

Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992

I INLEIDING

In het kader van de algehele heroverweging van de vrijstellingen van de verbodsbepalingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992) hecht de Bank belang aan een heldere en eenduidige interpretatie van diverse kernbegrippen. Daartoe is deze wetinterpretatieve Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 opgesteld, waarin een nadere uitleg en omschrijving is gegeven van enkele relevante begrippen uit de artikelen 1, 6, 31, 32, 32a, 38, 38a, 82, en 83 van de Wtk 1992, en de mede op die wetsartikelen gebaseerde Vrijstellingsregeling Wtk 1992 en ont-heffingen. De in deze Beleidsregel uiteengezette begrippen dienen in hun onderlinge samenhang te worden gelezen. Voor zover het betreft begrippen uit de artikelen 82 en 83 van de Wtk 1992, is deze Beleidsregel mede gebaseerd op artikel 3 van het Mandaatbesluit artikelen 82, 83, 90b en 90c Wet toezicht kredietwezen 1992 van 24 september 2001, Stcrt. 2001, 198. Deze Beleidsregel is tot stand gekomen na overleg met het Ministerie van Financiën.

II BELEIDSREGEL VAN DE NEDERLANDSCHE BANK N.V.

Artikel 1 Definitie Publiek

1. Van het 'publiek' wordt aangetrokken indien:

- a. niet uitsluitend van professionele marktpartijen als bedoeld in artikel 2 van deze Beleidsregel wordt aangetrokken; of
- b. niet uitsluitend van personen, ondernemingen of instellingen wordt aangetrokken die tot de geldnemer in een relatie staan die kan worden aangemerkt als één besloten kring (hetgeen tevens omvat één concern) als bedoeld in artikel 3 van deze Beleidsregel; of
- c. niet uitsluitend wordt aangetrokken binnen één besloten kring als bedoeld in onderdeel (b) en daar-

naast enkel van professionele marktpartijen.

2. Niet wordt aangetrokken van het publiek indien de vraag zich op enig moment uitsluitend richt tot één specifiek persoon, onderneming of instelling en vervolgens op ieder moment uitsluitend van die persoon, onderneming of instelling wordt aangetrokken.

Toelichting

Het eerste lid betreft een codificatie van bestaand beleid. In de toelichting op de door de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 vervangen uitvoeringsregeling ex artikel 1 Wtk 1992 (Stcrt 1993, 29, zoals nadien gewijzigd) is het begrip publiek uitgelegd als 'alle ondernemingen en instellingen die niet behoren tot de professionele partijen op de financiële markten of die niet tot het concern behoren'. De laatste term is krachtens vast beleid verbreed naar besloten kring en in die vorm gecontinueerd in artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Het vaste beleid werd tevens toegepast bij (de vrijstellingen van) artikel 82 Wtk 1992, waar ook na de invoering van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 de term 'publiek' het kernbegrip is. Teneinde misbruik te voorkomen mag en mocht slechts worden aangetrokken binnen één besloten kring. Het verbod zou anders kunnen worden ontweken door iedere keer dat wordt aangetrokken van iemand die in beginsel tot het publiek behoort, dat - los van de reeds bestaande besloten kringen - als besloten kring te construeren. Hierin wijkt deze regel overigens af van de behandeling van de besloten kring onder de Wet toezicht beleggingsinstellingen, waar de besloten kring deel uitmaakt van de verbodsbepaling. Zie over deze kwestie ook (de toelichting op) artikel 3 van deze Beleidsregel, evenals de aldaar gegeven voorbeelden van een besloten kring. Dit misbruikrisico is niet aanwezig indien het aantrekken van één besloten kring wordt gecombineerd met het aantrekken van een bank of van andere professionele markt-

partijen. Om deze reden is deze combinatie in onderdeel c van het eerste lid neergelegd. Professionele marktpartijen kunnen derhalve gecombineerd worden met één besloten kring zonder dat sprake is van het aantrekken van het publiek in de zin van artikel 82 Wtk 1992. Ook bij de vrijstellingen van het verbod voor kredietinstellingen is in deze zin de situatie materieel niet gewijzigd. In bovengenoemd artikel 2

Vrijstellingsregeling Wtk 1992 is neergelegd dat het is toegestaan van deze combinatie van groepen aan te trekken.

Het tweede lid is nieuw beleid. De hier bedoelde één op één relatie kan niet worden gekwalificeerd als het aantrekken van het publiek. Deze uitzondering is beperkt tot deze specifieke situatie. Er is dus wel sprake van aantrekken van het publiek, en dus niet van een één op één relatie, onder meer indien velen worden benaderd met de bedoeling om uiteindelijk van één partij aan te trekken en wanneer successievelijk telkens één partij wordt benaderd en van hem wordt geleend, welk leningbedrag nog niet (geheel) is terugbetaald op het moment dat van een volgende partij wordt aangetrokken.

Voor het begrip 'aantrekken' wordt verwezen naar artikel 6 van deze Beleidsregel. Aangezien veelvuldig wordt aangetrokken binnen een concern, is hier gekozen om dit separaat te blijven vermelden.

Artikel 2 Definitie Professionele marktpartijen

1. Professionele marktpartijen zijn ondernemingen of instellingen als bedoeld in artikel 1, aanhef en sub e, Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Onder 'toezicht' in de zin van sub 11 van genoemd artikel onderdeel wordt verstaan een vorm van toezicht op de bedrijfsuitoefening, gehouden door of vanwege de overheid van de aldaar genoemde staten. Onder 'toezicht' op de dochtermaatschappijen als bedoeld sub 12 van genoemd artikel onderdeel wordt verstaan een vorm van

- toezicht op de bedrijfsuitoefening van de dochtermaatschappij, in aanvulling op het (al dan niet geconsolideerde) toezicht op de maatschappij waarvan de onderneming of instelling een dochter is.
2. Een onderneming, instelling of persoon die ten tijde van het aantrekken van gelden kwalificeert als professionele marktpartij, blijft voor deze aangetrokken gelden en voor voordien verleende onherroepelijke kredietfaciliteiten kwalificeren als een professionele marktpartij.
 3. De geldnemer wordt geacht aan te trekken van de in het eerste lid genoemde professionele marktpartijen indien hij daar redelijkerwijs van uit kan gaan op grond van informatie afkomstig uit publieke registers, van een erkende ratinginstelling als bedoeld in artikel 9001-02 van de solvabiliteitsrichtlijnen voor banken, opgenomen in het Handboek Wtk, of van de geldgever. Indien de informatie afkomstig is van de geldgever dient deze voorzien te zijn van een verklaring omtrent de juistheid van de financiële informatie van de externe accountant, of van een financieel toezichthouder.
 4. De geldnemer dient zich bij het aantrekken van gelden door middel van het sluiten van onderhandse overeenkomsten, door middel van de uitgifte van schuldtitels op naam, dan wel door middel van de uitgifte van schuldtitels aan toonder, van een geldgever die hij redelijkerwijs kan kennen, er van te vergewissen dat deze vorderingen onderscheidenlijk deze schuldtitels uitsluitend zowel juridisch als economisch in handen zijn van een geldgever die behoort tot de in het eerste lid genoemde professionele marktpartijen. Ten aanzien van geldgevers die de geldnemer redelijkerwijs niet kan kennen dient de geldnemer maatregelen te treffen die beogen te waarborgen dat de vorderingen onderscheidenlijk de schuldtitels uitsluitend zowel juridisch als economisch in handen zijn van de in het eerste lid genoemde professionele marktpartijen.
 5. Naar de mening van de Bank zijn bijvoorbeeld voldoende maatregelen als bedoeld in de laatste volzin van het vierde lid getroffen door de geldnemer, ten aanzien van de geldgevers waarvan hij de identiteit redelijkerwijs niet kan kennen, in geval van het aantrekken van gelden door middel van de uitgifte van schuldtitels aan toonder of schuldtitels op naam, indien aan de volgende cumulatieve eisen wordt voldaan:
 - a. op het moment van uitgifte kan de geldnemer de identiteit van degenen die op dat moment of op een later moment deze schuldtitels gaan houden redelijkerwijs niet kennen;
 - b. de schuldtitels:
 - (1°) worden op het moment van uitgifte alle opgenomen in een verzameldepot of girodepot in de zin van artikel 10 of artikel 35 van de Wet giraal effectenverkeer of in een clearinginstelling of centrale effectenbewaarinstelling, indien dit depot of deze instelling is gevestigd of werkzaam is in een of meer Lid-Statens, de Verenigde Staten van Amerika, Japan, Australië, Canada of Zwitserland, in welk depot of instelling de schuldtitels uitsluitend kunnen worden gehouden via een vergunninghoudende kredietinstelling of effecteninstelling; of
 - (2°) worden in eerste instantie uitgegeven, al dan niet via andere professionele marktpartijen, aan professionele marktpartijen van wie redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij de schuldtitels uitsluitend aan de in het eerste lid genoemde professionele marktpartijen zullen overdragen; en
 - c. de kleinste verhandelde schuldtitels hebben een nominale waarde van ten minste (het equivalent van) Euro 500.000,-.
- Toelichting*
- Het eerste lid verwijst naar de definitie van professionele marktpartijen in de Vrijstellingsregeling Wtk 1992, en geeft invulling aan de term 'toezicht' die op twee plaatsen in deze definitie voorkomt. Het tweede lid geeft aan dat als wordt aangetrokken van een geldgever die ten tijde van het aangaan van de overeenkomst professioneel was, deze geldgever voor reeds eerder gesloten onherroepelijke faciliteiten en reeds aan de geldnemer verstrekte gelden professioneel blijft. Als hij de professionele status nadien verliest, hoeft de geldnemer de gelden derhalve niet terug te betalen. Deze omstandigheid ligt namelijk in de risicosfeer van de geldgever. Voor nieuwe overeenkomsten zal de betreffende geldgever echter niet meer als professionele marktpartij kwalificeren. Het derde lid geeft de hoofdregel; de geldnemer dient zich op basis van betrouwbare gegevens ervan te overtuigen dat de geldgever een professionele marktpartij is ten aanzien van iedere geldgever die hem bekend is. De leden vier en vijf geven vervolgens ruimte voor in de praktijk werkbare oplossingen bij grote uitgiften waar de geldgevers, of een gedeelte daarvan, redelijkerwijs niet bij de geldnemer bekend kunnen zijn. Het vierde lid geeft in algemene termen aan wat de geldnemer dient te doen ten aanzien van het deel van de geldgevers dat hem bekend is en ten aanzien van het deel van de geldgevers dat hem redelijkerwijs niet bekend kan zijn. Voor deze laatste categorie geeft het vijfde lid aan dat, indien aan de daar genoemde omstandigheden wordt voldaan, voldoende maatregelen zijn getroffen. Indien de geldgevers redelijkerwijs niet bekend kunnen zijn, wordt van de geldnemer een aan een resultaatsverbintenis grenzende inspanning gevraagd. Het vijfde lid geeft voor een specifieke combinatie van factoren aan dat in dat geval er op mag worden vertrouwd dat sprake is van het aantrekken van professionele marktpartijen. De eerste factor is dat de identiteit van de eerste of toekomstige houders redelijkerwijs niet bekend mag zijn. Deze bepaling heeft de intentie om te voorkomen dat gelden uitgegeven worden aan een bij de uitgevende instelling bekende wederpartij, die niet professioneel is volgens de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Het uitgeven van een toonderstuk doet derhalve niet af aan de toetsingsplicht indien de houder van het toonderstuk een redelijkerwijs bekende geldgever is. Zo zal de identiteit van de leden van het emissiesyndicaat bekend zijn, en zal moeten worden getoetst of deze leden van het emissiesyndicaat professioneel zijn. Desondanks zal dan gebruik worden gemaakt van het vijfde lid vanwege de onbekendheid van de toekomstige houders (aan wie het emissiesyndicaat de effecten zal doorverkopen). Ten

aanzien van de redelijkerwijs onbekende toekomstige houders zal dus geen aanvullende toets nodig zijn, ten aanzien van de redelijkerwijs bekende eerste houders dient wel een toets te worden uitgevoerd (zie het vierde lid). De tweede factor betreft twee alternatieve verspreidingsystemen die beide acceptabel zijn. De beperking tot bewaarsystemen waarin de schuldtitels uitsluitend kunnen worden gehouden via vergunninghoudende kredietinstellingen of effecteninstellingen is opgenomen vanwege de additionele beschermende werking die daarvan uitgaat voor degene van wie uiteindelijk wordt aangetrokken (vermogensscheiding, goede administratieve organisatie) en de toets uit hoofde van Customer Due Diligence/Know Your Customer die vergunninghoudende instellingen ten aanzien van hun klanten uitvoeren. De derde factor betreft de coupuregrootte, welke is overgenomen uit het bestaande beleid van de Bank. De werking van dat bestaande beleid is enerzijds uitgebreid (het vierde en vijfde lid gelden ook voor stukken op naam) en anderzijds verkapt (door de verplichting wel een toets uit te voeren bij die geldgevers die bekend zijn bij de geldnemer). De laatste volzin van het vierde lid geeft een meer generieke regel, waarbij aan de geldnemer de vrijheid wordt geboden om daaraan te voldoen door bijvoorbeeld factoren die in het vierde lid staan genoemd, te combineren met door de geldnemer te nemen andere maatregelen (ter compensatie van de factoren uit het vierde lid waaraan niet wordt voldaan) of door een geheel eigen set van maatregelen te nemen. Zo zou bij een emissie die met uitzondering van de coupure voldoet aan het vijfde lid, ter compensatie daarvan binnen de context van het vierde lid gewerkt kunnen worden met een selling restriction en een handhavingsmechanisme daarvoor. Gedacht kan onder meer worden aan (een combinatie van) kettingbedingen, waarschuwingen op de schuldtitels (die redelijkerwijs geacht kunnen worden in handen te komen van de geldgever), bepalingen dat niet uitbetaald zal worden aan niet professionele marktpartijen, maar daarvoor wordt doorverwezen naar de laatste (professionele) verkoper van de schuldtitel, het creëren van een nietige verkoop

indien de koper niet professioneel blijkt te zijn of andere oplossingen.

Artikel 3 Definitie Besloten kring

1. Binnen besloten kring wordt aangetrokken indien aan de navolgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:
 - a. de kring van personen tot wie men zich wendt is nauwkeurig omschreven;
 - b. de toetredingscriteria voor de onder a bedoelde kring moeten vooraf zijn bepaald, toetsbaar zijn en moeten resulteren in het niet op eenvoudige wijze toetreden van een niet tot de kring behorende onderneming, instelling of natuurlijke persoon;
 - c. de personen die deel uit maken van de onder a bedoelde kring hebben ieder een vergelijkbare en specifieke relatie met degene die aantrekt, uit welke vergelijkbare en specifieke relatie additioneel inzicht voortvloeit in de financiële toestand van degene die de gelden aantrekt of ter beschikking verkrijgt, danwel in de kans op terugbetaling door deze onderneming, instelling of natuurlijke persoon; en
 - d. formeel en materieel worden uitsluitend gelden aangetrokken van een onderneming, instelling of natuurlijke persoon die tot de kring behoort.
2. Een vergelijkbare en specifieke relatie als bedoeld in het eerste lid, onder c, is bijvoorbeeld aanwezig indien het betreft:
 - a. werknemers van de geldnemer;
 - b. maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer;
 - c. werknemers van een of meer maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer, mits de aantrekking gebeurt met de expliciete goedkeuring van de betrokken werkgever;
 - d. een combinatie van de personen, ondernemingen of instellingen genoemd onder a tot en met c;
 - e. bloed- en aanverwanten tot in de vierde graad van de geldnemer; of
 - f. leden van een vereniging, mits de lening ten behoeve van de eigen niet-financiële kernactivi-

teiten van de vereniging is aangetrokken.

3. De vergelijkbare en specifieke relatie als bedoeld in het eerste lid, onder c, dient gedurende de gehele tijd dat de gelden uitstaan aanwezig te zijn. Ten aanzien van reeds aangetrokken gelden wordt de vergelijkbare en specifieke relatie niet verbroken door het einde van een dienstverband als bedoeld in het tweede lid, onder a en c.
4. De vergelijkbare en specifieke relatie als bedoeld in het eerste lid, onder c, is niet tot stand gekomen indien zij enkel is geconstrueerd teneinde aan de besloten kring criteria te voldoen.
5. Aantrekken, al dan niet gelijktijdig, van verschillende besloten kringen leidt volgens de Bank tot een aantrekken buiten besloten kring als bedoeld in artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtk 1992 onderscheidenlijk tot een aantrekken van het publiek als bedoeld in artikel 1 van deze Beleidsregel, tenzij een eerder aantrekken binnen één besloten kring geheel is afgerond en de aldus aangetrokken gelden weer geheel zijn terugbetaald voordat binnen één andere besloten kring wordt aangetrokken.

Toelichting

De definitie uit het eerste lid stemt overeen met de toelichting bij de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Het betreft op hoofdlijnen de definitie die reeds lange tijd binnen de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht beleggingsinstellingen en binnen het begrip publiek van de Wtk 1992 werd gehanteerd, zij het dat enkele modernisering en aanpassingen aan het bijzondere karakter van de Wtk 1992 zijn doorgevoerd. Door voorafgaande toetsbaarheid te eisen wordt voorkomen dat door vage criteria niet kan worden nagegaan of inderdaad enkel wordt aangetrokken van personen die voldoen aan de criteria. De toetredingscriteria moeten zowel concreet als controleerbaar zijn. De leden twee tot en met vier geven aanvullende informatie voor de beantwoording van de vraag wanneer het aantrekken beperkt is tot de bedoelde besloten kring, en geven enkele veelvoorkomende concrete

voorbeelden wanneer in ieder geval sprake is van een besloten kring. Voor het aantrekken van één persoon wordt verwezen naar artikel 1, tweede lid, van deze Beleidsregel. Voor de definitie van concern wordt verwezen naar artikel 1, aanhef en sub d Vrijstellingsregeling Wtk 1992 en voor groep naar artikel 1, eerste lid, aanhef en sub o Wtk 1992. Ten overvloede wordt er op gewezen dat de categorie van het tweede lid sub d wordt aangemerkt als één besloten kring. Voor de graad van bloed- en aanverwantschap wordt verwezen naar artikel 1:3 BW.

De besloten kring dient gedurende de volledige levensduur van de transactie aanwezig te zijn. Dit hangt samen met het karakter van de Wtk 1992, die uitgaat van doorlopende toetsing (het betreft een doorlopend verbod, behoudens vergunning, op het voldoen aan een definitie). In deze zin wijkt de Wtk 1992, evenals de Wet toezicht beleggingsinstellingen, af van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, waar het besloten kring criterium eveneens speelt. In de Wte 1995 is voor de 'besloten kring' namelijk blijkens de verbodsbepaling enkel het moment van aantrekken of uitgifte van belang. Consequentie is voor de Wtk 1992 dat de aangetrokken gelden in beginsel moeten worden terugbetaald zodra één van de partijen niet langer aan de besloten kring criteria voldoet (of althans de constructie zodanig moet worden aangepast dat onmiddellijk opnieuw niet langer aan de definitie wordt voldaan c.q. er een vrijstelling of ontheffing van toepassing is). Als één van de geldgevers niet meer tot de besloten kring behoort, bijvoorbeeld door het verlaten van de vereniging, hoeft alleen aan hem te worden terugbetaald. Als de geldnemer niet meer tot de besloten kring behoort, bijvoorbeeld omdat alle overige werkmaatschappijen worden verkocht aan een ander concern, zullen alle financiële relaties tussen de verkochte werkmaatschappijen en de achterblijvende financieringsmaatschappij derhalve moeten worden afgewikkeld, althans een andere vorm worden gegeven¹. Een andere afwijking van het bestaande beleid ten aanzien van besloten kringen bij de Wet toezicht effectenverkeer 1995 betreft het tegelijkertijd mogen aantrekken van meerdere besloten

kringen. Binnen de context van de Wtk 1992 wordt dit te misbruikgevoelig geacht. Door het definiëren van meerdere besloten kringen (werk, familie, verenigingsleden etc.) tegelijkertijd wordt feitelijk van het publiek aangetrokken. Zie ook de toelichting bij artikel 1 van deze Beleidsregel.

Zowel materieel als formeel (economisch en juridisch) dient uitsluitend binnen de besloten kring te worden aangetrokken om als zodanig te kunnen kwalificeren. Het gaat derhalve niet enkel om de juridische wederpartij, maar ook om diens achterman. Bij de toets op de materialiteit wordt in deze context in beginsel niet door vennootschappen heengekeken. Indien echter de tussenliggende instelling niet voor eigen rekening en risico handelt, bijvoorbeeld door de terugbetalingsverplichting uit te sluiten voor het geval bepaalde gelden niet zijn ontvangen, wordt materieel (economisch) niet van hem aangetrokken maar van zijn achtermannen, namelijk degenen van wie die partij op zijn beurt gelden heeft aangetrokken. In dat geval wordt gekeken of alle partijen van wie materieel wordt aangetrokken wel tot één besloten kring behoren.

Artikel 4 Definitie Onderneming of instelling

1. Onder 'onderneming of instelling', kan een brede diversiteit van rechtsvormen en organisatievormen vallen. In beginsel wordt aangesloten bij de betrokken rechtspersoon of natuurlijke persoon. Afhankelijk van de organisatie kunnen echter ook maatschappen, andere personenvennootschappen of andere feitelijke organisatiestructuren, of hun equivalenten naar buitenlands recht, als onderneming of instelling kwalificeren. Een natuurlijke persoon is geen instelling, maar kan wel een onderneming zijn indien door de natuurlijke persoon wordt gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een rechtspersoon is een instelling en kan daarnaast een onderneming zijn.
2. Meerdere (rechts)personen kunnen samen formeel of materieel één onderneming vormen, waardoor vervolgens ieder van de (rechts)personen als vallend onder de definitie van het eerste lid wordt aangemerkt.

Toelichting

Dit artikel betreft wederom de codificatie van bestaand beleid. Er wordt een ruime interpretatie gevolgd. Ontwijking moet worden vermeden. Dit begrip omvat dus ook commanditaire vennootschappen en fiscaal transparante lichamen. Natuurlijke personen die niet handelen in het kader van een beroep of bedrijf (voor welk begrip wordt aangesloten bij artikel 6:236 ev BW en artikel 7:5 BW) zijn geen onderneming of instelling. Hierdoor geldt dat een consument nimmer onder de werking van de verboden voor kredietinstellingen zal vallen. Wel kan een consument in overtreding zijn van het verbod van artikel 82 Wtk 1992, dat zich tot 'een ieder' richt.

Het gaat om de feitelijke organisatie, niet om de formele vormgeving. Meerdere rechtspersonen kunnen samen één onderneming vormen. Het opsplitsen van activiteiten in verschillende rechtspersonen betekent dus niet noodzakelijkerwijs dat die afzonderlijke eenheden niet langer als een onderneming of instelling worden beschouwd, aangezien zij gezamenlijk één onderneming of instelling kunnen vormen. Indien bijvoorbeeld verbonden rechtspersonen de administratie, het briefpapier en de geldstromen door elkaar laten lopen, en een en ander niet helder in overeenkomsten vastligt, wordt ieder van de betrokken rechtspersonen aangemerkt als degene die de onderneming of instelling voert, ook indien formeel slechts een deelssegment van de handeling door de betreffende (rechts)persoon wordt verricht. In beginsel wordt echter niet door een rechtspersoon heengekeken, tenzij de feitelijke werkzaamheden hier aanleiding toe geven.

Artikel 5 Definities Bedrijf maken van, bedrijfsmatig of hun bedrijf uitoefenen

1. De Bank stelt dat een onderneming of instelling 'haar bedrijf maakt' van de in artikel 1, eerste lid, aanhef en sub a, 1°, Wtk 1992 genoemde activiteiten, indien:
 - a. feitelijk opvorderbare gelden ter beschikking worden verkregen en feitelijk voor eigen rekening gelden worden uitgezet door middel van kredietuitzettingen of beleggingen;

- b. de onder a bedoelde activiteit een zelfstandig identificeerbare activiteit betreft; en
- c. de onder a bedoelde activiteit niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten.
2. Binnen het kader van het eerste lid geldt dat een directe relatie tussen het aantrekken en uitzetten niet hoeft, maar wel aanwezig mag zijn (aantrekken om dat specifieke geld weer uit te zetten). De intentie om met deze activiteiten winst te maken is niet noodzakelijk, maar kan, indien aanwezig, een rol spelen bij de beoordeling of is volstaan aan het eerste lid, sub c.
3. Onder 'bedrijfsmatig' in de zin van artikel 82 Wtk 1992 wordt verstaan elke incidentele of stelselmatige activiteit in het kader van enige onderneming of instelling en elke geregelde en stelselmatige activiteit buiten dit kader.
4. Onder 'de uitoefening van hun bedrijf' in de zin van artikel 83 Wtk 1992 wordt verstaan iedere activiteit die binnen het kader van enig beroep of bedrijf wordt verricht.
- Toelichting*
- In de artikelen 1, 82 en 83 van de Wtk 1992 wordt gebruik gemaakt van het woord bedrijf, in verschillende samenstellingen. In elke context wordt daar een separate betekenis aan toegekend door de Bank, welke respectievelijk zijn neergelegd in het eerste, derde en vierde lid van dit artikel. Enkele facetten zijn bij dit artikel van belang:
- Het eerste lid betreft een belangrijk element in de definitie van kredietinstelling. Teneinde als kredietinstelling te worden gekwalificeerd, wordt bekeken of een instelling haar bedrijf maakt van de in artikel 1, eerste lid, aanhef en sub a, 1°, van de Wtk 1992 genoemde activiteiten. De groep kredietinstellingen valt vervolgens weer uiteen in vrijgestelde en niet vrijgestelde instellingen, welke laatste enkel met een bankvergunning of ontheffing mogen opereren.
 - Met name bij de niet-vergunninghouders is het niet altijd duidelijk of 'het bedrijf wordt gemaakt' van de aantrekkende en uitzettende activiteit (al dan niet binnen of buiten het concern of een andere besloten kring). Hierbij kan gedacht worden aan (sub)holdings, industriële instellingen of pensioenvennootschappen. Dit soort instellingen verrichten dus wél deze activiteiten, doch hun eigenlijke hoofdactiviteit bevindt zich bij een groot aantal van hen op een ander terrein. Bij de analyse of al dan niet 'het bedrijf wordt gemaakt', worden vaststaande cumulatieve criteria gehanteerd door de Bank, welke zijn neergelegd in dit artikel. Gezien de grote diversiteit van activiteiten binnen instellingen, is het niet mogelijk bepaalde groepen aan te duiden die altijd wel of altijd niet 'hun bedrijf maken van'.
 - Bekeken moet worden of de in het eerste lid sub a, 1°, genoemde activiteit als een zelfstandig identificeerbare activiteit (of als één van de zelfstandig identificeerbare activiteiten) kan worden aangemerkt. Tevens wordt bekeken of het niet uitsluitend als ondersteunend aan een geheel ander type van activiteiten moet worden gezien. Als de betrokken activiteiten ofwel niet zelfstandig identificeerbaar zijn, ofwel enkel ondersteunend zijn, is er geen sprake van 'bedrijf maken van'. In dat geval vallen instellingen, waaronder vermoedelijk grote groepen (sub)holdings, industriële ondernemingen en pensioenvennootschappen, niet onder de definitie van kredietinstelling en zijn de voorwaarden uit de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 niet op deze ondernemingen en instellingen van toepassing.
 - Onroerendgoedmaatschappijen en participatiemaatschappijen zullen over het algemeen echter wel 'het bedrijf maken van' het aantrekken van opvorderbare gelden en het doen van kredietuitzettingen dan wel beleggingen. De genoemde activiteiten zullen zij over het algemeen verrichten, alleen al omdat belangen in dochters een 'belegging' zijn. Dit betreft meestal een zelfstandige, als zodanig te identificeren hoofdactiviteit (of één van de hoofdactiviteiten). Deze activiteit is derhalve bij hen niet ondersteunend (zie ook hierna). Deze instellingen zullen derhalve veelal onder de definitie van kredietinstelling vallen, indien zij werken met vreemd vermogen.
 - Bij ondersteuning ('nevenactiviteiten') kan gedacht worden aan cashmanagement of de verstrekking van financiering door een industriële onderneming of (tussen)-holding uitsluitend ter facilitering of financiering van de eigen industriële activiteiten of die van haar dochtermaatschappijen. Vanzelfsprekend geldt dat indien de eigen hoofdactiviteiten op solo basis financieel van aard zijn, reeds om die reden geconcludeerd zal worden dat sprake is van 'bedrijf maken van' ook indien er tevens ondersteunende financiële activiteiten zijn (cashmanagement ten behoeve van hoofdactiviteit hypotheekverlening is ondersteunend, maar desondanks zal de instelling een kredietinstelling zijn indien opvorderbare gelden zijn aangetrokken om de hypothecaire leningen te kunnen verstrekken). Een oorlogskas zonder concrete overname is geen cashmanagement ten behoeve van de gewone activiteiten en dus niet ondersteunend, geld aangetrokken ter betaling van een reeds gepubliceerde, op korte termijn plaatsvindende concrete overname wel. Al dan niet reguliere overschotten voortvloeiende uit het cashmanagement, die niet meer belopen dan 2 à 3 procent van het balanstotaal en worden aangehouden bij de eigen bank, betekenen niet uit zichzelf reeds dat sprake is van een hoofdactiviteit.
 - De toets 'ondersteuning' betreft de vraag of de holding zich actief bemoeit met en het haar gaat om het bedrijf van de dochter, in plaats van louter passief te beleggen in de aandelen in de deelnemingen. Daarbij is het overigens irrelevant of de hoofdactiviteiten van de dochtermaatschappij(en) financieel, industrieel of ambachtelijk van aard zijn. De verhouding tussen de financieringsactiviteiten en de overige doet er niet toe, het gaat om het doel waarom het gebeurt. Is het doel winst te maken op de financieringsactiviteiten, dan is sprake van 'bedrijf maken van', is het doel het bedrijf van de (huidige of bijvoorbeeld met het aangetrokken geld te betalen aangekochte) dochters, dan is er geen sprake van 'bedrijf maken van'. Op solo-basis bekeken zou in eerste

instantie dus geconcludeerd kunnen worden dat de hoofdactiviteit beleggingen betreft (de belangen in de dochters), maar daar wordt voor deze beoordeling doorheen gekeken indien de holding niet zozeer het doel heeft belangen in dochters te hebben maar bijvoorbeeld om een concern aan te sturen dat industriële activiteiten heeft. Het feit dat er een positief verschil is tussen ingeleende en aan dochters uitgeleende gelden is, en er dus winst is, hoeft niet tot de conclusie te leiden dat het om die winst gaat.

- Indicatoren voor het (overigens laagdrempelige) oordeel dat sprake is van een zelfstandig identificeerbare activiteit zijn bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, de volgende gevallen:
 - (a) er is een separaat georganiseerde treasury;
 - (b) er wordt separaat voor boekgehouden;
 - (c) de aanwezigheid van winstgericht cashmanagement;
 - (d) er wordt aangetrokken enkel om die gelden weer uit te zetten;
 - (e) de reden voor het bestaan van de instelling is om geldstromen te kanaliseren, bijvoorbeeld als financieringsmaatschappij of treasury.
- De intentie om winst te maken hoeft niet aanwezig te zijn. Indien het bedrijf gericht is op de activiteiten, om welke reden dan ook (dienstverlening aan anderen dan dochters, kostenbesparing, ideële doelen, et cetera), kan sprake zijn van ‘bedrijf maken van’.
- Bij het derde lid wordt aangehaakt bij het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 2001, JOR 2001, 98. Daarin werd gesteld dat ‘in ieder geval’ sprake is van bedrijfsmatig indien ‘geregeld en stelselmatig’ wordt aangetrokken. De Bank gaat bij ondernemingen of instellingen, zoals altijd bij artikel 82 Wtk 1992, uit van een ruime interpretatie, gezien de achterliggende beschermingsgedachte. Ook incidentele activiteiten in het kader van enige onderneming of instelling worden aangemerkt als bedrijfsmatig. Artikel 82 Wtk 1992 richt zich echter tot ‘een ieder’ en heeft derhalve een ruimer bereik dan ‘onderneming of instelling’, waar- toe de verbodsbepalingen voor

kredietinstellingen en artikel 83 Wtk 1992 zich richten. Een incidentele aantrekking van gelden door een consument kan echter niet als bedrijfsmatig worden aangemerkt. Geregeld en stelselmatig aantrekken door een consument buiten besloten kring en niet van professionele marktpartijen zoals banken (en dus van het publiek), kwalificeert echter naar de mening van de Bank, vanwege dit karakter, wel als bedrijfsmatig.

Artikel 6 Definities Ter beschikking verkrijgen; Aantrekken

1. Onder ‘ter beschikking verkrijgen’ en ‘aantrekken’ wordt verstaan het verkrijgen van de in artikel 7 genoemde opvorderbare gelden of het verkrijgen van de verplichting tot terugbetaling daarvan, bijvoorbeeld via uitgifte van effecten, sluiten van leenovereenkomsten, schuld- of contractoverneming of equivalenten van het vorenstaande.
2. Onder aantrekken wordt tevens begrepen het trachten de in artikel 7 genoemde opvorderbare gelden te verkrijgen, alsmede het feitelijk verkrijgen van deze gelden.

Toelichting

Het ter beschikking verkrijgen of aantrekken van opvorderbare gelden betreft niet alleen het feitelijk krijgen van (de beschikking over) de gelden maar ook het overnemen van de terugbetalingsverplichting ten aanzien van de opvorderbare gelden. Het tweede lid betreft codificatie van bestaand beleid. Zoals reeds in de Beleidsregels Media Wtk 1992 (Handboek Wtk, nr 3210) is neergelegd, omvat de term aantrekken zowel het trachten gelden te verkrijgen als het feitelijk gelden verkrijgen. Bij trachten wordt door de Bank gedacht aan een naar buiten toe gerichte poging, een wervend optreden er op gericht om gelden te verkrijgen. Een intentie om te gaan adverteren is dus bijvoorbeeld onvoldoende om reeds van een schending van artikel 82 Wtk 1992 sec (buiten het doen van een strafrechtelijke aanpak om) te spreken, het aanbieden van de advertentie aan publieksmedia is dus voldoende.

In de context van de Beleidsregels Media Wtk 1992 (de grensoverschrijdende aspecten van de Wtk 1992; ‘in of vanuit Nederland’) bestaan er vier

varianten waarin artikel 82 Wtk 1992 kan worden overtreden: (a1) het feitelijk ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van inwoners uit Nederland die behoren tot het publiek, (a2) het feitelijk ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van publiek door een Nederlandse onderneming, (b1) het trachten opvorderbare gelden te verkrijgen van inwoners van Nederland die behoren tot het publiek of (b2) het trachten opvorderbare gelden te verkrijgen van publiek door een Nederlandse onderneming.

Artikel 7 Definitie Al dan niet op termijn opvorderbare gelden

1. Onder ‘al dan niet op termijn opvorderbare gelden’ worden alle gelden verstaan die op enig moment (ongeacht of dat op of na een concrete datum is dan wel ten tijde van of na het voorvallen van enige omstandigheid) terugbetaald moeten worden, uit welke hoofde dan ook, en waarvan op voorhand duidelijk is welk nominaal bedrag moet worden terugbetaald en op welke wijze de eventuele vergoeding moet worden berekend.
2. Papieren waardebonden en casino-fiches zijn geen opvorderbare gelden. In ieder geval beschouwt de Bank de navolgende categorieën evenmin als opvorderbare gelden:
 - a. te betalen gelden uit hoofde van ongedaanmakingsverbintenissen of schadevergoedingsverbintenissen waarover nog wordt geprocedeerd respectievelijk welke nog niet in rechte onherroepelijk zijn vastgesteld;
 - b. depots ter waarborging van enige huidige of toekomstige verplichting jegens een schuldeiser respectievelijk als onderpand voor bruikleen of huur van goederen, tenzij het depot in geen redelijke verhouding staat tot de reële mogelijke verplichtingen;
 - c. een vooruitbetaling voor een concrete kooptransactie;
 - d. een gegeven uitstel van betaling voor een concrete verkooptransactie;
 - e. gegarandeerde teruggave van inleg door middel van een garantie of verzekering bij een onder toezicht staande beleggingsinstelling;

- f. gelden die zijn gegeven in het kader van een concrete opdracht tot doorbetaling aan een derde;
een en ander tenzij de band met de concrete transactie of opdracht niet meer bestaat, onder meer door depot bij een derde, cessie ter factoring of omdat door te betalen gelden langer dan technisch en organisatorisch noodzakelijk bij de 'doorbetaler' uitstaan.
3. Een 'doorbetaler' als bedoeld in het tweede lid, sub f, mag aannemen dat hij de gelden in ieder geval niet langer dan technisch en organisatorisch noodzakelijk is te zijner beschikking heeft gehad indien de transfertijd (vanaf het moment dat het door de verzender wordt afgegeven totdat het door de ontvanger wordt ontvangen) maximaal vijf kalenderdagen beslaat.
- Toelichting*
Dit artikel betreft codificatie van bestaand beleid, met uitzondering van de passage over gegarandeerde inleg in een beleggingsinstelling. De hoofdregel is neergelegd in het eerste lid. Aan de gegeven voorbeelden kan geen a contrario redenering worden verbonden.
Enkele facetten zijn bij dit artikel van belang:
- Het onderscheid tussen 'opvorderbare gelden' en bijvoorbeeld aandelen en deelnemingsrechten ligt in het feit van de nominale opvorderbaarheid. Aandelen, bijvoorbeeld in een industriële onderneming of in een beleggingsmaatschappij hebben, althans in Nederland, een nominale waarde, maar er is geen terugbetalingsverplichting. Deelnemingsrechten in een beleggingsfonds betreffen eveneens een terugbetalingsverplichting, maar geven geen recht op teruggave van hetzelfde nominale bedrag als is ingelegd, doch richten zich op het met dat bedrag gemaakte winst of het geleden verlies. Er is daar een winst- of batig saldo gerelateerde procentuele terugbetalingsverplichting, niet een nominale. Overigens kan een beleggingsinstelling of een verzekeraar, naast haar hoofdactiviteiten nog wel nominaal opvorderbare gelden aantrekken. Of daarbij de Wtk 1992 relevant zal zijn, zal afhangen van de vraag of aan de overige voorwaarden van de definitie van kredietinstelling of het verbod van artikel 82 Wtk 1992 wordt voldaan.
 - Voor beleggersgiro's en effectengiro's die in het kader van de vermogensscheiding bij beleggingsinstellingen en effecteninstellingen voorkomen, is het niet langer toegestaan dat zij tevens opvorderbare gelden van hun cliënten onder zich hebben. Zij kunnen in het kader van doorbetaling wel gelden voor zeer korte termijn onder zich hebben (het doorbetalen van de koop-som voor effecten c.q. de opbrengst van verkochte effecten).
 - Terugbetaling kan door middel van alle in Nederland erkende vormen van betaling. Ter vermijding van misverstanden: terugbetaling door verrekening van de nominale schuld met enige andere, bijvoorbeeld winstgerelateerde, vordering blijft terugbetaling van de nominale schuld.
 - Een harde scheidslijn tussen 'opvorderbare gelden' en andere aangetrokken gelden is vanzelfsprekend niet te trekken, gezien de inventiviteit van de praktijk bij het bedenken van nieuwe, gemengde producten. Die nieuwe producten zullen (met deze regels als achtergrond maar) op hun eigen merites worden beoordeeld ten aanzien van de vraag of er (ook) sprake is van opvorderbare gelden. Zo is ten aanzien van de thans courante beleggingscertificaten met gegarandeerde 'terugbetaling' van de inleg besloten dat, onder de in het tweede lid neergelegde omstandigheden, de winst- en verlies gedachte blijft domineren, en de terugbetaling enkel verplicht is door middel van de betaling van een premie voor een garantie van die strekking (lijkend op het nemen van een optie ter afdekking van negatieve kansen). Nieuwe varianten hierop kunnen echter weer doorslaan richting opvorderbare gelden. Warrants, opties en dergelijke zullen over het algemeen geen opvorderbare gelden vertegenwoordigen, andere effecten weer wel, waarbij gedacht kan worden aan bijvoorbeeld obligaties, convertible notes, promissory notes, equity linked notes en medium term notes.
 - Het element 'al dan niet op termijn' vindt u terug in het op enig moment opvorderbaar zijn. Het betreft ook opvorderbare gelden als ze op dit specifieke moment niet in rechte kunnen worden opgeëist, maar dat in de toekomst wel zullen of zouden kunnen zijn. Zo zullen (bij wijze van extreem voorbeeld) zelfs eeuwigdurende leningen die over tweehonderd jaar of enkel in faillissement opgeëist kunnen worden, toch opvorderbaar zijn in de zin van de Wtk 1992.
 - Met de zinsnede over de duidelijkheid omtrent de berekeningsmethodiek van de eventuele vergoeding wordt met name bedoeld op rente. Om tot opvorderbare gelden te concluderen is niet nodig dat er rente wordt betaald, deze mag 0% zijn of worden geschonken of er mag een bedrag bij de terugbetalingsverplichting worden opgeteld. Als de vergoeding bestaat uit een bedrag of uit een rentepercentage, hoeft dit bedrag of percentage niet vast te zijn. Enkel de berekeningsmethodiek moet vast staan (en niet afhankelijk zijn van omstandigheden die samenhangen met de geldgever, geldnemer of anderszins, waardoor de genoemde overlap met beleggingsinstellingen of aandelen wordt vermeden). Het mag dus een marktrente met een opslag zijn, het mag ook een opslag op het oorspronkelijke bedrag zijn (er wordt 100 geleend en er moet 108 over een jaar worden terugbetaald).
 - Met 'een concrete kooptransactie' wordt bedoeld dat redelijkerwijs voorzien kan worden dat een kooptransactie op zeer korte termijn tot stand zal komen of reeds tot stand is gekomen terwijl de goederen of diensten nog geleverd moeten worden. Met 'een concrete verkooptransactie' wordt bedoeld op een reeds tot stand gekomen verkoopovereenkomst in het kader waarvan de goederen of diensten reeds geheel of gedeeltelijk geleverd zijn, terwijl er bewust voor is gekozen dat pas op een later moment betaald hoeft te worden.
 - De 'verzender' in het derde lid zal over het algemeen de koper zijn. Onder omstandigheden kan het ook een andere dienstverlener zijn. Bij een traditionele creditcard

- betaling (waarbij de koper achteraf de creditcard maatschappij terugbetaalt voor de voorgeschoten gelden), zal de creditcard maatschappij de verzender zijn.
- Het derde lid is een praktische vuistregel bij de hoofdregel van de laatste volzin van het tweede lid. De hoofdregel op het gebied van doorbetalingen is dat deze zo snel als technisch en organisatorisch mogelijk moeten worden doorbetaald, en anders ‘denatureren’ tot opvorderbare gelden. Dit is een bewerkelijke toets, waardoor voor redelijk snelle doorbetalers een vast ijkpunt is gekozen. Alles wat sneller wordt doorbetaald dan binnen vijf kalenderdagen, wordt te allen tijde geacht zo snel als technisch en organisatorisch mogelijk te zijn doorbetaald. Als het langer duurt dan de genoemde vijf kalenderdagen, zal de instelling aannemelijk moeten kunnen maken dat er echt niet sneller kan worden doorbetaald, bijvoorbeeld doordat het betalingsverkeer in het land van ontvangst niet in staat is de gelden sneller door te leiden naar de ontvangende partij.

Artikel 8 Definitie Voor eigen rekening

Onder ‘voor eigen rekening’ in de zin van artikel 1 Wtk 1992 wordt verstaan het geheel of gedeeltelijk het geldelijke voordeel trekken uit activiteiten, of het geldelijk nadeel onder vinden daarvan, anders dan door het ontvangen van niet winst- of verliesgerelateerde provisies of vergoedingen. De invulling hiervan dient volgens de Bank economisch te worden gezien, zodat het aan de materialiteit moet worden getoetst.

Toelichting

Opbrengst slaat op elk op geld waardeerbaar voordeel. Het feit dat de winst van de onderneming of instelling uiteindelijk als dividend aan anderen ten goede komt, doorkruist niet het feit dat de onderneming of instelling in beginsel op die (eigen) winst is gericht. Zo zullen onroerendgoed- en participatiemaatschappijen over het algemeen ‘voor eigen rekening’ opereren bij het verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen. Opties om een transactie, met alle potentiële winsten of verliezen, over te nemen of over te laten nemen,

zijn onvoldoende om uit te sluiten dat sprake is van ‘voor eigen rekening’ verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen. Bij een optie is immers sprake van een keuze, waardoor ook gekozen kan worden om de winst of het verlies zelf te blijven genieten of dragen.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van het handelen voor eigen rekening, kunnen onder meer de antwoorden op de volgende vragen worden meegewogen:

- op wiens naam worden de activiteiten aangegaan?
- voor wiens rekening worden de activiteiten verricht?
- wie is gebonden aan de verrichte rechtshandelingen?
- wie is bevoegd tot het aangaan van rechtshandelingen en wiens toestemming is daarvoor nodig?
- wie gaat rechtshandelingen aan en beoogt al handelende een bepaald rechtsgevolg voor wie?
- wie is geheel of gedeeltelijk gerechtigd tot de opbrengst?
- hoe worden de vergoedingen berekend?

Artikel 9 Definitie Kredietuitzettingen

1. Onder ‘kredietuitzettingen’ wordt begrepen: het verstrekken van nominaal opvorderbare gelden aan een ander teneinde daardoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. Het aanhouden van gelden op de eigen bankrekening is een kredietuitzetting aan de desbetreffende bank.
2. Onder gerelateerde partij, als bedoeld in het eerste lid, wordt begrepen:
 - a. een ieder met wie de geldgever in een groep in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en sub o Wtk 1992 verbonden is;
 - b. een ieder met wie bestuurders, commissarissen of feitelijk leidinggevend van de geldgever een familierelatie hebben tot in de vierde graad;
 - c. een ieder voor wie bestuurders, commissarissen of feitelijk leidinggevend van de geldgever werkzaam zijn; of
 - d. instellingen met wie de hiervoor genoemde personen en instellingen een directe of indirecte economische eigendomsrelatie

hebben (als eigenaar of als eigendom).

3. Of aan een verstrekking van gelden het doel zit van het verkrijgen van op geld waardeerbare voordelen als bedoeld in het eerste lid, wordt van geval tot geval beoordeeld. Hierbij kunnen de volgende indicatoren een rol spelen:
 - a. aan het tegood is meer dan een verwaarloosbare rentevergoeding is gekoppeld (waarbij gedacht wordt aan maximaal de helft van de geldmarktrente voor banken met een uitmuntende kredietbeoordeling);
 - b. het tegood dient als zekerheid voor bestaande of toekomstige schulden van de geldgever of gerelateerde partijen;
 - c. als gevolg van het tegood worden aan de geldgever of gerelateerde partijen faciliteiten als het kunnen schrijven van opties, goedkopere tarieven voor diensten van de geldnemer of andere voordelen toegekend.

Artikel 10 Definitie Beleggingen

1. Onder ‘beleggingen’ worden verstaan:
 - a. alle vorderingen op naam op een debiteur;
 - b. alle belangen in het eigen vermogen van een onderneming;
 - c. alle op de geld- of kapitaalmarkt verhandelbare effecten; of
 - d. ter investering aangehouden zaken,teneinde daardoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. De leden twee en drie van artikel 9 zijn van overeenkomstige toepassing.
2. Beleggingen zijn tevens kredietuitzettingen, indien het nominaal opvorderbare gelden betreft.

Toelichting

Dit artikel codificeert bestaand beleid. Bij het eerste lid, sub d, kan gedacht worden aan beleggingspanden. Normale handelsvoorraden, inventaris, productiemiddelen en gebouwen in eigen gebruik vallen hier in ieder geval niet onder. Bij beleggingen in dochters wordt verwezen naar de uitleg bij ‘bedrijf maken van’ in artikel 5 van deze Beleidsregel. De termen beleggingen en kredietuitzettingen overlappen elkaar. Indien

obligaties of andere effecten met een nominaal opvorderbare waarde (naast een eventuele beurswaarde) worden gekocht, worden tevens kredietuitzettingen gedaan.

Artikel 11 Definitie Garantie en garantstelling

Onder 'garantie' en 'garantstelling' in de zin van artikel 3, eerste lid Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt verstaan een garantie in de zin van artikel 4011-02.3.6 van de solvabiliteitsrichtlijnen voor kredietinstellingen, opgenomen in het Handboek Wtk, waarbij wordt aangetekend dat in het kader van deze regeling tevens wordt voldaan aan de eis van directe betaling indien de betaling wordt verricht via een trustee die uitsluitend handelt in het belang van de geldgever en bankruptcy remote is opgezet.

Toelichting

In artikel 3 Vrijstellingsregeling wordt de situatie beschreven dat buiten besloten kring of van partijen, niet zijnde professionele marktpartijen, gelden worden aangetrokken. Voor zover het 'deze, al dan niet op termijn, opvorderbare gelden' betreft dient dit te geschieden (1) door middel van een uitgifte van effecten ingevolge de Wte 1995, en (2) met een garantie of garantstelling voor 'die gelden'. Als alternatief voor dit laatste kan, voorzover van buiten besloten kring wordt aangetrokken of van niet-professionele marktpartijen, een instandhoudingsovereenkomst of een bankgarantie worden gegeven. De benodigde onvoorwaardelijke garantie is niet nader omschreven in de Vrijstellingsregeling. Voor hetgeen de Bank op het oog heeft met een onvoorwaardelijke garantie wordt krachtens dit artikel verwezen naar de solvabiliteitsrichtlijnen van de Bank, waarin het vaste beleid ten aanzien van de invulling van deze term enkele jaren geleden is gecodificeerd. Door deze verwijzing naar de solvabiliteitsrichtlijnen is geen beleidswijziging beoogd ten opzichte van het verleden. Voorzover er ook binnen één besloten kring wordt aangetrokken of van professionele marktpartijen (naast 'deze' opvorderbare gelden) is een garantie, instandhoudingsovereenkomst of bankgarantie niet vereist met betrekking tot de binnen besloten

kring of van professionele marktpartijen aangetrokken gelden. De aldus aangetrokken gelden tellen vanzelfsprekend wel mee in het kader van het tweede lid van artikel 3 Vrijstellingsregeling inzake het voorschrift dat 95 % van het balanstotaal binnen het concern dient te worden uitgezet.

Artikel 12 Wijziging Beleidsregels Media Wtk 1992

Artikel 5, vierde lid van de Beleidsregels Media Wtk 1992 wordt vervangen door de volgende tekst: 'Onverlet het eerste en tweede lid van dit artikel wordt het verbod van artikel 82 Wtk 1992 in ieder geval overtreden indien de activiteiten feitelijk resulteren in het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van inwoners van Nederland die kwalificeren als publiek.'

Toelichting

Voor de territoriale begrenzing van de reikwijdte van de Wtk 1992 ('in of vanuit Nederland') voor zover het verspreiding via Media betreft, wordt verwezen naar de Beleidsregels Media Wtk 1992 (Handboek Wtk, nr 3210). Dit wijzigingsartikel betreft een tekstuele verbetering. Het bleek, ondanks het feit dat in de toelichting de juiste opsomming staat, tot misverstanden te leiden dat in dit artikel-lid de woorden 'in ieder geval' ontbraken. Daardoor werd de suggestie gewekt dat uitsluitend in geval van feitelijke geldoverdracht sprake was van een overtreding van artikel 82 Wtk 1992, terwijl in dat geval enkel beoogd werd zekerheid te scheppen dat dan in ieder geval sprake was van een overtreding, en dat in artikel vier en in artikel vijf eerste en tweede lid Beleidsregels Media Wtk 1992 even valide andere omstandigheden worden geregeld waarin artikel 82 Wtk 1992 wordt overtreden, die als hoofregel blijven gelden.

Artikel 13 Reikwijdte Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992

De interpretatie die in deze Beleidsregel wordt gegeven van bepaalde kernbegrippen geldt in het kader van de artikelen 1, eerste lid, aanhef en onderdelen a en c, 6, 31, 32, 32a, 38, 38a, 82 en 83 Wtk 1992, de Vrijstellingsregeling Wtk 1992, alsmede de

door de Bank of de Minister van Financiën verleende ontheffingen.

Artikel 14 Overgangsregeling

1. Voor zover deze Beleidsregel wijzigingen inhoudt ten nadele van afzonderlijke ondernemingen of instellingen welke niet beschikken over een ontheffing als bedoeld in het tweede lid, vindt deze Beleidsregel ten aanzien van op het moment van in werking treding ingevolge artikel 15 van deze Beleidsregel reeds bestaande transacties en constructies eerst toepassing na zes maanden na de dag waarop deze Beleidsregel in werking treedt. Indien men de activiteiten na afloop van deze periode niet wil staken, kan men zich binnen drie maanden na de publicatie van deze Beleidsregel in de Staatscourant melden bij de Bank. Indien men zich meldt bij de Bank wordt bekeken welke aanpassingen aan de transacties nodig zijn c.q. welke ontheffingen binnen de kaders van de Wtk 1992 gerechtvaardigd zouden zijn.
2. Aanpassingen in het beleid van de Bank, zoals weergegeven in deze Beleidsregel, hebben geen gevolgen voor reeds door de Bank of de Minister van Financiën verleende ontheffingen van de in artikel 13 genoemde verbodsbepalingen, voor zover (a) die ontheffingen zijn afgegeven voorafgaand aan de dag waarop deze Beleidsregel in werking treedt en (b) tot het moment waarop de Bank of de Minister van Financiën een nieuwe ontheffing verleent, een bestaande ontheffing wijzigt of intrekt, dan wel voor zover uitdrukkelijk anders wordt bepaald in een individueel geval. Voor zover er in het verleden een ontheffing is afgegeven zonder looptijd, zal een redelijke termijn worden gegund alvorens de betreffende ontheffing wordt ingetrokken als gevolg van deze Beleidsregel.
3. Indien deze Beleidsregel afwijkt van een door een onderneming of instelling gebruikte interpretatie ter beoordeling van de vraag of een transactie of constructie al dan niet onder de verbodsbepalingen van de Wtk 1992 valt dan wel onder een vrijstelling van de genoemde verbodsbepalingen, kan dit betekenen

dat deze onderneming of instelling nimmer binnen de kaders van de Wtk 1992 heeft geopereerd of dat niet meer doet. Voor de laatste categorie wordt verwezen naar het tweede lid.

Artikel 15 Inwerkingtreding

Deze Beleidsregel treedt in werking met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst en werkt terug tot het moment waarop het op 18 januari 2002 ingediende voorstel van wet tot wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 in verband met de invoering van bedrijfseconomisch toezicht op instellingen voor elektronisch geld (kamerstukken II, 2001/2002 nr 28 189, nr. 1 en 2), nadat het tot wet is verheven, in werking treedt.

Artikel 16 Citeertitel

Deze Beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992.

Deze Beleidsregel zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

¹ Vergelijk ook het arrest Barings, HR 15 december 1995, NJ 1996, 653.