strikte eisen voldoen, genoemd in artikel 6, vierde lid, van die richtlijn. Ingevolge de artikelen 6 en 14 van de richtlijn liquidatie en sanering verzekeringsondernemingen vindt de bekendmaking plaats in het Publicatieblad van de EU. Bij deze bekendmaking dient tevens aanvullende informatie, genoemd in het tweede lid van die artikelen, te worden opgenomen.

De Raad adviseert in de toelichting steeds duidelijk aan te geven of een bepaling inzake bekendmaking berust op een Europese richtlijn.

b. Volgens de (onderhandse) transponeringstabel zijn de desbetreffende artikelen inzake bekendmaking uit de beide richtlijnen geïmplementeerd in artikel 2:195 Wft. Naar het oordeel van de Raad is dit niet voldoende, want ook het overgaan van de saneringsmaatregel in een liquidatieprocedure dient bekendgemaakt te worden (artikel 2:197 Wft). In het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen is bij de regeling van de overgang van de saneringsmaatregel in een liquidatieprocedure wel rekening gehouden met de eisen uit de richtlijn (zie voorgesteld artikel 75a, vierde lid, Wtk 1992). De Raad adviseert het voorstel op dat punt aan te vullen.

c. De implementatie in artikel 2:195, vijfde lid, Wft is onvoldoende nauwkeurig. Uit de richtlijn sanering en liquidatie verzekeringsondernemingen is niet overgenomen dat bij de bekendmaking in het Publicatieblad de bevoegde instantie van de lidstaat wordt vermeld. Bij de implementatie van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen ontbreken de hoofdpunten uit artikel 6, vierde lid. De Raad verwijst naar punt 3 van zijn advies over het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen (no. W06.04.0369/IV). Naast de daarin genoemde punten ontbreekt ten opzichte van dat wetsvoorstel een verwijzing naar het adres van de Hoge Raad, zonder dat daarvoor een motivering is gegeven.

Wat de bekendmaking aan de andere toezichthouders betreft wijst de Raad op punt 2 van advies no. W06.04.0369/IV. Daarbij merkt de Raad op dat de richtlijn sanering en liquidatie verzekeringsondernemingen niet vereist dat de bevoegde instantie in het land waar een verzekeringsonderneming haar zetel heeft de noodregeling voor die verzekeringsonderneming in alle andere lidstaten via nationale dagbladen bekendmaakt. De richtlijn stelt slechts in de artikelen 6, eerste lid, en 14, eerste lid, dat de toezichthoudende autoriteiten in andere lidstaten op de door hen passend geachte wijze zorg kunnen dragen voor de bekendmaking van de noodregeling uit een andere lidstaat. De richtlijn verplicht dus niet tot bekendmaking in iedere lidstaat van ontvangst door de bewindvoerders, zoals is geregeld in het voorgestelde artikel 2:195, vijfde lid, Wft.

De Raad adviseert de implementatie van bekendmakingsbepalingen uit de richtlijnen nauwgezet in de Wft over te nemen, en daarbij tevens rekening te houden met het advies no. W06.04.0369/IV.

d. De Raad constateert dat de bepalingen inzake de noodregeling in dit voorstel op sommige punten verder gaan dan die in de desbetreffende richtlijnen.¹ Indien een beschikking tot sanering wordt afgegeven ten aanzien van een kredietinstelling die in andere lidstaten bijkantoren heeft of daarheen diensten verricht, moeten de bevoegde autoriteiten de bevoegde autoriteiten van de desbetreffende andere lidstaten hiervan in kennis stellen (artikel 4 van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen). Artikel 2:202, tweede lid, Wft ziet, evenals het in het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen voorgestelde nieuwe dertiende lid van artikel 71 Wtk 1992, echter op kennisgeving aan de bevoegde autoriteiten in alle overige lidstaten. Verder moet DNB de toezichthoudende instanties van andere lidstaten die zulks verzoeken in kennis stellen van het verloop van de noodregeling. Dit volgt

¹ Zie ook advies no. W06.04.0369/IV, punt 6.

echter niet uit de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen en is ook niet opgenomen in het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen. De Raad adviseert de voorgestelde uitbreidingen te voorzien van de onder 2.2 van dit advies bedoelde rechtvaardiging, en het voorstel zo nodig aan te passen.

e. Volgens artikel 5 van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen dienen de bevoegde autoriteiten van een lidstaat waarin een saneringsmaatregel ten uitvoer wordt gelegd tegen een bijkantoor van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling, de autoriteiten van die lidstaat hiervan in kennis te stellen. Dit zou volgens de transponeringstabel geïmplementeerd zijn in artikel 2:232 Wft. Dit artikel betreft echter kennisgeving van de vaststelling en niet van de tenuitvoerlegging van de saneringsmaatregel. Bovendien is niet de bevoegde autoriteit (DNB), maar de rechtbank aangegeven om de autoriteiten van de andere lidstaat in kennis te stellen.¹ De Raad adviseert artikel 2:232 Wft zo te wijzigen dat de kennisgeving van de tenuitvoerlegging van de saneringsmaatregel door DNB geschiedt.

13. Noodregeling

13.1. Europese richtlijnen

a. Naar aanleiding van het advies van de Raad zijn de artikelen 2:195 (2:197), vijfde lid, en 2:218 (2:226), vierde lid aangepast. De toelichting op de artikelen 2:195 (2:197), 2:216 (2:224), 2:211 (2:213) en 2:218 (2:226) is aangevuld. Zie ook 13.1.c.

b. De in artikel 2:197 (2:199) van het voorliggende wetsvoorstel gebruikte wetgevingstechniek is een andere dan die welke is gebruikt in artikel 75a Wtk 1992. In artikel 75a, vierde lid, Wtk 1992 worden de bepalingen waarmee de zogeheten finaliteitsrichtlijn² wordt geïmplementeerd en de bepalingen betreffende, kort gezegd, de financiële zekerheidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing verklaard op de overgang van een saneringsmaatregel in een liquidatieprocedure. In de voorliggende nota van wijziging wordt in artikel 2:207 (2:209), eerste tot en met zevende lid, waarin deze twee onderwerpen worden geregeld, ook de beschikking van de overgang van een saneringsmaatregel in een liquidatieprocedure genoemd, door te verwijzen naar artikel 2:197 (2:199). Het is derhalve niet nodig in artikel 2:197 (2:199) te verwijzen naar artikel 2:207 (2:209). Wel moet worden opgemerkt dat in de aan de Raad gezonden versie van artikel 2:207 (2:209) in het tweede lid ten onrechte geen verwijzing naar artikel 2:197 (2:199) was opgenomen, en dat in het derde tot en met het zevende lid niet altijd even duidelijk was dat deze leden betrekking hebben op alle in het eerste lid bedoelde beschikkingen. Deze onduidelijkheid is weggenomen door in het tweede tot en met het zevende lid telkens expliciet te verwijzen naar een beschikking als bedoeld in het eerste lid.

c. Dit punt hangt samen met 13.1.a. In de aan de Raad gezonden nota van wijziging waren ten onrechte enkele in de richtlijnen genoemde gegevens niet opgenomen. Die omissie is hersteld. In artikel 6 van beide richtlijnen wordt de bekendmaking van een uittreksel voorgeschreven, in de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars wordt gesproken van «het document waarin de saneringsmaatregel wordt vastgesteld», in de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen van «hun beslissing». Beide richtlijnen noemen vervolgens gegevens die in ieder geval bekend moeten worden gemaakt. De in de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars genoemde gegevens zijn niet dezelfde als de in de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen genoemde gegevens. De richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars noemt de bevoegde instantie, het toepasselijke recht en de bewindvoerder. De richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen noemt het onderwerp van de beslissing, de rechtsgrondslag, de beroepstermijn en de beroepsinstantie. De verschillen tussen beide richtlijnen op dit punt zijn voor een deel ogenschijnlijk. Zo zal in een uittreksel van een noodregeling ten aanzien van een verzekeraar ook het onderwerp van de beslissing moeten worden genoemd, en in een uittreksel van een noodregeling ten aanzien van een kredietinstelling ook de bewindvoerder. Dit is weliswaar niet expliciet bepaald in de richtlijnen, maar een uittreksel zonder onderwerp van de beslissing of zonder de bewindvoerder is

¹ Zie tevens punt 2 van het advies no. W06.04.0369/IV.

² Richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG L 166).

ook zonder een daartoe strekkende regel niet compleet. Daarom wordt in artikel 2:195 (2:197) bekendmaking van deze gegevens voorgeschreven, zowel voor de noodregeling ten aanzien van een bank als voor de noodregeling ten aanzien van een verzekeraar.

Ten aanzien van andere verschillen tussen de richtlijnen op dit punt geldt dat sommige gegevens weliswaar niet onmisbaar zijn voor een compleet uittreksel, maar dat niet goed verklaarbaar is waarom deze gegevens wel in de ene noodregeling bekend moeten worden gemaakt en niet in de andere. Zo is het voor de schuldeisers in een noodregeling ten aanzien van een verzekeraar van belang te weten wat de beroepstermijnen zijn en wat de beroepsinstantie is. Daarnaast is het voor de schuldeisers in een noodregeling ten aanzien van een bank van belang te weten welk recht toepasselijk is. Om deze reden, vanuit de wens de regeling voor banken en die voor verzekeraars zo veel mogelijk te harmoniseren en aangezien de richtlijnen op dit punt minimumverplichtingen bevatten, is de nota van wijziging zodanig aangepast dat de in beide richtlijnen genoemde gegevens bekend moeten worden gemaakt zowel in een noodregeling ten aanzien van een verzekeraar als in een noodregeling ten aanzien van een bank.

Een ander verschil tussen beide richtlijnen is het volgende. In de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars is bepaald dat de toezichthouder van elke andere lidstaat dan de lidstaat waar de saneringsmaatregel is uitgesproken voor bekendmaking op het eigen grondgebied kan zorgdragen. Die regel behoeft geen implementatie: in de Nederlandse wet zou een bepaling die een dergelijke bevoegdheid geeft aan een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat niet op haar plaats zijn, terwijl een Nederlandse toezichthouder die bevoegdheid ook zonder wet heeft. In de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen is bepaald dat de saneringsmaatregel bekend wordt gemaakt in twee dagbladen van de lidstaat waar de bank een bijkantoor heeft of diensten verricht. Niet valt in te zien waarom de schuldeisers met een vordering uit hoofde van een verzekering op dit punt anders moeten worden behandeld dan de schuldeisers van een bank, zodat er aanleiding is om de regels op dit punt voor een noodregeling ten aanzien van een verzekeraar op te trekken tot het niveau van de regels voor een noodregeling ten aanzien van een bank.

De artikelen 2:195 (2:197) en 2:218 (2:226) en de toelichting zijn in bovenstaande zin aangevuld.

d. Artikel 2:202 (2:204) verplicht DNB om de toezichthoudende instanties van alle andere lidstaten in kennis te stellen van de beschikkingen, ook van die lidstaten waar de desbetreffende financiële onderneming geen bijkantoor heeft of geen diensten verricht. Wat betreft de noodregeling ten aanzien van een levensverzekeraar of schadeverzekeraar wordt deze verplichting voorgeschreven door artikel 5 van de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars. Wat betreft de noodregeling ten aanzien van een kredietinstelling vloeit deze verplichting voort uit artikel 6, derde lid, van de finaliteitsrichtlijn. Deze bepaling in de finaliteitsrichtlijn gaat verder dan artikel 5, tweede zin, van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen, dat voorschrijft dat slechts de toezichthoudende instanties van de lidstaten waar de bank een bijkantoor heeft of diensten verricht in kennis moeten worden gesteld. Het opnemen van een verplichting tot in kennisstelling als bedoeld in de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen zou in strijd zijn met de finaliteitsrichtlijn. Artikel 2:202 (2:204) gaat in zoverre verder dan de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars en de finaliteitsrichtlijn voorschrijven, dat de toezichthoudende instanties ook van de beslissing tot het geven van een machtiging en de beslissing tot het uitbreiden van een gegeven machtiging in kennis moeten worden gesteld. Deze beslissingen zijn zo verweven met de beslissing tot opening van de insolventieprocedure dat zij daarvan niet los kunnen worden gezien.

De verplichting om de andere toezichthoudende instanties in kennis te stellen van de beslissing tot het uitspreken van een noodregeling ten aanzien van een natura-uitvaartverzekeraar vloeit niet voort uit een richtlijn. Aansluiting is gezocht bij de regeling betreffende de noodregeling waaraan een levensverzekeraar of schadeverzekeraar is onderworpen.

De toelichting op artikel 2:202 (2:204) is in bovenstaande zin aangevuld.

e. Met artikel 2:232 (2:240) wordt artikel 5 van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen geïmplementeerd. Dat artikel ziet op de volgende situatie. Een bank heeft zijn zetel in de ene lidstaat en een bijkantoor in een andere lidstaat. De rechterlijke instantie van de lidstaat waar de bank het bijkantoor heeft, acht een ingrijpen ten aanzien van het bijkantoor op «zijn» grondgebied noodzakelijk. In dat geval moet daarvan de toezichthouder in de lidstaat van de zetel in kennis worden gesteld. Tussen het voorgestelde artikel 2:232 (2:240) en de door de Raad geadviseerde formulering bestaan drie verschillen.

Het eerste verschil is dat in artikel 2:232 (2:240) sprake is van een inkennisstelling van een *noodzakelijk achten* van – kort gezegd – een ingrijpen, terwijl in de formulering van de Raad sprake is van een inkennisstelling van een ingrijpen zelf. Artikel 5 van de richtlijn heeft betrekking op het *noodzakelijk achten* van een ingrijpen. Daarbij kan worden aangetekend dat het voor de rechter van de lidstaat van ontvangst niet mogelijk is om in te grijpen; dat is immers aan de rechter van de lidstaat van herkomst. De inkennisstelling door de rechter van de lidstaat van het bijkantoor kan dus niet het ingrijpen zelf betreffen.

Het tweede verschil betreft hoe het ingrijpen wordt geformuleerd: is dat het *vaststellen* van een saneringsmaatregel of de *tenuitvoerlegging* van een saneringsmaatregel? De richtlijn gebruikt in de Nederlandse versie de woorden «ten uitvoer worden gelegd». Betwijfeld kan worden «tenuitvoerlegging» of «ten uitvoer leggen» hetzelfde betekenen als «to implement», «mettre en oeuvre» of «Durchführung». Een omzetting verbatim ligt alleen daarom al minder voor de hand. Bovendien kan onder «tenuitvoerlegging» worden verstaan het met behulp van executie- of dwangmiddelen afdwingen van de naleving van de beslissing. De beslissing tot opening van een saneringsmaatregel bevat elementen waarvan de naleving kan worden afgedwongen, maar ook elementen waarbij dat niet het geval is: betwijfeld kan worden of het weigeren van een verlot tot het leggen van beslag nadat de beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel is uitgesproken, kan worden gezien als de «tenuitvoerlegging» van de saneringsmaatregel. Tot slot wordt erop gewezen dat het vaststellen van een saneringsmaatregel een voorwaarde is zonder welke geen enkel effect optreedt, dus ook niet de tenuitvoerlegging van de elementen van de beslissing tot opening van de saneringsmaatregel die daarvoor in aanmerking komen. Toch zal de wens tot ingrijpen niet alleen zijn gericht op gevolgen van de saneringsmaatregel die «ten uitvoer worden gelegd», maar ook op andere gevolgen. Om deze redenen wordt de voorkeur aan het woord «vaststelling» gegeven.

Het derde verschil is dat in de aan de Raad gezonden nota van wijziging de inkennisstelling door de rechtbank geschiedt terwijl de Raad adviseert dat deze door DNB geschiedt. De richtlijn is niet duidelijk op dit punt. De eerste zin van artikel 5 van de richtlijn bepaalt dat de administratieve of rechterlijke instanties de inkennisstelling doen, maar in de tweede zin is bepaald dat de informatie wordt overgebracht door de bevoegde autoriteiten, dus door de toezichthouder. Niet aannemelijk is dat dezelfde informatie tegelijkertijd moet worden gegeven door zowel de rechtbank als DNB. Aangesloten is bij de formulering van artikel 71, dertiende lid, Wtk 1992 en bij die van artikel 2:202 (2:204), tweede lid. Het advies van de Raad om de inkennisstelling van de toezichthouders van de andere lidstaten door DNB te laten geschieden en niet door de rechtbank, is opgevolgd. Het artikel is daartoe in twee leden opgedeeld. In het eerste lid is bepaald dat de griffier van de rechtbank DNB in kennis stelt en in het tweede lid is bepaald dat DNB vervolgens de andere toezichthouders in kennis stelt.

13.2. Bestaande nationale wetgeving

a. In artikel 2:215 Wft is in het eerste lid bepaald dat de rechtbank een kredietinstelling of verzekeraar in staat van faillissement kan verklaren indien er aan de bewindvoerders een machtiging als bedoeld in artikel 2:196, eerste lid, is afgegeven. Dit kan op verzoek van de bewindvoerders, alsmede op vordering van het openbaar ministerie of ambtshalve. In de Wtv 1993 is geregeld dat dit alleen kan geschieden op verzoek van de bewindvoerders. Daarnaast is in het tweede lid van artikel 2:215 Wft geregeld dat, indien geen machtiging is verstrekt, de rechtbank de onderneming onder bepaalde voorwaarden failliet kan verklaren. Deze mogelijkheid ontbreekt in de huidige sectorale wetten.

De Raad mist in de toelichting een motivering voor het opnemen van deze uitbreidingen. Hij adviseert daarin alsnog te voorzien.

b. In artikel 2:198 Wft zijn de bepalingen betreffende de informatieverplichting niet van overeenkomstige toepassing verklaard, zoals dit wel is geregeld in de huidige wetten (artikel 71, vijfde lid, Wtk 1992 en artikel 156, elfde lid, Wtv 1993). Hiervoor is geen motivering gegeven. De Raad adviseert deze keuze nader te motiveren.

c. In artikel 2:218 Wft zijn de mogelijkheden van beroep tegen beschikkingen van de rechtbank geregeld. Volgens de toelichting is voor de beroepstermijnen aansluiting gezocht bij de Faillissementswet.¹ In afwijking van de Faillissementswet is zonder nadere motivering de termijn voor verzet ingekort van veertien naar acht dagen. De Raad adviseert deze afwijking alsnog te motiveren.

d. De regeling in het voorstel voor natura-uitvaartverzekeraars met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland kent een aantal wijzigingen ten opzichte van de overeenkomstige bepalingen uit de Wtn. Een aantal daarvan betreft ook wijziging ten opzichte van de Wtv 1993.

Ten eerste wordt in artikel 2:252, tweede lid, Wft bepaald dat in ten minste twee door de rechtbank aan te wijzen Nederlandse dagbladen het ingewilligde verzoek tot toepassing van de noodregeling moet worden bekendgemaakt. In artikel 66 Wtn komt deze verplichting niet voor. Ten tweede moet DNB een afschrift van het verzoekschrift zowel aan de natura-uitvaartverzekeraar als aan het bijkantoor zenden (artikel 2:253, eerste lid, Wft). De toezending aan het bijkantoor is nieuw ten opzichte van de Wtn. Dit geldt tevens voor artikel 2:235 Wft, dat nieuw is ten opzichte van artikel 156 Wtv 1993. Ten slotte zendt, ingevolge artikel 2:253, derde lid, Wft, de griffier van de rechtbank aan de desbetreffende natura-uitvaartverzekeraar en het bijkantoor een afschrift van de oproeping van de rechtbank aan DNB en deze natura-uitvaartverzekeraar. Deze bepaling komt thans niet voor in de Wtn. Bovendien lijkt het overbodig een afschrift van de oproeping aan een bijkantoor in afschrift nogmaals aan datzelfde bijkantoor toe te zenden. Dit geldt tevens voor de bepaling in artikel 2:235, derde lid, Wft, dat niet voorkomt in artikel 156 Wtv 1993. De Raad adviseert de wijzigingen toe te lichten.

e. In paragraaf 2.5.8.3 komt op een aantal plaatsen de verplichting voor om de beëindiging van de noodregeling bekend te maken (zie de artikelen 2:239, 2:248 en 2:250 Wft). Het is niet duidelijk hoe deze bepalingen zich tot elkaar verhouden. Naar het oordeel van de Raad dient artikel 2:248 Wft als centrale bepaling voor bekendmaking van beëindigingen en is een specifieke bepaling alleen wenselijk indien daarvoor een bijzondere reden bestaat. De Raad adviseert het voorstel aan te passen.

13.2. Bestaande nationale wetgeving

a. Indien het met de noodregeling beoogde doel is bereikt, dan wel blijkt dat dit niet te bereiken is, kan de kredietinstelling of de verzekeraar met zetel in Nederland in staat van faillissement worden verklaard. Artikel 2:215 (2:223) voorziet in de procedure om een noodregeling als het ware om te zetten in faillissement. Deze materie wordt nu geregeld in de artikelen 77 Wtk 1992 en 169 Wtv 1993. Deze twee artikelen wijken van elkaar af op verschillende punten. Een eerste verschil betreft de kring van personen die het initiatief kunnen nemen tot een dergelijke omzetting. Op grond van artikel 77 Wtk 1992 vindt de faillietverklaring plaats op verzoek van de bewindvoerders, op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve. Op grond van artikel 169 Wtv 1993 dienen de bewindvoerders een verzoek tot faillietverklaring in. Met andere woorden: bij een kredietinstelling kan de omzetting ook op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve plaatsvinden, hetgeen niet mogelijk is bij verzekeraars. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is een en ander opnieuw bezien. Aan de aard van de financiële onderneming – bank of verzekeraar – kan geen argument worden ontleend om dit verschil te rechtvaardigen. Gekozen is voor de oplossing waarin in ieder geval de bewindvoerders om omzetting kunnen vragen. Dit ligt voor de hand: zij zijn bij uitstek op de hoogte van de financiële situatie van de financiële onder-

¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel 2:218.

neming. Afgezien is van de mogelijkheid dat het Openbaar Ministerie om omzetting vraagt. Een verzoek van het Openbaar Ministerie tot omzetting zou op gespannen voet kunnen staan met het toezichtsdoel waar deze nota van wijziging op ziet. Wel wordt de mogelijkheid voorgesteld voor zowel banken als verzekeraars dat omzetting plaatsvindt op initiatief van de rechter. Hierbij is ervoor gekozen dat niet alleen de rechtbank ambtshalve het faillissement kan uitspreken maar dat de rechter-commissaris een voordracht daartoe kan doen. De rechter-commissaris heeft voortdurend zicht op de noodregeling en is om die reden goed in staat te beoordelen of de situatie aanleiding geeft tot een dergelijke voordracht. Op dit specifieke punt is aangesloten bij artikel 242 van de Faillissementswet.

Een tweede verschil tussen de Wtk 1992 en de Wtv 1993 op dit punt betreft het volgende. Ingevolge de Wtv 1993 dient DNB een verzoek tot faillietverklaring in indien geen machtiging is verleend en geen redelijk vooruitzicht meer bestaat dat het met een machtiging te bereiken doel alsnog kan worden verwezenlijkt. De Wtk 1992 geeft in geen enkele situatie aan DNB de bevoegdheid om omzetting te vragen, dus ook niet in de situatie waarin geen machtiging is verleend, welke situatie overigens niet apart wordt geregeld in de Wtk 1992. In artikel 2:215 is gekozen voor de oplossing van de Wtk 1992. Niet goed valt in te zien waarom in de situatie waarin geen machtiging is verleend DNB omzetting zou kunnen vragen, en in alle andere gevallen die bevoegdheid toekomt aan anderen.

Een derde verschil is dat op grond van de Wtv 1993 de bewindvoerders om omzetting moeten vragen indien, kort gezegd, de financiële situatie daartoe aanleiding geeft, terwijl in de Wtk 1992 geen verplichting is opgenomen. In artikel 2:215 (2:223) is gekozen voor de oplossing van de Wtk 1992. Het is juist te bepalen op welke gronden de rechtbank het verzoek tot omzetting kan toewijzen dan te bepalen in welke omstandigheden de bewindvoerders het verzoek moeten indienen. Overigens zou ook zonder expliciete bepaling het niet van een adequate taakopvatting getuigen indien de bewindvoerders geen omzetting vragen terwijl daartoe wel alle reden is.

Een vierde verschil tussen artikel 77 Wtk 1992 en artikel 169 Wtv 1993 is dat op grond van de Wtv 1993 de bewindvoerders DNB dienen te horen voordat zij een verzoek tot omzetting indienen, en dat de rechtbank DNB niet behoeft te horen, terwijl op grond van de Wtk 1992 de bewindvoerders DNB niet behoeven te horen, maar de rechtbank dat wel moet doen. Er is voor gekozen in artikel 2:215 (2:223) te bepalen dat de rechtbank DNB hoort. In de praktijk zal er ook zonder wettelijke basis wel contact zijn tussen de bewindvoerders en DNB. Contact tussen de rechtbank en DNB is zonder wettelijke basis echter minder vanzelfsprekend. De rechtbank is degene die de beslissing tot omzetting neemt, niet de bewindvoerders. Dat pleit ervoor dat in de wet op de rechtbank en niet op de bewindvoerders de verplichting wordt gelegd DNB te horen.

Een vijfde verschil wordt gevormd door de gronden waarop de noodregeling wordt omgezet in een faillissement. De in de Faillissementswet genoemde grond voor «gewone» schuldenaren – kortweg: het onbetaald laten van twee of meer schulden – geldt hier niet. De in artikel 77 Wtk 1992 genoemde grond is dat een naar goed koopmansgebruik opgemaakte balans een tekort aanwijst. De in artikel 169 Wtv 1993 genoemde grond is dat de verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft en dat het met de verleende machtiging te bereiken doel is verwezenlijkt of niet meer kan worden verwezenlijkt. In de praktijk komen een tekort op de balans en een negatief eigen vermogen op hetzelfde neer. Gekozen is voor de term «negatief eigen vermogen». Daaraan is toegevoegd de nu in de Wtv 1993 opgenomen eis dat bovendien het met de verleende machtiging te bereiken doel is bereikt of niet meer kan worden bereikt. Tot slot is er nog een verschil tussen de Wtk 1992 en de Wtv 1993. Op grond van de Wtk 1992 trekt de rechtbank de verklaring tot het toepassen van de noodregeling in. Artikel 169, derde lid, Wtv 1993 bepaalt dat de noodregeling en de machtiging van rechtswege ophouden van kracht te zijn ingeval de verzekeraar in staat van faillissement wordt verklaard. In artikel 2:215 (2:223) is gekozen voor de oplossing van de Wtv 1993. Dit is het meest praktisch. De toelichting is aangevuld met het bovenstaande.

b. Artikel 71, vijfde lid, Wtk 1992 en artikel 156, elfde lid, Wtv 1993 verklaren de informatiebepalingen in de respectieve wetten van overeenkomstige toepassing met betrekking tot de rechtbank in geval van een noodregeling. Het

is niet gewenst Awb-bepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren met betrekking tot de rechtbank, omdat dan bepalingen uit een bestuursrechtelijke context worden toegepast op de werkwijze van de civiele kamer van een rechtbank.

Bezien is of de nu bestaande artikelen 53 en 62, eerste tot en met derde lid, Wtk 1992 voluit moeten worden overgenomen als het tweede en volgende lid van artikel 2:198 (2:200). Dat heeft tot het volgende geleid. Artikel 53 Wtk 1992 bepaalt dat DNB bij iedere onderneming of instelling ten aanzien waarvan kan worden vermoed dat deze handelt in strijd met de bij de Wtk 1992 gestelde regels alle inlichtingen kan inwinnen of doen inwinnen die redelijkerwijs nodig zijn om dit te beoordelen. Bij nader inzien leent deze bepaling zich minder goed voor overeenkomstige toepassing door de rechtbank. Het past niet goed in ons systeem om de rechtbank de bevoegdheid te geven actief op te treden bij ondernemingen die niet zijn onderworpen aan een bij de rechtbank aanhangige procedure. De bepaling is geschreven om DNB de bevoegdheid te geven te beoordelen of zij dient op te treden tegen ondernemingen waarvan zij vermoedt dat zij kredietinstellingen zijn.

Artikel 62, eerste lid, Wtk 1992 bepaalt dat de betrokken onderneming of instelling de inlichtingen verstrekt binnen de door DNB te stellen termijn. Deze bepaling wordt alsnog opgenomen als artikel 2:198 (2:200), tweede lid.

Artikel 62, tweede lid, Wtk 1992 bepaalt dat de betrokken onderneming of instelling verplicht is DNB desgevorderd in de gelegenheid te stellen zich van de juistheid van de verstrekte inlichtingen te overtuigen aan de hand van zakelijke gegevens en bescheiden en daarbij zoveel mogelijk behulpzaam te zijn. Deze bepaling is niet overgenomen in de voorliggende nota van wijziging in het kader van de noodregeling. De regel past minder goed ten aanzien van de rechtbank in een noodregeling.

Artikel 62, derde lid, Wtk 1992 regelt de situatie waarin een ander dan de betrokken kredietinstelling de gegevens onder zich heeft. Deze bepaling hoeft niet te worden overgenomen in artikel 2:198 (2:200). De bepaling in deze nota van wijziging is zo geformuleerd dat het niet ter zake doet of de betrokken financiële onderneming dan wel een derde de gegevens onder zich heeft. Ten opzichte van de aan de Raad gezonden versie is artikel 2:198 (2:200), tweede lid, gewijzigd teneinde te bewerkstelligen dat ook indien een ander dan een kredietinstelling of een verzekeraar gegevens onder zich heeft, deze de gegevens verstrekt binnen de door de rechtbank te bepalen termijn.

Voorts is bezien of de regel in artikel 57 Wtv 1993 moet worden overgenomen in artikel 2:198 (2:200). De eerste volzin van dat artikel betreft de situatie waarin een toezichthouder van een andere lidstaat gegevens in Nederland van een hier gelegen bijkantoor van een verzekeraar met zetel in die andere lidstaat wenst te verifiëren. Overeenkomstige toepassing van die bepaling ten aanzien van een rechtbank in een noodregeling past niet. De tweede volzin van artikel 57 Wtv 1993 bepaalt dat degene bij wie gegevens worden geverifieerd aan de toezichthouder en diens functionarissen alle medewerking verleent. Deze bepaling hoeft niet te worden overgenomen. De derde volzin heeft specifiek betrekking op bevoegdheden van DNB bij de verificatie van gegevens van een bijkantoor in Nederland door een toezichthouder uit een andere lidstaat en komt niet voor overeenkomstige toepassing in aanmerking.

Naar aanleiding van een en ander is artikel 2:198 (2:200) uitgebreid met een tweede lid waarin wordt bepaald dat de gegevens binnen een door de rechtbank te stellen termijn worden verstrekt. De toelichting is overeenkomstig het bovenstaande aangepast.

c. Op grond van artikel 8, tweede lid, van de Faillissementswet heeft de schuldenaar die in staat van faillissement is verklaard, indien hij niet is gehoord, gedurende veertien dagen het recht van verzet. In de voorliggende nota van wijziging is die termijn in de vergelijkbare situatie teruggebracht tot acht dagen. Reden daarvoor is dat, anders dan bij een «gewone» schuldeiser, DNB bij een bank of verzekeraar met een vergunning voorafgaand aan de aanvraag van de noodregeling contact zal hebben gehad met de desbetreffende financiële onderneming zodat de aanvraag minder onverwacht zal zijn. Is er sprake van een noodregeling ten aanzien van een illegale bank of verzekeraar, dan is snel ingrijpen des te meer gewenst en moet snel duidelijk zijn of de noodregeling definitief wordt.

d. De toelichting is aangevuld met een toelichting op de artikelen 2:252 (2:257), tweede lid en 2:253 (2:258), eerste lid. De bepaling in artikel 2:252 (2:257), derde lid, dat het afschrift van de oproeping wordt gezonden aan zowel de natura-uitvaartverzekeraar als aan het bijkantoor is gewijzigd, in die zin dat het afschrift van de oproeping aan het bijkantoor wordt gezonden, en niet langer ook aan de natura-uitvaartverzekeraar. De oproeping zelf wordt immers aan de natura-uitvaartverzekeraar gezonden.

e. De woorden «en van de beëindiging van de noodregeling» in de aan de Raad gezonden versie van artikel 2:239 (2:247), eerste lid, zijn overbodig naast artikel 2:248 (2:254) en zijn daarom in de voorliggende tekst niet meer opgenomen. Ditzelfde geldt voor artikel 2:221 (2:229), achtste lid, en artikel 2:250 (2:255), vierde lid, van de aan de Raad gezonden versie.

*13.3. Overeenkomstige toepassing van regels uit paragraaf 2.8.5.1
Veel artikelen uit paragraaf 2.5.8.1 (financiële ondernemingen met zetel in Nederland) zijn van overeenkomstige toepassing verklaard op natura-uitvaartverzekeraars met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland (artikel 2:254 Wft). Ook ten aanzien van een kredietinstelling met zetel in een staat die geen lidstaat is, zijn artikelen uit paragraaf 2.5.8.1 van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 2:238, eerste lid, Wft). De opmerkingen betreffende deze van overeenkomstige toepassingverklaringen zijn, waar mogelijk, gekoppeld. De Raad merkt het volgende op.*

a. In de artikelen 2:238, eerste lid, en 2:254 Wft is artikel 2:203, tweede en derde lid, Wft van overeenkomstige toepassing verklaard. Hetgeen is bepaald in het eerste lid van dit artikel is daarentegen opgenomen in artikel 2:242 respectievelijk artikel 2:258 Wft. Uit overwegingen van systematiek adviseert de Raad om ook het tweede en derde lid van artikel 2:203 in artikel 2:242 respectievelijk artikel 2:258 Wft van overeenkomstige toepassing te verklaren, en niet in artikel 2:238, eerste lid, respectievelijk artikel 2:254 Wft.

b. Ingevolge de artikelen 2:238, eerste lid, en 2:254 Wft geldt artikel 2:208, zevende en achtste lid, Wft wel voor Nederlandse financiële ondernemingen, maar niet voor die met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland. De desbetreffende bepalingen zijn thans wel opgenomen in de sectorale wetten. De Raad adviseert deze verandering te motiveren, en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Artikel 2:211 Wft is niet van overeenkomstige toepassing verklaard in de artikelen 2:238, eerste lid, en 2:254 Wft en geldt dus alleen voor Nederlandse financiële ondernemingen. Voor financiële ondernemingen met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland geldt een aparte bepaling, die is neergelegd in de artikelen 2:236 en 2:260 Wft. De Raad adviseert dit verschil toe te lichten, mede gelet op het doel om via harmonisatie de wetgeving te vereenvoudigen, en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. De artikelen 2:226 en 2:227 Wft hebben slechts betrekking op levensverzekeraars en behoeven dus niet van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op Nederlandse natura-uitvaartverzekeraars en die met zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland in artikel 2:254 Wft. De Raad adviseert artikel 2:254 Wft aan te passen.

13.3. Overeenkomstige toepassing van regels uit paragraaf 2.8.5.1

a. Het advies van de Raad is opgevolgd.

b. Met artikel 2:208 (2:210) is beoogd de huidige regelingen in de Wtk 1992, de Wtv 1993 en de Wtn van de bevoegdheden van de bewindvoerders te harmoniseren. Artikel 72, eerste lid, Wtk 1992, bepaalt dat de bewindvoerders alle bevoegdheden van de organen van de kredietinstelling dan wel het bijkantoor uitoefenen. In artikel 161, zevende en achtste lid, Wtv 1993 en artikel 70, zevende en achtste lid Wtn, wordt bepaald dat, kort gezegd, een besluit van de aandeelhouders toestemming behoeft van de bewindvoerders en dat, indien zij een besluit niet nemen, de bewindvoerders dit besluit kunnen

nemen. De regeling van de Wtv 1993 en de Wtn verdient de voorkeur. De bewindvoerders oefenen niet alle bevoegdheden van de organen uit, bijvoorbeeld niet de bevoegdheden met betrekking tot het afleggen van verantwoording door de bestuurders. Een ander argument tegen de regeling van artikel 72, eerste lid, Wtk 1992 is dat een bijkantoor geen organen heeft. De regeling van artikel 161, zevende en achtste lid, Wtv 1993 en artikel 70, zevende en achtste lid, Wtn is overgenomen in artikel 2:208 (2:210), zevende en achtste lid.

Voorts vraagt de Raad of de regeling van de bewindvoerders als opgenomen in artikel 2:208 (2:210), zevende en achtste lid, ook moet gelden in geval van een kredietinstelling of verzekeraar met zetel in een staat die geen lidstaat is die een bijkantoor in Nederland heeft, alsmede in geval van een natura-uitvaartverzekeraar met zetel in een andere staat die een bijkantoor in Nederland heeft. Ook hierbij is aangesloten bij de artikelen 161, zevende en achtste lid, Wtv 1993 en 70, zevende en achtste lid, Wtn. Deze leden hebben slechts betrekking op de levens- of schadeverzekeraar onderscheidenlijk de natura-uitvaartverzekeraar *met zetel in Nederland*. Dezelfde regeling is opgenomen in de artikelen 2:238 (2:246), eerste lid, en 2:254 (2:259), door artikel 2:208 (2:210), zevende en achtste lid, niet van overeenkomstige toepassing te verklaren. In dit opzicht is er dus geen verandering in de artikelen 2:238 (2:246), eerste lid, en 2:254 (2:259) ten opzichte van de huidige sectorale wetten.

De achtergrond van een en ander is de volgende. Indien een levens- of schadeverzekeraar of bank met zetel in een staat die geen lidstaat is en met een bijkantoor in Nederland, dan wel een natura-uitvaartverzekeraar met zetel in een andere staat en met een bijkantoor in Nederland aan de noodregeling wordt onderworpen, gelden de gevolgen daarvan, kort gezegd, ten opzichte van het bijkantoor. Het zou niet wenselijk zijn te bepalen dat de bewindvoerders die benoemd zijn op basis van de aanwezigheid in Nederland van een bijkantoor, de bevoegdheden van de aandeelhouders van de financiële onderneming als geheel, met zetel in een staat die geen lidstaat is, zouden mogen uitoefenen. De Nederlandse wet zou dan pretenderen gelding te hebben in het buitenland. Niet waarschijnlijk is dat de aandeelhoudersvergadering van een financiële onderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is, deze pretentie zou honoreren. Om deze reden zijn de artikelen 161, zevende en achtste lid, Wtv 1993 en 70, zevende en achtste lid, Wtn, beperkt tot de verzekeraar met zetel in Nederland, en eveneens om deze reden is die oplossing overgenomen in de voorliggende nota van wijziging. De toelichting is aangevuld met een passage met de strekking van deze alinea.

c. Naar aanleiding van het advies van de Raad is artikel 2:211 (2:213) van overeenkomstige toepassing verklaard in de artikelen 2:238 (2:246) en 2:254 (2:259), en is aan die artikelen een tweede lid toegevoegd, dat erop neer komt dat de in artikel 2:211 (2:213) opgenomen verplichtingen tot publicatie niet zover gaan dat ook in het Publicatieblad van de Europese Unie moet worden gepubliceerd. De artikelen 2:245 (klaarblijkelijk het artikel dat de Raad bedoelt wanneer hij verwijst naar artikel 2:236) en 2:260, zoals die voorkomen in de aan de Raad gezonden versie, zijn niet meer opgenomen in de thans voorliggende versie.

d. Naar aanleiding van het advies van de Raad wordt in artikel 2:254 (2:259) niet meer verwezen naar de artikelen 2:226 (2:234) en 2:227 (2:235). Overigens geldt het advies van de Raad ook voor de verwijzing in dat artikel naar artikel 2:228 (2:236), reden om ook die verwijzing te laten vervallen.

14. Internationaal privaatrecht

In het wetsvoorstel sanering en liquidatie kredietinstellingen is in het voorgestelde artikel 80q Wtk 1992 bepaald dat bewindvoerders personen kunnen aanwijzen om hen te vertegenwoordigen of anderszins bij te staan. Deze bepaling strekt ter implementatie van artikel 28, tweede lid, tweede volzin, van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Wft.

De Raad adviseert het voorstel op dit punt aan te vullen.

14. Internationaal privaatrecht

Het bij wetsvoorstel 29 860 voorgestelde artikel 80q Wtk 1992 bepaalt dat de bewindvoerders personen kunnen aanwijzen om hen te vertegenwoordigen of anderszins bij te staan. Dat is niet een bepaling van internationaal privaatrecht maar van intern recht, zodat deze regel bij nader inzien thuishoort in § 2.5.8.1. Aan artikel 2:208 (2:210) is een lid met deze regel toegevoegd.

15. Financiële groepen

a. Bij een aantal begrippen in deze afdeling, zoals moederonderneming, rijst de vraag in hoeverre deze sporen met begrippen uit International Accountancy Standards en de International Financial Reporting Standards.¹

De Raad adviseert dit in de toelichting aan te geven, en bij eventuele verschillen het voorstel zo nodig aan te passen.

b. De Raad constateert dat de definitie van het begrip «deelnemende onderneming» in artikel 2:293, eerste lid, onder a, Wft uitgebreider is dan de definitie in artikel 69a, eerste lid, onder g, Wtv 1993 en in artikel 1, onder g, van de verzekeringsgroepenrichtlijn², waar deze bepaling op is gebaseerd. De Raad adviseert om deze uitbreiding te voorzien van de onder 2.2 van dit advies bedoelde rechtvaardiging, en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. De definitie van «deelneming» in artikel 2:293, eerste lid, onder b, Wft wijkt, zoals de toelichting vermeldt, af van de definitie in de vierde richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PbEG L 222) en van de definitie in het Burgerlijk Wetboek.

De Raad wijst op hetgeen hij onder 2.3 heeft opgemerkt, en adviseert de definitie in de richtlijn zo nauwkeurig mogelijk over te nemen.

d. De definitie in artikel 2:293, eerste lid, onder i, Wft inzake een «onderneming die nevendiensten van het bedrijf van kredietinstellingen verricht» is minder uitgebreid dan de definitie in de richtlijn banken (artikel 1, drieëntwintigste lid). De activiteiten van de onderneming die nevendiensten verricht worden niet zoals in de richtlijn omschreven.

De Raad wijst op hetgeen hij onder 2.3 heeft opgemerkt, en adviseert de definitie in de richtlijn zo nauwkeurig mogelijk over te nemen.

15. Financiële groepen

a. De begrippen die de richtlijn banken en de verzekeringsgroeprichtlijn (toezichtsrichtlijnen) kennen voor moederonderneming en dochteronderneming wijken af van die van de vennootschapsrichtlijnen die in het Burgerlijk Wetboek zijn verwerkt. De toezichtsrichtlijnen hebben ten doel de consolidatie met het oog op het toezicht adequaat te doen zijn; de toezichthouder kan als gevolg van de afwijkende begrippen voorschrijven wat er moet worden geconsolideerd. Deze richtlijnen vormen een lex specialis ten opzichte van de door de Raad genoemde IAS en IFRS die via verordeningen in de Europese regelgeving zijn opgenomen. De lidstaten zijn verplicht de toezichtsrichtlijnen te verwerken en het is dan ook niet mogelijk de begrippen op een lijn te brengen. Dit gezegd zijnde ligt het niet in de verwachting dat er in de praktijk problemen zullen optreden met de begrippen uit de IAS/IFRS. In de verzekeringsgroeprichtlijn zijn de begrippen moederonderneming en dochteronderneming bepalend voor de reikwijdte van het toezicht op de verzekeringsgroep. Ook in de richtlijn banken spelen de begrippen vooral een rol bij de consolidatie. Zoals gezegd kan de toezichthouder voorschrijven dat bepaalde onderdelen in een groep moeten worden geconsolideerd. Dit is nodig omdat ondernemingen tot nu toe veel vrijheid hebben bij de beslissing of al dan niet wordt geconsolideerd. Door de invoering van de IAS/IFRS en de aanscherping van de consolidatieverplichtingen in de vennootschapsrichtlijnen dient er in alle relevante gevallen consolidatie plaats te vinden. Hierdoor is de verwachting dat er niet of nauwelijks verschil meer zal zijn.

b. De definitie van «deelnemende onderneming» in de verzekeringsgroeprichtlijn is aangepast door de richtlijn financiële conglomeraten en daarmee is

¹ VVV, Consultatie specifieke onderwerpen deel prudentieel toezicht Wft, 17 mei 2004 (Bijlage).

² Richtlijn 98/78/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 1998 betreffende het aanvullend toezicht op verzekeringsondernemingen in een verzekeringsgroep (PbEG L 330).

in deze nota van wijziging rekening gehouden. Conform het advies van de Raad is dit toegelicht. Dit geldt ook voor de definities van «gemengde verzekeringsholding», «verbonden onderneming» en «verzekeringsholding» die ook zijn aangepast door de richtlijn financiële conglomeraten.

c. De definitie van deelneming in de richtlijn banken en in de verzekerings-groeprichtlijn wijkt af van die in de vierde richtlijn 78/660/EEG en in het Burgerlijk Wetboek. De definitie van deelneming in artikel 2:293 (2:303), eerste lid, onder b, van de nota van wijziging sluit aan bij de definitie van deelneming in de richtlijn banken en in de verzekeringsgroeprichtlijn. De toelichting is met het oog hierop verduidelijkt.

d. In lijn met de Aanwijzingen voor de regelgeving om teksten zo beknopt mogelijk te redigeren, is er voor gekozen om de kern van het zijn van een «onderneming die nevendiensten van het bankbedrijf verricht» weer te geven in de definitie en in de toelichting de in de definitie in de richtlijn banken bij wijze van voorbeeld genoemde voorbeelden op te nemen.

Opmerkingen naar aanleiding van het advies d.d. 28 mei 2004 inzake het niet-ingediende wetsvoorstel tot invoering van toezicht op clearinginstellingen.

Op 29 maart 2004 heeft Hare Majesteit op voordracht van ondergetekende een wetsvoorstel tot invoering van toezicht op clearinginstellingen voor advies aan de Raad gezonden. Op 28 mei 2004 heeft de Raad advies uitgebracht. Eén van de opmerkingen van de Raad betrof de verhouding tussen dat wetsvoorstel en het thans voorliggende wetsvoorstel voor de Wft en hield het advies in om in de toelichting te motiveren welke dringende reden er is om dat andere wetsvoorstel niet in te passen in het Wft-wetgevingsproces. In het bijzonder vroeg de Raad of het wel nodig en wenselijk is de Wtk 1992 en de Wte 1995 te wijzigen vóór de afronding van de Wft, mede gelet op de omvang en ingewikkeldheid van het thans voorliggende wetsvoorstel. Mede naar aanleiding van het advies van de Raad en ter voorkoming van werkzaamheden die tot regelgeving zouden hebben geleid die slechts kortstondig in werking zou zijn geweest, is besloten het separate wetsvoorstel inzake toezicht op clearinginstellingen niet in te dienen bij de Tweede Kamer maar in plaats daarvan de regels inzake toezicht op clearinginstellingen direct te integreren in de thans voorliggende nota van wijziging. Deze beslissing is genomen nadat de thans voorliggende nota van wijziging voor advies aan de Raad was gezonden. De memorie van toelichting die was geschreven bij het wetsvoorstel dat niet werd ingediend is in aangepaste vorm opgenomen in de toelichting bij de thans voorliggende nota van wijziging. In dit nader rapport wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om kenbaar te maken tot welke aanpassingen het advies van de Raad heeft geleid.

De Raad wijst in zijn advies d.d. 28 mei 2004 inzake het wetsvoorstel tot invoering van toezicht op clearinginstellingen erop dat de juridische risico's van clearing op het privaatrechtelijke vlak liggen en dat ieder systeem allicht zó zal zijn opgezet dat het alle mogelijke bepalingen bevat die verbintenissenrechtelijke of goederenrechtelijke zekerheid geven. Onder andere deze opmerking brengt de Raad tot het advies een nadere uiteenzetting te geven van wat het voorstel in concreto zou toevoegen. Het is inderdaad zo dat de juridische risico's op het privaatrechtelijke vlak liggen. Dat is juist een van de redenen voor toezicht, niet alleen prudentieel toezicht maar ook gedrags-toezicht. Toezicht ter beperking van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke risico's laat zich moeilijk voorstellen. Er mag niet voetstoots vanuit worden gegaan dat partijen het systeem zo opzetten dat het «alle mogelijke bepalingen» bevat om verbintenissenrechtelijke of goederenrechtelijke zekerheid te bieden. Voorstelbaar is dat een onderneming hogere risico's accepteert en dat compenseert door hogere kosten in rekening te brengen. Er kan een zeker spanningsveld bestaan tussen het winstoogmerk van een clearinginstelling en de soliditeitseisen die hij zich zichzelf vrijwillig oplegt. Verbintenissenrechtelijke en goederenrechtelijke zekerheden maken wettelijk toezicht niet minder noodzakelijk. Dat geldt niet alleen voor clearinginstellingen, maar ook voor andere financiële ondernemingen waarop reeds toezicht wordt uitgeoefend. Op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de beurs en de clearinginstelling ziet de beurs toe op de naleving van de bij die overeenkomst

bedongen regels. Er zou een spanningsveld kunnen bestaan tussen enerzijds de contractuele relatie tussen de beurs en de clearinginstellingen en anderzijds het toezicht dat door de beurs op de clearinginstellingen wordt gehouden. Deze minder wenselijke omstandigheden worden niet geredresseerd door verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke zekerheden. Daarenboven geldt dat het in te voeren toezicht op clearinginstellingen ook aspecten omvat die niet zozeer betrekking hebben op de verhouding met andere clearinginstellingen, als wel op de eigen interne organisatie, zoals het hebben van een zodanige bedrijfsvoering dat adequaat de posities van de wederpartijen worden bijgehouden. Een minder goede bedrijfsvoering is niet met verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke zekerheden te ondervangen. In de toelichting is hieraan een passage gewijd.

De Raad merkt op dat de toelichting aan overtuigingskracht zou winnen met een nadere uiteenzetting van wat het voorstel in concreto zou toevoegen dat nu niet (langer) kan worden gemist. Naar aanleiding daarvan is in de toelichting aangegeven welke veranderingen het voorstel met zich brengt, uitgesplitst naar de drie typen clearinginstellingen: banken, beleggingsondernemingen en de zogeheten specialised firms. Voor de precieze uitwerking hiervan wordt verwezen naar paragraaf 3.4.5 van de toelichting.

De Raad merkt op dat toe te lichten ware waarom niet ook in toezicht is voorzien op de centrale tegenpartij. Naar aanleiding hiervan is een passage in de toelichting opgenomen waarin uiteen wordt gezet dat toezicht op de centrale tegenpartij zal worden geregeld in het Deel Infrastructuur van de Wft. Voorts wordt ingegaan op het feit dat er nu reeds een vorm van indirect toezicht door de AFM en DNB is op afwikkelingsystemen via het aan de beurs-erkenning, op grond van artikel 22 Wte 1995, verbonden Toezichtskader Clearing & Settlement Euronext.

In de definitie van «clearinginstelling» die was opgenomen in het aan de Raad gezonden wetsvoorstel werd verwezen naar een centrale tegenpartij «als bedoeld in artikel 212a, onderdeel c, van de Faillissementswet». De Raad merkt hierover op dat de centrale tegenpartij waarop deze bepaling in de Faillissementswet ziet een instrument is ter bevordering van levering of betaling. In het advies vraagt de Raad met zo veel woorden er aandacht voor dat in artikel 212a de nadruk erop wordt gelegd dat de daar bedoelde centrale tegenpartij optreedt als de exclusieve wederpartij met betrekking tot *overboekingsopdrachten*, terwijl de nadruk in het kader van clearing erop wordt gelegd dat de centrale tegenpartij optreedt als exclusieve wederpartij bij *overeenkomsten van koop en verkoop*.

In abstracto redenerend, is het niet uitgesloten dat een centrale tegenpartij de exclusieve wederpartij is bij zowel overboekingsopdrachten als overeenkomsten van koop en verkoop, maar het is evenmin uitgesloten dat er twee centrale tegenpartijen zijn, de ene met betrekking tot overboekingsopdrachten en een andere met betrekking tot overeenkomsten van koop en verkoop. Voor de regeling van het toezicht op clearinginstellingen is uitsluitend van belang of de centrale tegenpartij optreedt als exclusieve tegenpartij bij overeenkomsten van koop en verkoop. Of de centrale tegenpartij daarnaast ook optreedt als exclusieve wederpartij met betrekking tot overboekingsopdrachten is irrelevant. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de verwijzing naar artikel 212a, onderdeel c, van de Faillissementswet vervallen.

In het aan de Raad gezonden wetsvoorstel kwam in de definitie de term «hoofdverbintenissen» voor. De Raad adviseert aan te sluiten bij de aan artikel 231 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ontleende term «kernbedingen» en wijst daarbij ook op een arrest van 21 februari 2003 van de Hoge Raad (RvdW 2001, 41; JOR 2003, 103, m.nt. B. Wessels). Ofschoon het begrip «kernbedingen» is ontwikkeld in een geheel andere context – het aanwijzen van bedingen die zijn onttrokken aan de toetsing of algemene voorwaarden op grond van artikel 233 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek vernietigbaar zijn – is het advies opgevolgd. Opvolging van dat advies ligt des te meer in de rede nu op 30 juni 2004 de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel in werking is getreden, als gevolg waarvan de regeling van de algemene voorwaarden ook van toepassing is op overeenkomsten die langs elektro-

nische weg tot stand zijn gekomen (Stb. 210 en 285). Zie ook de memorie van toelichting te dier zake (Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, blz. 59/60). Tot de inwerkingtreding van die wet bestond nog ruimte voor twijfel of kernbedingen ook een andere vorm dan de schriftelijke konden hebben. Sinds de inwerkingtreding van die wet bestaat deze twijfel niet meer en is duidelijk dat de schriftelijke vorm niet is vereist. Anders dan de in de literatuur ook wel gebruikte term «essentialia», betreffen de kernbedingen naast de soort en de hoeveelheid aandelen ook de prijs. Een en ander komt er dus op neer dat de clearinginstelling een overeenkomst sluit met de centrale tegenpartij die wat betreft de soort en hoeveelheid aandelen en de prijs dezelfde inhoud heeft als de overeenkomst die de toegelaten instellingen met elkaar hebben gesloten.

De Raad adviseert in zijn advies met betrekking tot het niet-ingediende wetsvoorstel inzake toezicht op clearinginstellingen in de definitie een andere term dan «voortvloeiën» te bezigen teneinde slechts tot uitdrukking te brengen dat elk van de desbetreffende clearinginstellingen en de centrale tegenpartij overeenkomsten sluiten, volgend op de beurstransactie tussen de desbetreffende toegelaten instellingen, zodat in het midden kan blijven welke juridische band tussen de beurstransacties en de overeenkomsten van koop en verkoop bestaan. Niet beoogd was te bepalen dat de overeenkomsten die de clearinginstellingen met de centrale instellingen sluiten voortvloeiën uit de overeenkomsten die de toegelaten instellingen met elkaar sluiten. Bedoeld was de hoofdverbintenissen (zoals opgemerkt een element in de toenmalige definitie) te preciseren als de hoofdverbintenissen die voortvloeiën uit de overeenkomsten die de clearinginstellingen met elkaar sluiten. De oude formulering is aangepast.

Op andere opmerkingen van de Raad wordt hier niet ingegaan aangezien zij hun belang hebben verloren na de omvorming van de memorie van toelichting bij het niet-ingediende wetsvoorstel tot een paragraaf van de toelichting bij de thans voorliggende nota van wijziging.

Overige wijzigingen

In de aan de Raad gezonden versie van de nota van wijziging was bij de definities van «levensverzekering» en «schadeverzekering», opgenomen in artikel 2:1, onderdelen s en ff (1:1, eerste lid, onderdelen hhh en nnnn) aangesloten bij de definitie van levensverzekering en schadeverzekering in het (nog niet in werking getreden) Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek.¹ In de tekst van de definities van «levensverzekering» en «schadeverzekering» in de nota van wijziging wordt verwezen naar de betreffende definities in het Burgerlijk Wetboek. Aangezien het volgens de meest recente planning niet waarschijnlijk is dat het nieuwe Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek eerder dan (of gelijk met) de Wft in werking zal treden, is het noodzakelijk de betreffende definities in de nota van wijziging te wijzigen in die zin dat tot de inwerkingtreding van Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek wordt aangesloten bij de huidige formulering van de definities van «overeenkomsten van levensverzekering» en «overeenkomsten van schadeverzekering» in de Wtv 1993. Deze definities in de Wtv 1993 zijn gebaseerd op de definitie van verzekering in het Wetboek van Koophandel (artikel 246). Bij inwerkingtreding van Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek zal het Wetboek van Koophandel op dit punt komen te vervallen. Daarnaast zal in de nog op te stellen invoeringswet bij het wetsvoorstel een bepaling worden opgenomen die bewerkstelligt dat bij deze definities bij Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek wordt aangesloten op het moment dat Boek 7.17 van het Burgerlijk Wetboek in werking treedt.

Aan hoofdstuk 2.1, Inleidende bepalingen, is de inhoud van een bepaling uit de Wtv 1993 toegevoegd die strekt tot uitvoering van richtlijn nr. 91/371/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 20 juni 1991 inzake de toepassing van de overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche. Deze bepaling was nog niet opgenomen in de aan de Raad gezonden versie van de nota van wijziging.

¹ Kamerstukken II 2002/03, 19 529, nr. 206.

De inhoud van het aan de Raad voorgelegde artikel 2:91, met betrekking tot de boekhouding van een onderneming die binnen de reikwijdte van de consolidatie van een kredietinstelling valt, wordt tevens geregeld in artikel 2:294. Om deze reden is artikel 2:91 vervallen.

Artikel 2:93 (2:97), derde lid, en de bijbehorende toelichting zijn aangepast ten gevolge van richtlijn nr. 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 18 juni 2003 (PbEU L 178), die onder meer richtlijn nr. 83/349/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 juni 1983 betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PbEG L 193) wijzigt. Deze wijziging breidt de consolidatiekring van ondernemingen uit.

De aan de Raad voorgelegde artikelen 2:94 (2:98) en 2:107 (2:111) bevatten ten onrechte geen verplichting voor een beleggingsonderneming om staten te verstrekken aan DNB. Het huidige artikel 8 van de Nadere regeling prudentieel toezicht effectenverkeer 2002, dat door de Wet op het financieel toezicht zal vervallen, bevat een dergelijke verplichting wel. Deze omissie is in de voorliggende nota van wijziging hersteld.

Artikel 2:113 (2:117) is aangepast in overeenstemming met het ontwerp Besluit toezicht beleggingsinstellingen 2005. Deze aanpassing houdt in dat de meldingsplicht van de accountant niet van toepassing is op de accountant van een bewaarder met zetel in een niet-aangewezen staat die zijn bedrijf uitoefent vanuit een bijkantoor in Nederland. Wel is de meldingsplicht van toepassing op de accountant van een beleggingsinstelling, niet zijnde een instelling voor collectieve belegging in effecten met zetel buiten Nederland die zijn bedrijf uitoefent vanuit een bijkantoor in Nederland.

De artikelen die waren opgenomen in afdeling 2.5.4 (Voorschriften met betrekking tot acquisitie) zullen worden opgenomen in hoofdstuk 1.3 Samenwerking toezichthouders (in de artikelen 1:38, 1:47, 1:48) bij de nog in te dienen nota van wijziging waarmee het Algemeen deel van het wetsvoorstel zal worden aangevuld en het Deel Gedragstoezicht aan het wetsvoorstel zal worden toegevoegd. Hetzelfde geldt voor de artikelen 2:171 en 2:178 (die zullen worden opgenomen in artikel 1:39). Deze artikelen zijn gericht tot de toezichthouders en horen dan ook in het Algemeen deel thuis.

Aan artikel 2:208 (2:210) is een dertiende lid toegevoegd als gevolg waarvan iedere schuldeiser, de commissie van schuldeisers en de bank of verzekeraar die aan de noodregeling is onderworpen bij verzoekschrift tegen elke handeling van de bewindvoerder bij de rechter-commissaris kunnen opkomen of van deze een bevel kunnen uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat.

Artikel 2:264 (2:275), zoals aan de Raad gezonden, is gewijzigd. De wijziging heeft slechts gevolgen voor de situatie dat in Nederland een insolventieprocedure wordt geopend tegen een bijkantoor in Nederland van een moeder in een andere lidstaat die daar ten onrechte geen vergunning heeft. In artikel 2:264 (2:275) wordt het recht aangewezen dat van toepassing is op de opening van de insolventieprocedure, de insolventieprocedure zelf en de gevolgen daarvan. In de aanvankelijk voorgestelde tekst werd het recht van de lidstaat van de zetel van de financiële onderneming aangewezen als het toepasselijke recht. In het overgrote deel van de gevallen is dat voorgeschreven door de richtlijnen sanering en liquidatie banken en verzekeraars: de gevallen waarin er een legale financiële onderneming is. In het geval evenwel dat een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat daar ten onrecht geen vergunning heeft verkregen en hier in Nederland een bijkantoor is, kan in Nederland de noodregeling worden toegepast. Dat geval wordt niet door de richtlijnen sanering en liquidatie banken en verzekeraars bestreken. Het is in dat geval ongewenst dat het recht van de lidstaat van de zetel wordt toegepast. In dit specifieke geval ligt toepassing van het Nederlandse recht voor de hand. De regel voor dit specifieke geval komt overeen met de regel in verordening (EG) nr. 2000/1346 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PbEG L 160) voor het toepasselijke recht inzake territoriale procedures, het type procedure dat het meest verwantschap vertoont met een noodregeling ten aanzien van een bijkantoor in Nederland van een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat die daar geen

vergunning heeft. Voor de andere gevallen – de vergunninghoudende financiële onderneming wordt aan een insolventieprocedure onderworpen in de lidstaat van herkomst – blijft de regel materieel zoals die in het oorspronkelijke wetsvoorstel was neergelegd, maar de regel wordt wel anders geformuleerd.

Met de redactionele kanttekeningen van de Raad is rekening gehouden. Tot slot is een aantal wijzigingen van technische aard aangebracht.

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

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

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

Ik moge U verzoeken in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Financiën,
G. Zalm

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W06.04.0402/IV met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

Nota van wijziging

- In artikel 2:1, onder II, «onderdeel s» vervangen door: onderdeel v.
- In artikel 2:1, onder II, «onderdeel nnnn» vervangen door: onderdeel ssss.
- In de opschriften bij hoofdstuk 2.2, Afdeling 2.2.1 en 2.2.2, «Toegang tot» telkens vervangen door: Regels voor de toegang tot.
- In artikel 2:12, tweede lid, «2:57,» laten vervallen.
- In artikel 2:19, eerste lid, na «bijkantoor» invoegen: in Nederland.
- In artikel 2:19 het tweede lid redigeren overeenkomstig artikel 2:11, tweede lid.
- Artikel 2:22, vijfde lid, «lidstaat» vervangen door: staat.
- Artikel 2:24, derde lid, en artikel 2:26, derde lid, met elkaar in overeenstemming brengen.
- In artikel 2:31 «onderdeel a, b, c, d, onderscheidenlijk f» vervangen door: onderdeel a of c.
- In artikel 2:32, eerste lid, na «een lidstaat» invoegen: voor de eerste maal.
- In artikel 2:35 het tweede lid, laten vervallen, dan wel in het derde lid van dat artikel «tweede tot en met vierde» vervangen door: derde en vierde, en tevens in het tweede lid «instemming voor uitoefenen» vervangen door: instemmen met het uitoefenen.
- In artikel 2:38, eerste lid, overeenkomstig de redactie van het tweede en derde lid, de dubbele ontkenning weghalen.
- In artikel 2:41, derde lid, aangeven om welk boek van het Burgerlijk Wetboek het gaat.
- In artikel 2:119, eerste lid, onder b, «kredietinstelling» vervangen door: bank.
- Om overeenstemming te creëren met de in de artikelen 2:123, 2:128, 2:129 en 2:132 gebezigde term, in artikel 2:43, tweede lid, onder c, «soliditeit» telkens vervangen door: financiële soliditeit.
- Aangezien het herstelplan niet op natura-uitvaartverzekeringen ziet, in artikel 2:164, derde lid, «verzekeraar» telkens vervangen door: levensverzekeraar of schadeverzekeraar.
- Aangezien duidelijk is dat de bepalingen niet van toepassing zijn op natura-uitvaartverzekeraars, de artikelen 2:166, achtste lid, en 2:167, zesde lid, laten vervallen.
- In artikel 2:169, vierde lid, na «instantie» invoegen: , bedoeld in het tweede lid.
- In artikel 2:170 «verzekeraar» vervangen door: levensverzekeraar of schadeverzekeraar.
- In de artikelen 2:171, tweede lid, en 2:178, tweede lid, telkens de laatste zin laten vervallen, aangezien deze toevoeging overbodig is.
- Aangezien artikel 2:8, derde lid, ziet op banken, in artikel 2:182, tweede lid, «In afwijking van artikel 2:8, derde lid,» laten vervallen en de rest van het artikellid in logische volgorde weergeven.
- Gelet op artikel 2:184, eerste lid, onder c, in artikel 2:187, derde lid, na «heeft» invoegen: of kan hebben.
- In artikel 2:189, vijfde lid, eerste zin, «stelt» verplaatsen na «Bank».
- In artikel 2:189, vijfde lid, vierde volzin, na «2:118» invoegen: , eerste lid.
- In artikel 2:189, vijfde lid, derde volzin, en zesde lid, «waarop deze paragraaf van toepassing is» telkens laten vervallen.
- In het voorstel «Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen» telkens vervangen door: Publicatieblad van de Europese Unie (zie bijvoorbeeld artikel 2:195, vijfde lid).
- In artikel 2:202, tweede lid, «, alsmede de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten in kennis van de beschikking» laten vervallen.
- In artikel 2:204, tweede lid, overeenkomstig artikel 17, eerste lid, van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen ook een opschrift opnemen voor het indienen van opmerkingen betreffende schuldvoorordeningen.
- In artikel 2:204, vierde lid, na «vordering» invoegen: en de opmerkingen betreffende de vordering.
- In artikel 2:208, eerste lid, voor «de vertegenwoordigers» invoegen: van.
- Gelet op het eerste lid, artikel 2:209, vijfde lid, onder c, laten vervallen.

- In de artikelen 2:221, eerste lid, en 2:222, eerste lid, «onderdeel a, b of c,» telkens laten vervallen.
- De verwijzingen naar artikel 232 van de Faillissementswet in artikel 2:221, eerste lid, en artikel 2:250, eerste lid, met elkaar in overeenstemming brengen.
- In artikel 2:227, eerste lid, na «heeft» invoegen: of kan hebben.
- Aangezien het tweede lid ziet op «illegale» kredietinstellingen», in artikel 2:233, tweede lid, «die een vergunning heeft als bedoeld in» vervangen door: waarop het verbod van.
- De aanduiding «1.» voor het eerste lid in artikel 2:238 laten vervallen en het tweede lid schrappen, in verband met de van overeenkomstige toepassing van artikel 2:210.
- Gelet op artikel 2:243, in artikel 2:238, eerste lid, «2:203, tweede en derde lid» vervangen door: 2:203, tweede lid.
- Artikel 2:239, eerste en tweede lid, samenvoegen, dan wel in het eerste lid «aanhef,» vervangen door «aanhef en» en in het tweede lid, na «andere lidstaten» invoegen: , bedoeld in artikel 2:232, eerste of tweede lid,.
- In de artikelen 2:243 en 2:258 opnemen dat de vorderingen en schriftelijke opmerkingen worden ingediend bij de bewindvoerders, overeenkomstig artikel 2:203, derde lid.
- Artikel 2:249 en 2:240 samenvoegen, dan wel in de toelichting op artikel 2:249 de verwijzing naar artikel 81b (Wet toezicht kredietinstellingen 1992 (Wtk 1992)) verplaatsen naar de toelichting bij artikel 2:240.
- Artikel 2:250 de nummering van de leden aanpassen.
- In artikel 2:251, eerste lid, «aanhef en onderdeel a, b of c,» laten vervallen.
- In artikel 2:251, vijfde lid, «Artikel 2:221, vijfde tot en met zevende lid» vervangen door: Artikel 2:222, vierde tot en met zesde lid.
- Gelet op artikel 2:252, eerste lid, in artikel 2:254 «2:194,» laten vervallen.
- Gelet op artikel 2:259, in artikel 2:254, «2:203, tweede en derde lid» vervangen door: 2:203, tweede lid.
- Gelet op de van overeenkomstige toepassing van artikel 2:210, in artikel 2:254 laten vervallen: 2. De artikelen 234 tot en met 241a Faillissementswet zijn van overeenkomstige toepassing.
- In artikel 2:254 alleen het eerste lid van artikel 2:225 van overeenkomstige toepassing verklaren.
- In artikel 2:254 de artikelen 2:226 en 2:227 niet van overeenkomstige toepassing verklaren, aangezien deze artikelen alleen betrekking hebben op levensverzekeraars.
- In artikel 2:262 «liquidatie» vervangen door: noodregeling.
- In artikel 2:287, tweede lid, «te kunnen nagaan» vervangen door: na te gaan.
- In artikel 2:293, eerste lid, onder g en l, «een dochteronderneming» vervangen door: één dochteronderneming.

Toelichting

- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:1, onder f, aangeven uit welke bepalingen van de Wtk 1992 en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtv 1993) dit begrip is overgenomen.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:1, onder a, achtste tekstblok, tweede alinea, de zin «Alsdan is niet vereist dat die gelden zijn aange-trokken ter aanwending in of ten behoeve van de rechtspersoon of natuurlijke persoon zelf» verduidelijken.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:1, onder o, «onderdeel k, van de Wtv» vervangen door: onderdeel l, van de Wtv.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:1, onder o, aangeven in hoeverre de definitie in het voorstel, zoals de transponeringstabel aangeeft, aansluit bij de omschrijving in de richtlijn banken.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:14, «en tweede lid» laten vervallen en tevens aangeven waar het tweede lid dan wel is verwerkt.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:15 de alinea over het derde lid laten vervallen en opnemen bij artikel 2:64.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:17, «artikel 1:92, tweede lid» wijzigen, aangezien dat tweede lid niet bestaat.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:22, tweede lid, «vorige artikel» vervangen door: volgende artikel.*
- *In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:28 aangeven wat in artikel 3:2.2*

- van het Deel Gedragstoezicht wordt geregeld. Dit geldt tevens voor andere verwijzingen naar artikelen van dat deel.
- In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:32, derde tekstblok, «2:32, derde lid» vervangen door: 2:32, vierde lid.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:41, een toelichting opnemen bij deze bepaling in plaats van te vermelden dat deze bepaling is vervallen.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:59, «2:60» vervangen door: 2:59.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:118, tweede lid, eenmaal «tweede lid» doorstrepen.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:167 aangeven hoe kenbaar is dat ingeval een saneringsplan reeds toepassing vindt, het financieringsplan tevens aangeeft hoe het saneringsplan wordt verwerkt.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:169, laatste tekstblok, «tweede en derde» vervangen door: vierde.
 - In de artikelsgewijze toelichting op afdeling 2.5.8 de afkorting van het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn sanering en liquidatie kredietinstellingen aan het eind van de zin plaatsen.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:174 de verwijzing naar artikel 57 van de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf verplaatsen naar de toelichting bij artikel 2:180.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:196 na «artikel 75» invoegen: , eerste lid,.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:198 tevens artikel 156, elfde lid, Wtv 1993 vermelden en de verschillen met de Wtk 1992 aangeven.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:212 «artikel 5:69» vervangen door: artikel 2:208.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:213 «mij, als verantwoordelijke minister voor dit wetsvoorstel,» vervangen door: de verantwoordelijke minister.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:215 aangeven waarom deze bepaling nu ook voor kredietinstellingen dient te gelden.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:217 «zesde lid» vervangen door: vierde lid.
 - De toelichtende paragraaf op de artikelen 2:229 tot 2:252 actualiseren en uitbreiden.
 - De toelichting op artikel 2:229 in overeenstemming brengen met de tekst van het voorstel.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:279 na «artikel 28, tweede» invoegen: en derde.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:289 de verwijzing naar richtlijn 94/19/EG laten vervallen (en tevens de transponeringstabel aanpassen), aangezien artikel 13 van die richtlijn is gericht tot de Commissie.
 - In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2:298 en verder, of elders, aangeven waar artikel 52, zesde lid, van de richtlijn banken geïmplementeerd wordt.