

## **Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht**

**van de**

**Nederlandse Orde van Advocaten**

**en de**

**Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie**

### **Advies inzake het concept voorstel van wet Wijzigingswet financiële markten 2015**

#### **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 wetsvoorstel. De Gecombineerde Commissie heeft vanuit de rechtspraak enkele opmerkingen en suggesties op enkele punten van het concept.

#### **2. SAMENVATTING**

De Gecombineerde Commissie heeft twee punten van meer principiële aard die zij graag aan u voorlegt, en enkele opmerkingen van meer technische aard. De meer principiële punten zijn de navolgende.

Het eerste meer principiële punt betreft het voorgestelde nieuwe art. 1:23a Wft, waarin aan de rechtbank Amsterdam exclusieve competentie wordt gegeven in burgerlijke zaken betreffende het verlenen van beleggingsdiensten, het verrichten van beleggingsactiviteiten of het aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van artikel 5:1 Wft. De Gecombineerde Commissie meent dat de voorgestelde concentratie goed is voor het professionele niveau van rechters op dit steeds complexer wordende rechtsgebied, maar meent dat de voorgestelde regeling van de competentie van de burgerlijke rechter zou moeten worden neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en niet in de Wft. De Gecombineerde Commissie vreest overigens dat de voorgestelde bepaling indien die zonder "flankerende" regelingen wordt ingevoerd, tot lastige competentieperikelen kan leiden. Zie hierna.

Het tweede meer principiële punt betreft de voorgestelde wijziging van art. 3:2 Wft. De Gecombineerde Commissie vreest dat deze wijziging ertoe zou leiden dat het gebruik van Nederlandse concernfinancieringsmaatschappijen door

Nederlandse en buitenlandse concerns ernstig wordt ingeperkt en dat dit zal leiden tot een verhuizing van deze ‘industrie’ naar het buitenland met alle negatieve gevolgen van dien, ook voor dienstverlenende partijen binnen de financiële sector (banken, accountants, advocaten, financiële adviseurs). Dit zou ook tot een verarming van de financiële sector en expertise in Nederland leiden, terwijl naar wij begrijpen deze sector en expertise juist voor zoveel mogelijk behouden dienen te blijven. Wij zouden aanbevelen dat het Ministerie van Financiën (**Financiën**) en De Nederlandse Bank N.V. (**DNB**) zich herbezinnen op deze in concept voorgestelde wetswijziging. Naar wij begrijpen is ook in andere gremia dit signaal gegeven, met uitvoerige onderbouwing, en de Gecombineerde Commissie zal om die reden haar commentaar op dit punt beperken tot enkele algemene opmerkingen.

### 3. COMMENTAARPUNTEN

#### (a) Art. 1:23a Wft

De Gecombineerde Commissie meent dat de voorgestelde concentratie goed is voor het professionele niveau van rechters op dit steeds complexer wordende rechtsgebied. Echter, uit het scheppen van deze exclusieve bevoegdheid voor de rechtbank Amsterdam kunnen lastige competentieperikelen voortkomen. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan vorderingen die meerdere rechtsgrondslagen hebben, of aan een vordering die door wijziging van eis of een reconventionele vordering (mede) een andere rechtsgrondslag erbij krijgt. Men kan ook denken aan het geval dat de gedupeerde naast degene die (of wiens handelwijze) aan de betrokken Wft-bepalingen onderworpen is, nog anderen wil aanspreken ter zake dezelfde schade zonder dat de aansprakelijkheid van die anderen onder art. 1:23a Wft wordt gebracht en het geval dat in een bij een andere bevoegde rechter lopende procedure een derde zich wil voegen of tussenkomen, terwijl op de rechtsverhouding waar de derde partij bij is en waar hij uit ageert, art. 1:23a Wft van toepassing is. Bijzondere complicaties doen zich nog in versterkte mate voor indien pas in hoger beroep een vordering wordt gewijzigd met als gevolg dat deze onder de werkingssfeer van art. 1:23a Wft komt te vallen. Tot wat voor complicaties een bijzondere competentieregeling kan leiden kan eenvoudig geïllustreerd worden aan de hand van de geschillenregeling zoals die in Titel 8 Boek 2 BW is opgenomen. Tot de op 1 oktober 2012 van kracht geworden wetswijziging waarbij onder meer art. 2:336 lid 5 BW werd ingevoerd, moest het hoger beroep in een zaak waarin zowel de uitstoting van en aandeelhouder op grond van het feit dat op grond van het handelen van de betrokken aandeelhouder het voortduren van zijn aandeelhouderschap door zijn medeaandeelhouders niet behoefde te worden geduld, als een andere vordering op grond van diezelfde gedragingen inhield, voor wat het eerste deel van de vordering betreft worden gebracht voor het Gerechtshof te Amsterdam en wat het tweede deel betreft voor de volgens de gewone competentieregels bevoegde Hof. Deze splitsing leidde tot zo grote complicaties dat bij de hiervoor genoemde wijziging het Gerechtshof te

Amsterdam voor exclusief bevoegd is verklaard. De Gecombineerde Commissie beveelt aan dat de wettekst in die voege wordt aangevuld dat deze competentievraagstukken direct bij het invoeren van de voorgestelde competentieregeling worden opgelost. Dat zou kunnen door in de wet te bepalen indien tijdens een procedure die in eerste instantie bij een andere rechtbank loopt de procedure zich zo ontwikkelt dat daarin (mede) op vragen waarvoor de rechtbank Amsterdam als uitsluitend bevoegde rechter is aangewezen de procedure in de stand waarin deze zich bevindt op verzoek van één van partijen of ambtshalve verwezen zal worden naar de rechtbank Amsterdam en dat, indien dit zich eerst in hoger beroep voordoet, de zaak op overeenkomstige wijze zal worden verwezen naar het Hof Amsterdam. De Gecombineerde Commissie meent overigens dat het in het Voorontwerp opgenomen wetsartikel en de noodzakelijke flankerende regelingen in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering thuishoren.

Daarnaast kan men zich tenslotte op dit punt ook afvragen waarom de exclusieve competentie beperkt moet blijven tot de drie onderwerpen die in het concept art. 1:23a Wft worden genoemd. Voorstelbaar is dat aan de rechtbank Amsterdam een veel breder exclusief mandaat wordt gegeven dat ook andere ‘daarvoor geschikte’ Wft onderwerpen dekt. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan onderwerpen als het aanbieden en beheren van beleggingsfondsen, financiëlezekerheidsovereenkomsten en covered bonds.

(b) Art. 3:2 Wft.

De Gecombineerde Commissie maakt zich zorgen over de wenselijkheid en reikwijdte van de voorgestelde aanscherping van art. 3:2 Wft wat betreft de voorwaarden voor uitzondering van concernfinancieringsmaatschappijen (CFMs) van de bankvergunningsplicht. De voorgestelde aanscherping zou betekenen dat concerns geen zekerheid meer hebben dat hun Nederlandse CFMs gebruik kunnen blijven maken van de generieke uitzondering van art. 3:2 Wft. Praktisch gesproken zou dit vermoedelijk meebrengen dat deze CFMs niet langer gebruikt worden om in de publieke fundingbehoefte van deze concerns te voorzien. Hiermee wordt het kind met het badwater weggegooid: een financieringsactiviteit van concerns waartegen -- afgezien van het mogelijke misbruik dat het concept voorstel beoogt tegen te gaan -- geen bezwaren bestaan, maar die integendeel voor de Nederlandse economie voordelen van substantiële betekenis oplevert, zal effectief worden gefrustreerd. De voorgestelde aanscherping zou, naar wij menen, betekenen dat aan de vestiging van CFMs in Nederland een einde zal komen, omdat Nederland als vestigingsplaats voor deze CFMs niet aantrekkelijk meer zal zijn. Wij nemen overigens aan dat door de voorgestelde aanscherping, indien zij al zou worden doorgevoerd, de funding activiteiten van concernholdings en tussenholdings niet worden geraakt.

Ter toelichting nog het volgende.

CFMs worden veel door concerns gebruikt; verreweg de meeste van deze concerns zijn buitenlandse concerns. Er zijn veel bancaire concerns, verzekeringsconcerns en andere concerns die in de financiële sector werkzaam zijn die CFMs gebruiken, en die uit dien hoofde kredietuitzettingen plegen of ook middelen aantrekken. Er zijn daarnaast talloze industriële concerns die CFMs gebruiken. Daaronder bevinden zich concerns waarvan vergunninghoudende dochters bancaire activiteiten verrichten. Er zijn echter ook vele concerns die weliswaar geen vergunningplichtige bancaire activiteiten verrichten maar die niettemin als onderdeel van hun bedrijfsvoering aan kredietuitzettingen doen. Men kan bijvoorbeeld denken aan kredietarrangementen die aan afnemers van hun producten worden verstrekt, met inbegrip van leasing en factoring. Daarnaast is gebruikelijk dat het *treasury management* van een concern meebrengt dat *excess cash* tijdelijk worden geparkeerd of geïnvesteerd; deze activiteiten worden wellicht ook onder het (niet gedefinieerde en nogal onduidelijke) begrip 'kredietuitzettingen' geschaard.

Al deze concerns verrichten aldus kredietuitzettingen buiten het concern. Deze concerns zouden dus door de voorgestelde aanscherping worden getroffen en zouden funding met gebruik van (Nederlandse) CFMs vermoedelijk moeten staken indien CFMs na 1 januari 2015 van het publiek funding aantrekken indien de 5% drempel wordt overschreden of indien door het concern bedrijfsmatig kredietuitzettingen worden verricht.

Het kan niet de bedoeling van de voorgestelde aanscherping zijn dat aan de publieke funding van de bedrijfsactiviteiten van concerns een categorisch halt wordt toegeroepen, en dat dientengevolge CFMs uit Nederland vertrekken. Dit zou voor de Nederlandse economie en voor de Nederlandse financiële industrie en haar ondersteunende dienstensector onwenselijk zijn, terwijl het naar verwachting ook tot derving van Vennootschapsbelasting zal kunnen leiden. Het zou ook een onwenselijk effect hebben op de aantrekkingskracht van Nederland als vestigingsland.

Een van de belangrijkste punten van zorg van DNB als prudentieel toezichthouder is dat particulieren die gelden inleggen bij concerns door middel van het beleggen in door CFMs uitgegeven schuldpapier een verhoogd kredietrisico lopen. Deze zorg is begrijpelijk, maar het kredietrisico dat de particuliere belegger loopt is een kredietrisico op het desbetreffende concern, waarvan de concernholding immers een garantie c.q. instandhoudingsverplichting afgeeft. Dat kredietrisico wordt mogelijk (maar niet noodzakelijkerwijze) verhoogd als het concern kredietuitzettingen doet, maar wordt evenzeer mogelijk verhoogd indien het concern in het geheel geen kredietuitzettingen doet maar andere risicovolle, operationele activiteiten onderneemt. Er is geen aanwijsbaar

causaal verband tussen kredietuitzettingen en het kredietrisico waaraan particuliere beleggers zijn blootgesteld indien zij beleggen in door CFMs uitgegeven schuld papier. De zorg van Financiën en DNB zou primair de kwaliteit van de garantie c.q. instandhoudingsverklaring alsook de kredietwaardigheid van het concern als geheel moeten betreffen, althans de juiste informatieverstrekking daarover in het prospectus

In de concept MvT van het concept voorstel wordt de opmerking gemaakt dat concerns de keuze zouden hebben om ofwel aan de aangescherpte eisen te voldoen ofwel voor hun CFM activiteiten een bankvergunning aan te vragen. Indien de voorgestelde aanscherpingen zouden worden doorgevoerd, verwachten wij dat de desbetreffende concerns er echter niet voor kiezen een bankvergunning aan te vragen. Dit is geen reëel alternatief. Deze concerns zullen hun CFM activiteiten in Nederland staken en hun funding activiteiten in het buitenland onderbrengen.

De Gecombineerde Commissie ontraadt de Minister van Financiën om de voornoemde redenen de voorgestelde aanscherping door te voeren. De huidige generieke uitzondering werkt naar de indruk van de Gecombineerde Commissie in de praktijk over het algemeen naar tevredenheid, en zou gehandhaafd dienen te blijven. Het is evenwel natuurlijk juist dat het zogeheten ‘verkapte bankieren’ dient te worden tegengegaan. De Gecombineerde Commissie begrijpt dat DNB onderzoek heeft gedaan naar deze activiteiten. Indien inderdaad uit dit onderzoek blijkt dat misbruiken zijn gesignaleerd, dan zal aan de hand van de aard en bijzonderheden van deze misbruiken kunnen worden vastgesteld op welke wijze deze misbruiken het beste kunnen worden tegengegaan. Een mogelijke oplossing kan zijn om aan de prudentiële toezichthouder de bevoegdheid te geven in individuele gevallen de generieke uitzondering van art. 3:2 Wft aan CFMs te onthouden indien DNB constateert dat misbruik van die uitzondering wordt gemaakt. Het zou dan vanzelfsprekend nodig zijn een omschrijving te geven van wat “misbruik” mogelijk behelst.

(c) Art. 3:17a Wft

Het voorgestelde wetsartikel bepaalt dat financiële ondernemingen moeten waarborgen dat hun werknemers die zich met voor de instelling risicovolle werkzaamheden inlaten een eed of belofte afleggen. Tevens: “Voorts draagt de financiële onderneming er zorg voor dat de eed of belofte wordt nageleefd.” De Gecombineerde Commissie vraagt zich af welke betekenis aan de uitdrukking “draagt er zorg voor” dient te worden toegekend. Deze zinsnede zou zo uitgelegd kunnen worden dat inbreuk eventueel kan leiden tot bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële ondernemingen. Dat zou naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie zeer

onwenselijk zijn, en zij beveelt aan om de wettekst op dit punt aan te passen dan wel tenminste in de toelichting duidelijkheid op dit punt te verschaffen.

(d) Art. 3:33a Wft

De Gecombineerde Commissie kan niet beoordelen of er inhoudelijk iets verandert aan het regulatoire regime voor covered bonds; dit hangt af van de inhoud van de implementerende amvb's. Wij nemen aan dat er geen ingrijpende wijzigingen komen. Wel een punt van aandacht is het recht van DNB om registratie van covered bonds te staken indien niet langer aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan. Het lijkt verstandig om aan dit staken een soort 'remedy period' vooraf te laten gaan waarin overleg kan worden gepleegd tussen de betrokken bank en de prudentieel toezichthouder over mogelijke oplossingen. Het stakingsbesluit is nu wel heel absoluut gesteld (zie lid 3).

In lid 5 van de voorgestelde wetsbepaling regeling krijgt DNB het recht om nieuwe registraties te weigeren indien en vorige registratie is doorgehaald. De Gecombineerde Commissie beveelt aan in de toelichting te verduidelijken dat DNB voor een dergelijke weigering : objectieve redenen zal moeten aanvoeren.

(e) Art. 3:118, 3:128 en 3:131 Wft

Deze wetsbepalingen betreffen de overdracht van verzekeringsportefeuilles ex art. 3:112/3:126/ Wft. Hiervoor is de instemming van DNB nodig. Die kan DNB weigeren indien er bij haar "bedenkingen bestaan tegen de overdracht". De Gecombineerde Commissie beveelt aan dat in de toelichting verduidelijkt wordt welke bedenkingen DNB kan opvoeren om een overdracht te blokkeren.

(f) Art 4:15a Wft

De Gecombineerde Commissie verwijst naar haar opmerkingen onder (c) hierboven.

(g) Overgangsrecht

Tenslotte vraagt de Gecombineerde Commissie bijzondere aandacht voor het overgangsrecht. Overgangsrecht is niet nodig, aldus de MvT op blz. 10: "Het nieuwe art. 3:2 Wft is van toepassing op degenen die na de inwerkingtreding gelden aantrekt. Op degene die gelden heeft aangetrokken voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit artikel blijft het thans geldende recht van toepassing." Betekent dit dat een concern dat thans aan de huidige regeling voldoet en dat meer dan 5% buiten concern heeft uitgezet geen probleem heeft zolang zij na inwerkingtreding geen nieuwe gelden aantrekt? En dat, zodra dat concern weer opnieuw gelden aantrekt die uitzettingen weer onder het niveau van 5% moeten

worden gebracht? Hoe zou een concern dat moeten bewerkstelligen? Zou dit laatste ook gelden voor concerns die voor inwerkingtreding meer dan 5% buiten concern hebben uitgezet en die na inwerkingtreding uitsluitend nog gelden van professionele marktinstellingen aantrekken? Dat zou wel zeer ongerijmd zijn. Overgangsrecht is naar het oordeel van de Gecombineerde Commissie zeker nodig indien het nieuwe art. 3:2 Wft zou worden ingevoerd. Wij zouden er voor pleiten dat in dat geval het overgangsrecht sowieso zodanig wordt ingericht dat bestaande kredietuitzettingen (en toekomstige kredietuitzettingen op grond van bestaande overeenkomsten met derden) gehandhaafd kunnen blijven.

16 september 2013