

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake het concept voorstel van wet Wijzigingswet financiële markten 2014.

1. INLEIDING

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (de **Gecombineerde Commissie**) heeft kennis genomen van het concept. De Gecombineerde Commissie heeft vanuit de rechtspraktijk enkele opmerkingen en suggesties op enkele punten van het concept.

2. SAMENVATTING

De opmerkingen en suggesties van de Gecombineerde Commissie zijn divers en laten zich niet gemakkelijk samenvatten. Zij zijn voor het merendeel technisch van aard, maar er zijn ook kwesties van meer principiële aard, zoals onze bemerkingen ten opzichte van het voorstel voor art 4:24a lid 3: de Gecombineerde Commissie acht het zorgwekkend dat een zo algemeen verwoorde norm als die van art. 4:24a grondslag kan zijn voor handhavingsbeleid door de AFM. Ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen in Afdeling 16 titel 9 Boek 2 BW – De rechtspleging met betrekking tot de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen, heeft de Gecombineerde Commissie een zestal opmerkingen; een belangrijk punt naar ons inzicht is dat voor het uitbreiden van de handhavingsmogelijkheden van de AFM ten aanzien van de halfjaarlijkse financiële verslaggeving geen aanleiding lijkt te zijn.

3. COMMENTAARPUNTEN

(a) De definitie van afwikkelondernemingen is erg ruim. Het begrip "werkzaamheden, gericht op" wordt niet gebruikt in andere Wft definities van vergunningplichtige activiteiten. De ruime definitie betekent dat mogelijk ook andere bedrijfsactiviteiten dan door de wetgever bedoeld onder de vergunningplicht vallen. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan bedrijven aan

wie bepaalde dienstverlening door afwikkelondernemingen wordt uitbesteed (outsourcing). De Gecombineerde Commissie zou aanbevelen de definitie aan te scherpen, en daarbij de benadering aan te houden waarvoor (bijvoorbeeld) bij de definitie van banken in de Wft is gekozen ("degene die zijn bedrijf maakt van..."). Voorts biedt letter e. van de definitie de grondslag voor een zeer ruime strekking buiten de wetgever om, hetgeen de Gecombineerde Commissie onwenselijk voorkomt.

(b) De Gecombineerde Commissie acht voorts het gebruik van het woord afwikkelonderneming in de definitie zelf (via het begrip "betaalproduct") dat wordt gebruikt in de letter a van de definitie van afwikkelonderneming minder wenselijk.

(c) Het begrip betaalinstrumenten (in de definitie van betaalproduct) wordt in de toelichting aangeduid als "betaalmiddel" (verwezen wordt bijvoorbeeld naar p. 2). In zijn algemeenheid vraagt de Gecombineerde Commissie zich af hoe de afbakening is met de geïmplementeerde Richtlijn betaaldiensten (2007/64/EG) die "technische dienstverleners" (zie art. 1.5a lid 2 sub j. Wft) uitzondert van de reikwijdte van de regels omtrent het verlenen van betaaldiensten. Vallen deze technische dienstverleners nu onder het begrip afwikkelondernemingen?

(d) O.m. art. 2:3.0a, 2:3.0c, 2:3.0d, 2:106.0a, 3:24.0a, 3:35 Wft bevatten de uitdrukking "met wie hij niet in een groep is verbonden". Het begrip "groep" is niet gedefinieerd. Wij nemen aan dat hiermee ene groep wordt bedoeld als omschreven in art. 2:24b BW, en bevelen aan dit t.b.v. de consistentie te verduidelijken (vgl. bijv. de Wft definitie van personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld).

(e) Art. 2.3.0c, 2:3.0e, 2:3.0f en 3:35 Wft spreken van een percentage van in Nederland verrichte girale betalingstransacties. Misschien kan verduidelijkt worden dat het hier gaat om aantallen transacties (wij nemen tenminste aan dat dit inderdaad wordt bedoeld) veeleer dan om geldelijk volume van transacties. De Gecombineerde Commissie vraagt zich nog af hoe een afwikkelonderneming eigenlijk kan weten of zij het hier bedoelde percentage marktaandeel heeft. Is er een onafhankelijke instantie die deze gegevens publiceert?

(f) Is voldoende duidelijk wat met "girale betalingstransacties" wordt bedoeld? Vallen daar bijvoorbeeld ook inter-bancaire geldstromen onder? Wij nemen aan van niet, gelet op het oogmerk om alleen retail-betalingsverkeer te reguleren. En wat betekent "in Nederland verricht"? Betekent dit dat de transactie in Nederland wordt uitgevoerd, dus gedebiteerd van en gecrediteerd op betaalrekeningen in Nederland? Of ook al indien de transactie in Nederland wordt geïnitieerd (en mogelijk elders uitgevoerd)? Of ook al indien alleen de debitering in Nederland plaatsvindt? Wij zouden aanbevelen deze begrippen te verduidelijken (tenminste

in de wetsgeschiedenis).

(g) Art. 4:24a Wft is de pendant voor financiële dienstverleners van art 4:90 Wft voor beleggingsondernemingen. Het is niet duidelijk waarom in art. 4:24a Wft de zorgvuldigheidnorm anders wordt geformuleerd. Er lijken subtiele verschillen te zijn tussen de formuleringen in lid 1 ("neemt op een zorgvuldige wijze de belangen van de consument, cliënt of begunstigde in acht"), in lid 2 ("handelt in het belang van ...etc.") en in art. 4:90 Wft ("zet zich ... op eerlijke, billijke en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten..."); zijn die verschillen ook door de wetgever bedoeld? Ligt het niet meer voor de hand om één eensluidende terminologie te gebruiken? Dat zal eenduidige invulling van de norm en daarmee rechtszekerheid in de hand werken.

(h) Het is naar de Gecombineerde Commissie meent zorgwekkend dat een zo algemeen verwoorde norm als die van art. 4:24a Wft grondslag kan zijn voor handhavingsbeleid door de AFM. Dit druist in tegen het *lex certa* beginsel. Weliswaar geeft de MvT aan dat de AFM "slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer sprake is van onvoorzien marktgedrag dat kan resulteren in schade voor consumenten" zal kunnen ingrijpen, maar dit neemt de rechtsonzekerheid onvoldoende weg. Een mogelijk zou zijn om deze rechtsonzekerheid te mitigeren door een bepaling op te nemen met de strekking dat bij of krachtens regeling van de Minister van Financiën van tijd tot tijd nadere concrete invulling aan deze algemene norm *zal* (veeleer dan *kan*) worden gegeven.

(i) Art 4:24a lid 3 Wft betekent in haar huidige redactie dat alle financiële dienstverleners hun bedrijf zullen moeten opdoeken. Immers, elke financiële transactie *kan* "kennelijk nadelige gevolgen" voor betrokkenen hebben; dat ligt nu eenmaal besloten in de aard van financiële transacties. De woorden "of kan veroorzaken" moeten worden geschrapt, of vervangen worden door: "of redelijkerwijze verwacht kan worden te veroorzaken".

(j) De tekst van art. 4:24a lid 3 Wft strookt niet met de strekking van die bepaling volgens de MvT; daarin wordt gesteld dat "de AFM deze handhavingsbevoegdheden alleen [kan] inzetten in die gevallen waarin sprake is van evidente schending van de algemene zorgplicht." (onze onderstreping). Die strekking wordt in de woorden van art 4:24a Wft niet gereflecteerd.

(k) M.b.t. art. 2:265d Wft merkt de Gecombineerde Commissie het volgende op met betrekking tot de situatie dat de eigenwoningschuld bij een andere bank wordt aangegaan dan de bank bij wie het bankspaardeposito wordt aangehouden. In dit geval kan de verrekening ook plaatsvinden, aldus lid 2, "tenzij die ander in zijn netto-schuldenpositie wordt benadeeld". In het gros van de gevallen zal die benadeling niet plaatsvinden, omdat tussen de hypotheekverstrekker en de bank waar het bankspaardeposito wordt aangehouden regelingen zijn getroffen die de

strekking hebben benadeling te voorkómen. Indien die regelingen niet zouden zijn getroffen, kan de hypotheekverstrekker wiens eigen woningvordering wordt verrekend wel benadeeld worden, omdat hij een regresvordering op de noodlijdende andere bank verkrijgt in plaats van een vordering op de geldnemer. In dat geval zal verrekening dus niet plaatsvinden, aldus art. 3:265 lid 2 Wft. Daarmee is de houder van het bankspaardeposito echter mogelijk benadeeld ten opzichte van de situatie dat verrekening wel had plaatsgevonden, met name indien hij naast het bankspaardeposito ook andere deposito's aanhoudt. De Gecombineerde Commissie zou menen dat deze mogelijke benadeling zou moeten worden vermeden en dat het systeem van art. 3:265 Wft daartoe zou moeten worden aangepast.

(l) Met betrekking tot de regeling van art. 2:265d Wft (gekoppeld aan art. 159h en i Wft) merkt de Gecombineerde Commissie nog op dat deze niet in lijn is met het in de ontwerp DGS richtlijn bepaalde. In art. 3.1. van het ontwerp wordt immers aan de verrekening een halt toegeroepen. Zie ook de opmerking bij 7.2: "Na het faillissement van een instelling is het niet langer toegestaan vorderingen met de verplichtingen van de deposant te verrekenen.". Indien de richtlijn conform het ontwerp zou worden aangenomen, betekent dit naar wij aannemen dat de regeling van art. 3:265d Wft aangepast zou moeten worden.

(m) Art 3:159h en i Wft: Zou het eventueel overblijvende surplus na verrekening niet door het DGS moeten worden afgedekt? Indien niet dan zou de bankspaardeposithouder in een nadeliger positie verkeren dan de "gewone" deposithouder, terwijl dit verschil moeilijk te rechtvaardigen lijkt.

(n) Art 4:37j en 4:44 Wft: indien de aparte instelling de juridische eigendom van de activa "uitsluitend ten behoeve van de beleggingsinstelling" zal houden, betekent dit mogelijk nog steeds dat andere crediteuren dan participanten recht hebben op de opbrengsten van die activa. De uitdrukking "ten behoeve van de beleggingsinstelling" zal immers zo gelezen moeten worden dat de activa ter beschikking staan van de instelling en daarmee niet alleen van de achterliggende beleggers maar tevens van al haar crediteuren. Is dat ook de bedoeling van de wetgever? Indien het de bedoeling is dat de andere crediteuren geen toegang tot die activa hebben behoudens voor zover de vorderingen van de beleggers voldaan zijn, zou naar het oordeel de Gecombineerde Commissie een wettelijke achterstelling een efficiëntere oplossing kunnen zijn.

(o) In beide voornoemde artikelen wordt de vermogensscheiding geëist "indien op grond van het beleggingsbeleid een reëel risico bestaat... etc." Wie is verantwoordelijk voor de vaststelling of dit risico bestaat? De oprichters van de beleggingsinstelling? Het bestuur? De AFM? Wij kunnen ons voorstellen dat hier in voorkomende gevallen een lastige afweging moet worden gemaakt, met aansprakelijkheidsrisico voor de betrokkenen. Het zou naar de mening van de

Gecombineerde Commissie verstandig zijn om de verantwoordelijkheid voor deze beslissing duidelijk toe te delen.

(p) Artikel XIII lid 2: de Gecombineerde Commissie beveelt aan om de termijn van 3 maanden te verlengen tot 6 maanden, of om een mogelijkheid tot verlenging in te bouwen op redelijk onderbouwd verzoek van een afwikkelonderneming. Het vereiste "aantonen" kan onder omstandigheden nog wel wat voeten in de aarde hebben...

(q) Hieronder plaatst de Gecombineerde Commissie enkele kritische kanttekeningen bij Afdeling 16 titel 9 Boek 2 BW – De rechtspleging met betrekking tot de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen

Algemeen

Voorop wordt opgemerkt dat bij het opstellen van het consultatievoorstel geen rekening is gehouden met het voorstel voor de Wet op het accountantsberoep zoals dit door de Tweede Kamer is aangenomen en de daarin als gevolg van een amendement opgenomen wijzigingen van de Wtfv waarbij de eis dat de AFM aan de financiële verslaggeving moet twijfelen, zou komen te vervallen (I, 2011–2012, 33 025, A). Dat met dat wetsvoorstel nog geen rekening is gehouden, blijkt uit de ontwerp memorie van toelichting (p. 20) waar er nog van wordt uitgegaan dat "twijfel" een vereiste is.

Weinig gelukkig is het dat zowel bij de Wet op het accountantsberoep als in het onderhavige ontwerp wetsvoorstel geen rekening wordt gehouden met het feit dat aan de Wtfv en Afdeling 16 van Titel 9 BW een gezamenlijk wetsvoorstel van de ministers van Financiën en Veiligheid & Justitie ten grondslag ligt. Door wijzigingen in een voorontwerp dat alleen van het ministerie van Financiën lijkt uit te gaan op te nemen, wordt het karakter van de Wtfv en van de regeling van de rechtspleging in Afdeling 16 van titel 9 miskend.

Gelet op het feit dat "deze titel" in het voorgestelde eerste lid van art. 2:452 verwijst naar de jaarlijkse financiële verslaggeving, lijkt een separate verwijzing naar art. 5:25c, lid 2, Wft overbodig. Tegen de mogelijkheid om in het in art. 5:25c, tweede en vierde lid, Wft bedoelde geval het opvragen van gegevens te kunnen handhaven, lijken overigens geen principiële bezwaren te moeten bestaan. Dergelijke bezwaren bestaan wel waar het gaat om de mogelijkheid om ook een verzoek tot inlichtingen met betrekking tot de halfjaarcijfers te doen (art. 5:25d en art. 5:25v, eerste lid (gedeeltelijk) Wft). Bij de implementatie van de Transparantierichtlijn is uitdrukkelijk overwogen dat het onwenselijk zou zijn de mogelijkheid te openen voor de AFM om met betrekking tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving handhavend op te treden. Aan de redenen om daarvan af te zien is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet

van 25 september 2008 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (PbEU L 390), (*Stb.* 2008, 476) uitvoerig aandacht besteed. Waarom hier thans anders over gedacht zou moeten worden, wordt in het voorontwerp voor de memorie van toelichting in het geheel niet toegelicht. Redenen waarom, terwijl de afweging nog betrekkelijk recent door de wetgever is gemaakt en in het Rapport over de Evaluatie van de Wet toezicht financiële verslaggeving van februari 2011 de wenselijkheid daarvan, laat staan de noodzaak daartoe, niet aan de orde zijn gekomen, hierover nu anders gedacht zou moeten worden, blijven onvermeld. Voor het uitbreiden van de handhavingsmogelijkheden ten aanzien van de halfjaarlijkse financiële verslaggeving lijkt geen aanleiding te bestaan.

Geen bestaande bevoegdheid tot handhaving ten aanzien van halfjaarlijkse financiële verslaggeving

In dit verband wordt nog opgemerkt dat het feit dat de AFM niet de bevoegdheid heeft of zou krijgen met betrekking tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving een verzoek op grond van art. 2:452 BW te doen, niet betekent dat de AFM ook niet bevoegd zou zijn op grond van art. 2 Wtfv een nadere toelichting te vragen. Die bevoegdheid heeft de AFM al, net zoals zij deze heeft met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving. Dat de AFM met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving nog nooit gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid in verband met het feit dat aan een verzoek van de AFM op grond van art. 2 Wtfv tot het verstrekken van een nadere toelichting onvoldoende gevolg werd gegeven, een verzoek op grond van art. 2:452 BW in te dienen, zou een indicatie kunnen vormen voor het feit dat de AFM kennelijk in het algemeen de noodzakelijke mededeling krijgt. Dat vormt een verdere contra-indicatie voor het uitbreiden van de bevoegdheid van de AFM om ook met betrekking tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving gebruik te maken van art. 2:452 BW.

Uitbreiding bestaande bevoegdheid tot handhaven van de verplichting een toelichting te verstrekken tot buitenlandse uitgevende instellingen

Tegen de uitbreiding van de bevoegdheid van de AFM om ook waar het gaat om effectenuitgevende instellingen die naar vreemd recht zijn opgericht op grond van art. 2:452 BW een verzoek in te dienen indien onvoldoende gevolg wordt gegeven aan een verzoek op grond van art. 2 Wtfv een nadere toelichting aan de AFM te verstrekken, bestaan geen bezwaren.

De verlenging van de in art. 2:452 BW genoemde termijn

De verlenging van de termijn van zes maanden tot negen maanden in het ontworpen tweede lid van art. 2:452 BW leidt tot complicaties. De eerste is dat de termijn op een later tijdstip aanvangt dan de termijn voor indiening van een verzoek op de voet van art. 2:447 BW met betrekking tot de jaarlijkse financiële verslaggeving, zodat de termijn als voorgesteld, eindigt nadat de termijn voor indiening van een verzoek op grond van art. 2:447 BW is geëindigd. Zelfs indien beide termijnen dezelfde aanvangsdatum zouden kennen, ontstaat een complicatie dat, indien aan het einde van de termijn voor het doen van een verzoek op grond van art. 2:452 BW een dergelijk verzoek wordt gedaan, de beslissing op het verzoek pas bekend zal worden nadat de termijn voor indiening van een verzoek op grond van art. 2:447 BW is verstreken. Indien, zoals nu het geval is, de termijn voor indiening van een verzoek op grond van art. 2:452 BW drie maanden voordat de termijn voor indiening van een verzoek op grond van art. 2:447 BW eindigt, is de kans dat deze complicatie zich voordoet aanzienlijk kleiner. Overigens hoe langer de termijn waarin een verzoek op grond van art. 2:452 BW met betrekking tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving kan worden gedaan, hoe meer de redenen die destijds golden om ten aanzien van de halfjaarlijkse verslaggeving niet te voorzien in handhavingsmiddelen, zich doen gelden.

Bezwaren tegen de wijzigingen van art. 2:454 BW

Tegen het voorgestelde art. 2:454 BW bestaan verschillende bezwaren. Het eerste en belangrijkste bezwaar betreft de uitbreiding van de bevoegdheid die de AFM nu heeft tot het handhaven van aanbevelingen die de AFM eventueel met betrekking tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving zou willen doen. Nog sterker dan dat al het geval is bij de uitbreiding tot de halfjaarlijkse verslaggeving van art. 2:452 BW, waarop hiervoor is ingegaan, gelden de daar genoemde overwegingen waar het gaat om de hier in het ontwerp opgenomen uitbreiding tot de halfjaarlijkse financiële verslaggeving.

Waar het gaat om effectenuitgevende instellingen die naar Nederlands recht zijn opgericht gaat de ontwerp toelichting uit van een onjuiste uitleg van art. 2:447 BW en de daarop overeenkomstig art. 2:451 BW door de Ondernemingskamer te nemen beslissingen. In zijn arrest van 10 februari 2006 heeft de Hoge Raad voor de voorloper van art. 2:451 BW, art. 1002 Rv (oud), immers beslist, dat de vernietiging van de vaststelling van de jaarrekening die aan een procedure met betrekking tot de financiële verslaggeving ten grondslag ligt, zich niet ook uitstrekt tot dat onderdeel van de jaarrekening dat niet door het bevel wordt bestreken. Dit betekent dat ook een bevel op grond van art. 2:451 BW de door de ontwerp toelichting geschetste gevolgen niet behoeft te hebben. In dat opzicht voegt de mogelijkheid voor de AFM om op de voet van art. 2:454 BW een bevel tot het gevolg geven aan een aanbeveling te doen, waar het gaat om naar Nederlands recht opgerichte effectenuitgevende instellingen in feite niets toe. Het

feit dat de AFM een verzoek doet op grond van art. 2:447 BW of op grond van de in dit opzicht voorgestelde uitbreiding van de bevoegdheid van de AFM, is, nu in beide gevallen bekend zal zijn op welke grond de AFM het verzoek indient, even ingrijpend. De afweging die de AFM zal moeten maken, indien een effectenuitgevende instelling geen gevolg geeft aan een aanbeveling, zal in feite dezelfde zijn.

Geen bezwaar tegen wijziging van de termijn in art. 2:454 BW

Tegen de verlenging van de termijn om een verzoek op grond van art. 2:454 BW waar het gaat om de *jaarlijkse* financiële verslaggeving van *niet naar Nederlands recht opgerichte* effectenuitgevende instellingen, in te dienen, bestaat geen bezwaar. Het in lid 2 voorgestelde aanvangstijdstip van de negenmaands termijn stuit wel op bezwaren: er is geen enkele reden waarom, indien de bepaling ook op naar Nederlands recht opgerichte effectenuitgevende instellingen van toepassing zou moeten zijn, de termijn voor het doen van een verzoek op grond van art. 454 BW waar het gaat om naar Nederlands recht opgerichte uitgeven instellingen anders zou moeten zijn en op een later tijdstip zou moeten eindigen dan voor het doen van een verzoek op grond van art. 2:447 BW geldt. In het laatste geval vangt de termijn immers (pas) aan bij vaststelling van de jaarrekening en niet bij toezending van de opgestelde jaarrekening.

Den Haag, 17 oktober 2012