

Beleidsregel 2005 Kernbegrippen Markttoetreding en Handhaving WTK 1992

Gelet op de artikelen 1, 6, 31, 32, 32a, 38, 38a, 82 en 83 van de Wet toezicht kredietwezen 1992;

Gelet op het Besluit van 13 augustus 2004, houdende vaststelling van het begrip liquide middelen, bedoeld in artikel 23, zesde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en houdende regels betreffende de verlening van een ontheffing als bedoeld in artikel 82, vierde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, alsmede tot wijziging van artikel 5 van het Besluit solvabiliteitsmarge verzekeringsbedrijf 1994 (Stb. 2004, 442);

Gelet op de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 120, zoals laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2004, 222);

Besluit:

Artikel 1 Definitie Publiek

Als gelden worden aangetrokken, wordt aangenomen dat deze in de zin van de Wtk 1992 van het publiek worden aangetrokken, tenzij uitsluitend wordt aangetrokken:

- a. van professionele marktpartijen als bedoeld in artikel 2; of
- b. van personen, ondernemingen of instellingen 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; of
- c. binnen één besloten kring als bedoeld onder b en daarnaast enkel van professionele marktpartijen.

Artikel 2 Definitie Professionele marktpartijen

1. 'Professionele marktpartijen' zijn ondernemingen of instellingen als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Onder 'toezicht' als bedoeld onder 11° van dit artikelonderdeel e wordt verstaan een vorm van toezicht op de bedrijfsuitoefening, gehouden door of vanwege de overheid van de onder 11° genoemde staten. Van 'toezicht' op dochtermaatschappijen als bedoeld onder 12° van dit artikelonderdeel e kan tevens worden gesproken, indien

uit hoofde van geconsolideerd toezicht de mogelijkheid bestaat om op het niveau van de dochtermaatschappij toezicht uit te oefenen.

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:

- a. informatie afkomstig uit publieke registers; of
- b. informatie afkomstig van een erkende ratinginstelling als bedoeld in de solvabiliteitsrichtlijnen voor kredietinstellingen, opgenomen in het Handboek Wtk, onderdeel 9001-02; of
- c. informatie afkomstig van de geldgever; of
- d. de uitdrukkelijke verklaring van de geldgever.

4. De geldnemer vergewist zich bij het aantrekken van gelden door middel van het sluiten van onderhandse overeenkomsten dan wel door middel van de uitgifte van schuldtitels op naam of aan toonder van een geldgever waarvan hij de identiteit redelijkerwijs kan kennen, ervan dat uitsluitend een professionele marktpartij als geldgever gerechtigd is of kan zijn tot deze vorderingen onderscheidenlijk deze schuldtitels. Ten aanzien van geldgevers die de geldnemer redelijkerwijs niet kan kennen, treft de geldnemer voldoende maatregelen die beogen te waarborgen dat uitsluitend een professionele marktpartij gerechtigd is of kan zijn tot de vorderingen onderscheidenlijk de schuldtitels.

5. In het geval van het aantrekken van gelden door middel van de uitgifte van schuldtitels aan toonder of op naam, heeft de geldnemer ten aanzien van de geldgevers waarvan hij de identiteit redelijkerwijs niet kan kennen, voldoende maatregelen als bedoeld in de laatste volzin van het

vierde lid getroffen, 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 effectenbewaarinstanting, 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 rechtstreeks door een aangesloten instelling die als professionele marktpartij kwalificeert; 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 coupuregrootte van ten minste (het equivalent van) EUR 100.000 of, indien de schuldtitels in pakketten worden verhandeld, deze pakketten een nominale waarde blijven vertegenwoordigen van ten minste (het equivalent van) EUR 100.000.

Artikel 3 Definitie Besloten kring

1. Een 'besloten kring' in de zin van de Wtk 1992 doet zich voor, 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 zijn vooraf

bepaald, zijn toetsbaar en resulteren in het niet op eenvoudige wijze toetreden van een niet tot de kring behorende onderneming, instelling of natuurlijke persoon; en

c. de personen die deel uitmaken 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, dan wel in de kans op terugbetaling door deze onderneming, instelling of natuurlijke persoon.

2. Aan de voorwaarden van het eerste lid, onder a en b, wordt geacht te zijn voldaan, indien uitsluitend wordt aangetrokken van:

a. werknemers van de geldnemer; of
b. 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 desbetreffende werkgever.

3. Een besloten kring als bedoeld in het eerste lid wordt geacht aanwezig te zijn indien uitsluitend wordt aangetrokken van:

a. maatschappijen die behoren tot het concern of de groep van de geldnemer;

b. een combinatie van de personen als genoemd in het tweede lid, onder a en b, voor zover deze werknemers kunnen beschikken over het additioneel inzicht als bedoeld in het eerste lid, onder c, en ondernemingen of instellingen als genoemd onder a;
c. bloed- en aanverwanten tot in de vierde graad van de geldnemer;
d. leden van een vereniging, mits de lening is aangetrokken ten behoeve van de eigen kernactiviteiten van de vereniging die niet van financiële aard zijn;

e. een specifiek persoon, een specifieke onderneming of een specifieke instelling zolang uitsluitend van die persoon, onderneming of instelling wordt aangetrokken; of

f. houders van aandelen in het kapitaal van een bestaande besloten of naamloze vennootschap, mits de statuten van die vennootschap een blokkeringsregeling bevatten en er geen afspraken tussen de aandeelhouders bestaan die de blokkeringsregeling aantasten.

4. De vergelijkbare en specifieke relatie, bedoeld in het eerste lid, onder c,

is aanwezig gedurende de gehele periode dat de gelden uitstaan. 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 b.

5. Van een besloten kring kan niet worden gesproken indien zij is opgezet teneinde aan de criteria van het eerste tot en met het vierde lid te voldoen.

6. Aantrekken van gelden van verschillende besloten kringen leidt tot een aantrekken buiten besloten kring als bedoeld in artikel 3 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 onderscheidenlijk tot een aantrekken van het publiek als bedoeld in artikel 1, tenzij eerder binnen een besloten kring aangetrokken gelden weer geheel zijn terugbetaald voordat binnen een andere besloten kring wordt aangetrokken.

Artikel 4 Definitie Onderneming of instelling

1. Voor de beoordeling of wordt gesproken van een 'onderneming of instelling' wordt aangesloten bij de aard van de desbetreffende rechtspersoon, personenvennootschap, feitelijke organisatiestructuur, dan wel hun equivalenten naar buitenlands recht. Een natuurlijke persoon kan niet als instelling worden aangemerkt. Indien door een natuurlijke persoon wordt gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan deze natuurlijke persoon wel als onderneming worden aangemerkt.

2. (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.

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

1. Een onderneming of instelling maakt haar bedrijf van de in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1°, van de Wtk 1992 genoemde activiteiten, indien:

a. feitelijk opvorderbare gelden ter beschikking worden verkregen en feitelijk voor eigen rekening gelden wor-

den uitgezet door middel van krediet-uitzettingen 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 aanwezig hoeft te zijn, maar wel aanwezig mag zijn (aantrekken om dat specifieke geld weer uit te zetten). Het oogmerk om met deze activiteiten winst te maken is niet noodzakelijk, maar kan, indien aanwezig, een rol spelen bij de beoordeling of is voldaan aan het eerste lid, onder c.

3. Onder 'bedrijfsmatig' in de zin van artikel 82 van de 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 van de Wtk 1992 wordt verstaan iedere activiteit die binnen het kader van enig beroep of bedrijf wordt verricht.

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 aangaan van de verplichting tot terugbetaling daarvan, bijvoorbeeld via de uitgifte van effecten, het 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.

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 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. De navolgende categorieën worden niet als opvorderbare gelden aangemerkt:

- a. papieren waardebonden en casino-fiches;
 - b. te betalen gelden uit hoofde van ongedaanmakingsverbintenissen of schadevergoedingsverbintenissen waarover nog wordt geprocedeerd respectievelijk welke nog niet in rechte onherroepelijk zijn vastgesteld;
 - c. 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 reëel mogelijke verplichtingen;
 - d. een vooruitbetaling voor een concrete kooptransactie;
 - e. een gegeven uitstel van betaling voor een concrete verkooptransactie;
 - f. gegarandeerde teruggave van inleg door middel van een garantie of verzekering bij een onder toezicht staande financiële onderneming, indien de gegarandeerde teruggave tot doel heeft om mogelijke koersrisico's af te dekken; of
 - g. gelden die zijn gegeven in het kader van een concrete opdracht tot doorbetaling aan een derde; een en ander zolang de band met de concrete transactie of opdracht 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, onder g, 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 de gelden door de verzender zijn afgegeven tot het moment dat de gelden door de ontvanger worden ontvangen maximaal vijf kalenderdagen bedraagt.

Artikel 8 Definitie Voor eigen rekening

Bij handelen voor eigen rekening in de zin van artikel 1 van de Wtk 1992, is aan ten minste één van de volgende vereisten voldaan:

- a. de onderneming of instelling draagt uit hoofde van zijn kredietuitzettingen of beleggingen met betrekking tot zijn eigen financiële positie risico, of
- b. de onderneming of instelling ont-

vangt met betrekking tot zijn kredietuitzettingen of beleggingen een winst- of verliesgerelateerde vergoeding.

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 kredietinstelling.

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, onderdeel o, van de Wtk 1992 verbonden is;
- b. een ieder met wie bestuurders, commissarissen of feitelijk leidinggevenden van de geldgever een familie-relatie hebben tot in de vierde graad;
- c. een ieder voor wie bestuurders, commissarissen of feitelijk leidinggevenden 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 een verstrekking van gelden tot doel heeft 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 tegoed is meer dan een verwaarloosbare rentevergoeding gekoppeld;
- b. het tegoed dient als zekerheid voor bestaande of toekomstige schulden van de geldgever of gerelateerde partijen; of
- c. als gevolg van het tegoed worden aan de geldgever of gerelateerde partijen faciliteiten of andere voordelen toegekend, zoals het kunnen schrijven van opties of het in rekening brengen van goedkopere tarieven voor diensten van de geldnemer.

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. Artikel 9, tweede en derde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

2. Beleggingen zijn tevens kredietuitzettingen, indien het nominaal opvorderbare gelden betreft.

Artikel 11 Definitie Garantie en garantstelling

Onder 'garantie' en 'garantstelling' in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt verstaan:

- a. een garantie in de zin van de solvabiliteitsrichtlijnen voor kredietinstellingen, opgenomen in het Handboek Wtk, onderdeel 4011-02.3.6, waarbij 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 die bankruptcy remote is opgezet;
- b. een verklaring als bedoeld in artikel 403, eerste lid, onderdeel f, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 12 Reikwijdte Beleidsregel 2005 kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992

Deze Beleidsregel geldt in het kader van de toepassing van:

- a. de artikelen 1, eerste lid, aanhef en onderdelen a en c, 6, 31, 32, 32a, 38, 38a, 82 en 83 van de Wtk 1992;
- b. het Besluit van 13 augustus 2004, houdende vaststelling van het begrip liquide middelen, bedoeld in artikel 23, zesde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en houdende regels betreffende de verlening van een ontheffing als bedoeld in artikel 82, vierde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, alsmede tot wijziging van artikel 5 van het Besluit solvabiliteitsmarge verzekeringsbedrijf 1994 (Stb. 2004, 442);
- c. de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 120, laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2004, 222); en
- d. verleende ontheffingen van de verbodsbepalingen van de artikelen 6, derde lid, 31, vijfde lid, 32, vierde lid,

38, vierde lid, 38a, derde lid, 82, vierde lid, en 83, vierde lid, van de Wtk 1992.

Artikel 13 Overgangsregeling

Voor zover deze Beleidsregel ten opzichte van de in artikel 14 genoemde Beleidsregel wijzigingen inhoudt ten nadele van afzonderlijke ondernemingen of instellingen welke niet beschikken over een ontheffing van de in artikel 12 genoemde verbodsbepalingen, vindt deze Beleidsregel ten aanzien van transacties en constructies die op het moment van inwerkingtreding van deze Beleidsregel reeds bestaan, eerst toepassing na zes maanden na de dag waarop deze Beleidsregel in werking treedt. In het geval de onderneming of instelling activiteiten die in strijd zijn met de in artikel 12 genoemde verbodsbepalingen na afloop van deze overgangsperiode van zes maanden niet wil staken, kan de onderneming of instelling zich binnen drie maanden na het moment waarop deze Beleidsregel in werking treedt tot DNB wenden met een gemotiveerd verzoek tot ontheffing van de relevante verbodsbepaling.

Artikel 14 Intrekking Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992

De Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 129) wordt ingetrokken.

Artikel 15 Inwerkingtreding

Deze Beleidsregel treedt in werking met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst.

Artikel 16 Citeertitel

Deze Beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel 2005 kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992.

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

Amsterdam, 29 december 2004.

Mr. D.E. Witteveen.

De Nederlandsche Bank N.V.

Toelichting

Algemeen

In het kader van de toepassing, het toezicht op de naleving en de handhaving van de verbodsbepalingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (de Wtk 1992), hecht de Nederlandsche Bank (DNB) belang aan een heldere en eenduidige interpretatie van diverse kernbegrippen in deze wet en de daarop gebaseerde lagere regelgeving. Daartoe is in 2002 de wetinterpreterende Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 129) opgesteld, waarin een nadere uitleg en omschrijving is gegeven van enkele relevante kernbegrippen 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 ontheffingen.

Sinds 2002 hebben DNB diverse signalen bereikt dat een aantal elementen van deze Beleidsregel van 2002 als belemmerend wordt ervaren. Dit is aanleiding geweest voor het doorvoeren van een aantal aanpassingen in deze Beleidsregel. Deze aanpassingen vereenvoudigen de toepassing van de Wtk 1992 tot de inwerkingtreding van de toekomstige Wet op het financieel toezicht (Wft), in welke wet onder meer de Wtk 1992 zal worden geïncorporeerd. Er is overwogen af te zien van deze Beleidsregel omdat de inwerkingtreding van de Wft naar alle waarschijnlijkheid een nieuwe beleidsregel vergt. Omdat deze Beleidsregel evenwel verheldert, vereenvoudigt en codificeert, is er toch voor gekozen deze Beleidsregel, ter vervanging van de oude, uit te vaardigen. Om de gewenste vereenvoudiging en verheldering niet nodeloos te vertragen, is er voor gekozen om op dit moment alleen die aanpassingen door te voeren, die eenvoudig en snel konden worden gerealiseerd en waarvan de consequenties vrij eenvoudig te overzien waren. Hiermee wordt per saldo op dit moment een vereenvoudigde redactie van de regels bereikt. Een ingrijpende herziening van de Beleidsregel zal in het kader van de invoering van de Wft plaatsvinden. Ten behoeve van de aanpassingen in de Beleidsregel 2002 is vanaf juli 2004 een consultatiedocument opgesteld. De resultaten van deze consultatie zijn neergelegd in de onderhavige

Beleidsregel 2005 kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992. Omwille van de duidelijkheid is deze nieuwe Beleidsregel integraal opnieuw vastgesteld. Met de inwerkingtreding van de nieuwe Beleidsregel 2005 wordt de Beleidsregel van 2002 ingetrokken. In deze nieuwe Beleidsregel 2005 zijn tevens de wijzigingen meegenomen die in onder meer de artikelen 82 en 83 van de Wtk 1992 zijn doorgevoerd met de inwerkingtreding – met ingang van 15 september 2004 – van de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 in verband met de vereenvoudiging van het stelsel van de verklaring van geen bezwaar en enkele andere noodzakelijke aanpassingen (Stb. 2004, 441) en het Besluit van 13 augustus 2004, houdende vaststelling van het begrip liquide middelen, bedoeld in artikel 23, zesde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en houdende regels betreffende de verlening van een ontheffing als bedoeld in artikel 82, vierde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, alsmede tot wijziging van artikel 5 van het Besluit solvabiliteitsmarge verzekeringsbedrijf 1994 (Stb. 2004, 442).

Artikelsgewijze Toelichting

Artikel 1 Definitie Publiek

Artikel 1 betreft codificatie van bestaand beleid. In de toelichting op de oude Uitvoeringsregeling ex artikel 1 Wtk 1992 (Stcrt. 1993, 29) – welke uitvoeringsregeling in 2002 is vervangen door de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 – 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 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Het vaste beleid werd tevens toegepast bij (de vrijstellingen van) artikel 82 van de Wtk 1992, waar ook na de invoering van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 de term ‘publiek’ het kernbegrip is. Om 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 (Wtb), waar de besloten kring deel uitmaakt van de verbodsbepaling. Zie over deze kwestie ook (de toelichting op) artikel 3 van deze Beleidsregel.

Dit misbruikrisico is niet aanwezig indien het aantrekken van één besloten kring wordt gecombineerd met het aantrekken van een kredietinstelling of van andere professionele marktpartijen. Om deze reden is deze combinatie in onderdeel c neergelegd. Professionele marktpartijen kunnen gecombineerd worden met één besloten kring zonder dat kan worden gesproken van het aantrekken van het publiek in de zin van artikel 82 van de Wtk 1992. Ook bij de vrijstellingen van het verbod voor kredietinstellingen is in deze zin de situatie materieel niet gewijzigd. In artikel 2 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 is neergelegd dat het is toegestaan van deze combinatie van groepen aan te trekken.

Indien de aantrekking zich uitsluitend richt tot één specifiek persoon, onderneming of instelling en zolang uitsluitend van die persoon, onderneming of instelling wordt aangetrokken, kan volgens vast beleid niet van aantrekken van het publiek worden gesproken. Een dergelijke aantrekking wordt gelijkgesteld met de aantrekking binnen één besloten kring als bedoeld in artikel 3 van deze Beleidsregel.

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

Het eerste lid van artikel 2 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 versprekte gelden als professioneel blijft aangemerkt. 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 desbetreffende 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 iedere hem bekende geldgever een professionele marktpartij is. Indien de informatie afkomstig is van de geldgever dan wel de geldgever uitdrukkelijk verklaart dat hij een professionele marktpartij is, dan mag de geldnemer daar in beginsel op vertrouwen, tenzij de geldnemer weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie of de verklaring van de geldgever onjuist is. Voor een uitdrukkelijke verklaring van de geldgever kan niet zonder meer worden volstaan met opname van een bepaling in de overeenkomst, waarmee de geldgever door ondertekening van de overeenkomst ‘verklaart’ een professionele marktpartij te zijn. In die situatie dient de geldnemer zich ervan te vergewissen dat de geldgever uitdrukkelijk instemt met de desbetreffende bepaling en op hoogte is van de gevolgen die deze instemming heeft.

Het vierde en vijfde lid van artikel 2 geven vervolgens ruimte voor in de praktijk werkbare oplossingen bij grote uitgaven 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.

Indien de geldgevers redelijkerwijs niet bekend kunnen zijn, wordt van de geldnemer op grond van het vierde lid een aan een resultaatsverbintenis grenzende inspanning gevraagd om maatregelen te treffen die beogen te waarborgen dat alleen van professionele marktpartijen wordt aangetrok-

ken. 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 verspreidingssystemen die beide acceptabel zijn. De beperking tot bewaarsystemen waarin de schuldtitels uitsluitend kunnen worden gehouden via vergunninghoudende kredietinstellingen of effecteninstellingen of rechtstreeks door aangesloten instellingen die als professionele marktpartij kwalificeren (als omschreven onder 1°), 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. Op 1 oktober 2004 kwalificeerden de systemen die in stand worden gehouden door Euroclear en Clearstream op basis van de toen geldende toelatingsvereisten als dergelijke systemen. De derde factor betreft de coupuregrootte. Deze dient op het moment van uitgifte een waarde van (het equivalent van) EUR 100.000 te vertegen-

woordigen. In de situatie dat de schuldtitels in pakketten worden verhandeld, dienen de pakketten een nominale waarde van ten minste (het equivalent van) EUR 100.000 te blijven vertegenwoordigen. In lijn met de tendens in de Prospectus- en de ISD-Richtlijn om reeds bij kleinere coupures professionaliteit te veronderstellen, is deze grenswaarde verlaagd. Aangezien het hier alleen om obligaties gaat en niet om aandelen of andere effecten met een hoog risico-profiel, mag professionaliteit minder snel worden verondersteld en is de grenswaarde in het belang van de crediteurenbescherming op EUR 100.000 gesteld. 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 vijfde lid staan genoemd, te combineren met door de geldnemer te nemen andere maatregelen (ter compensatie van de factoren uit het vijfde lid waaraan niet wordt voldaan) of door een geheel eigen set van maatregelen te treffen. Zo zou bij een emissie die met uitzondering van de coupuregrootte voldoet aan het vijfde lid, ter compensatie daarvan binnen de context van het vierde lid gewerkt kunnen worden met een selling restriction en een handhavingmechanisme 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

De definitie uit het eerste lid van artikel 3 stemt overeen met de toelichting bij de Vrijstellingsregeling Wtk 1992. Het betreft van 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.

Het tweede tot en met het vijfde lid van artikel 3 geven aanvullende informatie voor de beantwoording van de vraag wanneer het aantrekken beperkt is tot de bedoelde besloten kring. Het tweede lid betreft een geringe aanscherping ten opzichte van de oude Beleidsregel. Onder de oude Beleidsregel werd geacht dat in de categorieën als omschreven in het tweede lid, reeds sprake was van een besloten kring. Onder deze Beleidsregel 2005 behoren echter alleen de werknemers die tevens voldoen aan de voorwaarde als beschreven in het eerste lid, onder c, tot een besloten kring. In die gevallen waarin bij de geldgevers (de werknemers) voldoende informatie beschikbaar is of kan zijn over de financiële situatie van de geldnemer (de werkgever) – hetgeen in beginsel het geval zal zijn bij gepubliceerde jaarcijfers – zal met artikel 3, tweede lid, van de Beleidsregel 2005 geen sprake zijn van een materiële wijziging ten opzichte van de oude Beleidsregel van 2002. Voor de overgangregeling die voor deze aanscherping is getroffen, wordt verwezen naar artikel 13 van deze Beleidsregel.

Voor de definitie van concern wordt verwezen naar artikel 1, onderdeel d, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 en voor groep naar artikel 1, eerste lid, onderdeel o, van de Wtk 1992. Tevens wordt erop gewezen dat de categorie als genoemd in het derde lid, onder b, wordt aangemerkt als één besloten kring. Voor de graad van bloed- en aanverwantschap wordt verwezen naar artikel 3 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In het derde lid, onder e, wordt bedoeld op de situatie dat slechts van een persoon, onderneming of instelling wordt aangetrokken (de zogenoemde 'één op één relatie'). Indien velen worden benaderd met de bedoeling om uiteindelijk van één partij aan te trekken en wanneer opeenvolgend 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, kan van een dergelijke één op één relatie echter niet worden gesproken. In dat geval is er sprake van aantrekken buiten besloten kring en dus van het publiek.

Uit artikel 1 van deze Beleidsregel volgt dat het aantrekken van één besloten kring kan worden gecombineerd met het aantrekken van professionele marktpartijen in de zin van artikel 1 (ook als de professionele marktpartij niet behoort tot de besloten kring), zonder dat sprake is van het aantrekken van het publiek in de zin van artikel 82 van de Wtk 1992. 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 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (de Wte 1995) is voor de 'besloten kring' namelijk 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 werkmatschappijen worden verkocht aan een ander concern, zullen alle financiële relaties tussen de verkochte werkmatschappijen en de achterblijvende financieringsmaatschappij derhalve moeten worden afgewikkeld, althans een andere vorm worden gegeven[1]. Een andere afwijking van het bestaande beleid ten aanzien van besloten kringen bij de Wet toezicht effectenverkeer 1995 betreft het tegelijkertijd mogen aantrekken van meer

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

Artikel 4 Definitie Onderneming of instelling

Dit artikel 4 betreft wederom de codificatie van bestaand beleid. Er wordt een ruime interpretatie gevolgd. De definitie omvat 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 236 e.v. van Boek 6 van het BW en artikel 5 van Boek 7 van het BW) zijn geen onderneming of instelling. Het gaat om de feitelijke organisatie, niet om de formele vormgeving.

Verscheidene 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 die rechtspersonen aangemerkt als degene die de onderneming of instelling voert, ook indien formeel slechts een deelsegment 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

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, welke respectievelijk zijn neergelegd in het eerste, derde en

vierde lid van artikel 5. Enkele facetten zijn bij dit artikel van belang:

– Teneinde als kredietinstelling te worden gekwalificeerd, wordt bezien of een instelling haar bedrijf maakt van de in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1^o, 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 met een ontheffing mogen opereren.

– 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 hoofdvactiviteit 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, 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'.

– Bezien moet worden of de in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 1^o, van de Wtk 1992 genoemde activiteit als een zelfstandig identificeerbare activiteit (of als één van de zelfstandig identificeerbare activiteiten) kan worden aangemerkt. Tevens wordt bezien of die activiteit niet uitsluitend als ondersteunend aan een geheel ander type van activiteiten moet worden gezien. Als de activiteiten ofwel niet zelfstandig identificeerbaar zijn, ofwel enkel ondersteunend zijn, kan niet worden gesproken 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 en/of onroerend goed (tenzij voor eigen gebruik) een 'belegging' zijn. Dit betreft meestal een zelfstandige, als zodanig te identificeren hoofdvactiviteit (of één van de hoofdvactiviteiten). 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 hoofdvactiviteiten 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.

Overschotten voortvloeiende uit het cashmanagement, die niet meer belopen dan 2 à 3 procent van het balans totaal en worden aangehouden bij de eigen bank, leiden er als zodanig niet toe dat sprake is van een hoofdvactiviteit.

– 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 irrelevant of de hoofdvactiviteiten 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. 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 wordt niet gesproken van 'bedrijf maken van'. Op solobasis bekeken zou in eerste instantie geconcludeerd kunnen worden dat de hoofdvactiviteit 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. DNB gaat bij ondernemingen of instellingen, zoals altijd bij artikel 82 van de 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 van de Wtk 1992 richt zich echter tot ‘een ieder’ en heeft derhalve een ruimer bereik dan ‘onderneming of instelling’, waartoe de verbodsbepalingen voor kredietinstellingen en artikel 83 van de Wtk 1992 zich richten. Een incidentele aantrekking van gelden door een consument wordt niet als bedrijfsmatig aangemerkt.

Geregeld en stelselmatig aantrekken door een consument buiten besloten kring en niet van professionele marktpartijen zoals kredietinstellingen (en dus van het publiek), wordt voor de

toepassing van deze verbodsbepaling wel als bedrijfsmatig aangemerkt.

Artikel 6 Definitie Ter beschikking verkrijgen; Aantrekken

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 van artikel 6 betreft codificatie van bestaand beleid. Zoals reeds in de Beleidsregel Media Wtk 1992 (Handboek Wtk, nr. 3210) is neergelegd, omvat de term aantrekken zowel het trachten gelden te verkrijgen als het feitelijk gelden verkrijgen. Een naar buiten toe gerichte poging, een wervend optreden er op gericht om gelden te verkrijgen, kwalificeert. Een intentie om te gaan adverteren is onvoldoende om reeds van een schending van artikel 82 van de Wtk 1992 te spreken, het aanbieden van de advertentie aan publieksmedia kwalificeert evenwel wel.

In de context van de Beleidsregel Media Wtk 1992 (de grensoverschrijdende aspecten van de Wtk 1992; ‘in of vanuit Nederland’) bestaan er vier varianten waarin artikel 82 van de 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

Dit artikel betreft codificatie van bestaand beleid. De hoofdregel is neergelegd in het eerste lid.

– De gelden dienen op enig moment aan de geldgever te worden terugbetaald. Daarbij is het irrelevant of dat op of na een concrete datum dient te geschieden dan wel ten tijde van of na het voorvallen van enige omstandigheid.

– 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 van de Wtk 1992 wordt voldaan.

– Voor de beoordeling van het nominale karakter van de terugbetalingsverplichting is niet doorslaggevend of een vaststaand aantal euro’s moet worden terugbetaald. In de volgende gevallen is indien aan de overige vereisten als genoemd in artikel 7, eerste lid, is voldaan, in ieder geval ook sprake van opvorderbare gelden in de zin van de Wtk 1992:

- Producten waarbij de inleg, de terugbetaling en/of de berekening van de omvang van de terugbetaling in vreemde valuta geschiedt, of
- Producten waarbij de omvang van de terugbetaling wordt berekend aan de hand van een rekeneenheid die een waarde vertegenwoordigt (bijvoorbeeld milligram goud of andere tegenwaarden).

– 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 koopsom voor effecten c.q. de opbrengst van verkochte effecten).

– Terugbetaling kan door middel van alle in Nederland erkende vormen van betaling. Terugbetaling door ver-

rekening van de nominale schuld met enige andere, bijvoorbeeld winstgereleerde, vordering blijft terugbetaling van de nominale schuld.

– Een scherpe scheidslijn tussen ‘opvorderbare gelden’ en andere aangetrokken gelden is niet te trekken, mede gezien de praktijk bij het opkopen van nieuwe, gemengde producten. Die nieuwe producten zullen steeds 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 bij faillissement opgeëist kunnen worden, toch als opvorderbaar in de zin van de Wtk 1992 kwalificeren.

– 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 kan dus een marktrente met een opslag zijn, het kan ook een opslag op het oorspronkelijke bedrag zijn.

– 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 de voorgeschoten gelden terugbetaalt), 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. Anders ‘denatureren’ ze tot opvorderbare gelden. Dit kan een bewerkelijke toets zijn. Daarom is voor redelijk snelle doorbetalers een vast ijkpunt gekozen. Alles wat binnen vijf kalenderdagen is doorbetaald, 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 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

Voor de beoordeling of aan de vereisten als genoemd in artikel 8 is voldaan, wordt gekeken naar de economische werkelijkheid. Er wordt

derhalve getoetst aan de feiten en omstandigheden van het geval. 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 onroerend goed- 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.

Artikel 9 Definitie Kredietuitzettingen

Artikel 9 behoeft weinig toelichting. Behalve dan dat bij een meer dan verwaarloosbare rentevergoeding als bedoeld in het derde lid, onder a, wordt gedacht aan maximaal de helft van de geldmarktrente voor kredietinstellingen met een uitmuntende kredietbeoordeling.

Artikel 10 Definitie Beleggingen

Artikel 10 codificeert bestaand beleid. Bij het eerste lid, onder d, kan gedacht worden aan beleggingspannen. 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

In artikel 3 van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 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, voor zover 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 Wtk 1992. Voor hetgeen DNB op het oog heeft met een onvoorwaardelijke garantie wordt krachtens dit artikel verwezen naar de solvabiliteitsrichtlijnen van DNB. De toevoeging onder b betreft codificatie van bestaand beleid. Tevens wordt een achtergestelde garantie door DNB aangemerkt als een onvoorwaardelijke garantie, tenzij door aanvullende voorwaarden het onvoorwaardelijke karakter van de garantie wordt aangetast. Voor zover 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 wel mee in het kader van het artikel 3, tweede lid, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 inzake het voorschrift dat 95% van het balanstotaal binnen het concern dient te worden uitgezet.

Artikel 12 Reikwijdte Beleidsregel 2005 inzake kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992
Aan de opsomming in dit artikel is, ten opzichte van de oude Beleidsregel van 2002, het Besluit van 13 augustus 2004 (Stb. 2004, 442) toegevoegd.

Artikel 13 Overgangsregeling
Artikel 3, tweede lid, betreft een geringe aanscherping ten opzichte van de Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 129). Hiervoor is in artikel 13 van deze Beleidsregel een overgangsregeling getroffen, die verder geen toelichting behoeft.

Artikel 14 Intrekking Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992
Met de inwerkingtreding van deze Beleidsregel komt de Beleidsregel kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 (Stcrt. 2002, 129) te vervallen.

Artikel 15 Inwerkingtreding en Artikel 16 Citeertitel
Artikel 15 en artikel 16 behoeven geen toelichting.

Amsterdam, 29 december 2004.
Mr. D.E. Witteveen.
De Nederlandsche Bank N.V.